

**MAHKAMAH
KONSTITUSI**
*Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA

NOMOR 19 TAHUN 2002

TENTANG HAK CIPTA

KETENTUAN PIDANA

Pasal 72

- (1) Barangsiapa dengan sengaja dan tanpa hak melakukan perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) atau Pasal 49 ayat (1) dan ayat (2) dipidana dengan pidana penjara masing-masing paling singkat 1 (satu) bulan dan/atau denda paling sedikit Rp 1.000.000,00 (satu juta rupiah), atau pidana penjara paling lama 7 (tujuh) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 5.000.000.000,00 (lima miliar rupiah).
- (2) Barangsiapa dengan sengaja menyiarkan, memamerkan, mengedarkan, atau menjual kepada umum suatu Ciptaan atau barang hasil pelanggaran Hak Cipta atau Hak Terkait sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dipidana dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun dan/atau denda paling banyak Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).

Dr. Martitah

MAHKAMAH KONSTITUSI
Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?

KON^{STITUSI}**press**
Khazanah peradaban hukum & konstitusi

MAHKAMAH KONSTITUSI
Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?

Hak Cipta © Konstitusi Press
All Right Reserved

Penulis : Martitah
Editor : Fajar Laksono Soeroso
Layout : Syawaludin
Desain Cover : Ujang Prayana
Proofreader : Harwanto Herlambang
Ukuran Buku : 15,5 x 23 cm
Halaman : xxviii + 256 halaman
ISBN : 978-602-18634-9-7
Cetakan 2, Februari 2016

Diterbitkan oleh Penerbit Konstitusi Press (Konpress)
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6 Jakarta 10110
PO. BOX 999 JKT 10000
Telp. (021) 2352 9000 ext 18296
Email : penerbit@konpress.co.id
www.konpress.co.id
Anggota IKAPI

Martitah. *Dari Negative Legislature, MAHKAMAH KONSTITUSI,*
ke Positive Legislature?

Cetakan 2-Jakarta: Konstitusi Press (KONpress), Februari 2016
xxviii + 256 hlm, 15,5 x 23 cm
ISBN : 978-602-18634-9-7

1. Hukum

2. Konstitusi

PRAKATA

Mahkamah Konstitusi sebagai salah satu lembaga penegak hukum di Indonesia telah menunjukkan perannya dalam mendorong dan melakukan pembaharuan hukum, peradilan, dan demokrasi di Indonesia. Keberadaan Mahkamah Konstitusi dengan segenap kewenangan yang dimiliki, memunculkan kebutuhan adanya lapangan hukum baru untuk menegakkan Hukum Tata Negara (HTN), yaitu Hukum Acara Mahkamah Konstitusi sebagai hukum formal (*procedural law*) yang memiliki fungsi sebagai *publicrechtelijke instrumentarium* untuk menegakkan hukum materiil (*handhaving van het materiele recht*), yaitu hukum tata negara materiil (*materiil staatrecht*). HTN materiil ini meliputi berbagai perundangan yang berlaku secara formal dalam praktik penyelenggaraan negara yang berpuncak pada konstitusi atau UUD sebagai *the supreme law of the land*. Di sisi lain, perkembangan masyarakat, baik secara ekonomi, politik, sosial budaya serta pengaruh globalisme dan lokalisme, menghendaki adanya responsivitas terhadap tuntutan penegakan hukum dan efektivitas maupun efisiensi pelayanan publik dalam mencapai tujuan penyelenggaraan negara.

Atas dasar perlindungan hak-hak konstitusional warga negara; mewujudkan persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan; melindungi dan menjamin hak asasi manusia dari warga negara; memberikan penjelasan agar tidak menimbulkan multitafsir, dan untuk memberikan pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, hakim Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat mengatur (*positive legislature*) dalam Pengujian Undang-Undang.

Jaringan sosial diperlukan dalam pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature*, karena putusan tersebut merupakan vonis. Vonis itu terkait dengan makna dalam perundang-undangan untuk menyatakan bertentangan atau tidak dengan konstitusi dan mempunyai kekuatan mengikat. Putusan Mahkamah Konstitusi dalam beberapa perkara yang diasumsikan dengan pengaturan dirasakan bermanfaat, adil, dan mengikat, serta KPU (jaringan sosial dalam organisasi) membutuhkan untuk mengisi kekosongan hukum, sehingga melaksanakan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur, serta didukung oleh masyarakat melalui media jaringan sosial. Jaringan sosial menjadi instrumen yang efektif dalam pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature*. Pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur ini sangat tergantung pada

penghormatan budaya hukum yang telah terbangun dalam masyarakat, yakni penghormatan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature* terhadap sistem nilai dan tujuan-tujuan dalam jaringan sosial. Hukum (putusan Mahkamah Konstitusi) yang sesuai dengan sistem nilai dan tujuan-tujuan itu akan dipatuhi, karena hukum adalah produk kebudayaan. Hukum merupakan pencerminan nilai-nilai yang terdapat dalam masyarakat. Kebudayaan merupakan suatu “*blueprint of behaviour*” yang memberikan pedoman-pedoman tentang apa yang harus dilakukan, boleh dilakukan dan apa yang dilarang.

Buku ini merupakan serpihan berbagai pemikiran saya dan hasil penelitian tentang model fungsionalisasi jaringan sosial dalam pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur (*positive legislature*). Dalam buku ini, saya berusaha menuliskan kerangka secara menyeluruh mengenai dinamika putusan Mahkamah Konstitusi dari *negative legislature* ke *positive legislature*. Agar putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dapat dilaksanakan dengan baik, maka diperlukan jaringan sosial, terutama pada putusan *positive legislature* yang sangat mendesak dibutuhkan masyarakat. Salah satu hal penting yang saya kemukakan dalam buku ini adalah dirumuskannya konstruksi baru mengenai *self executing* putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature* oleh jaringan sosial, sebagai instrumen yang efektif dengan didasarkan pada kebutuhan

masyarakat akan keadilan substantif. Sebagai kelanjutannya, saya juga mengemukakan karakteristik pertimbangan hakim dalam putusannya, baik dari aspek interpretatif maupun penafsiran konstitusional hakim yang tidak lagi tergantung pada otonom undang-undang (hukum tertulis), tetapi didasarkan pada keadilan substantif. Selain itu, saya juga mengemukakan mengenai implikasi teoretis maupun praktis dari fungsionalisasi jaringan sosial dalam pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature*.

Saya menyadari sepenuhnya, isi buku ini bukanlah hal yang sama sekali baru dan secara penyajian, tentu masih jauh dari tabiat kesempurnaan. Saya menyadari pentingnya masukan, saran maupun kritik pembaca terhadap berbagai gagasan yang muncul dalam tiap lembar buku ini. Kesemua itu merupakan bahan berharga untuk menyempurnakan isi buku ini di masa-masa mendatang.

Penghargaan dan terima kasih sedalam-dalamnya saya sampaikan secara khusus kepada yang sangat terpelajar Prof. Dr. Moh. Mahfud MD, S.H., S.U. mantan Ketua Mahkamah Konstitusi, yang telah memberi masukan sehingga buku yang berjudul "*Mahkamah Konstitusi: dari Negative Legislature ke Positive Legislature*" ini dapat diselesaikan. Demikian pula penghargaan dan terima kasih saya sampaikan kepada Prof. Dr. Suteki, S.H., M. Hum.

Untuk saran dan berbagai masukan bagi karya ilmiah buku ini, saya mengucapkan terima kasih dan penghargaan kepada Prof. Drs. Sudharto P. Hadi, M.E.S, Ph. D.; Prof. Dr. Ir. Sunarso, M.S., Prof. Dr. Achmad Sodiki, S.H., Prof. Dr. Anies, M.Kes., PKK, Prof. Dr. Yos Johan Utama, S.H., M.Hum., Prof. Dr. Yusriadi, S.H., M.S., Prof. Dr. Arief Hidayat, S.H., M.S., Dr. Retno Saraswati, S.H., M.Hum., Prof. Dr. Esmi Warassih Pujirahayu, S.H., M.S.; Prof. Dr. FX. Adji Samekto, S.H., M.Hum., dan Dr. Nanik Trihastuti, S.H., M.Hum. Penghargaan dan terima kasih saya sampaikan kepada rekan-rekan dosen Bagian Hukum Tata Negara terutama mantan Ketua Bagian, dan Arif Hidayat S.H.I., M.H. mantan Ketua Bagian HTN-HAN FH Unnes yang memberi dukungan terselesaikannya buku ini.

Rasa terima kasih yang tidak terhingga saya sampaikan kepada suami tercinta Slamet Sumarto, atas segala doa, pengorbanan, kesabaran, pengertian, dan dorongan semangat untuk menyelesaikan buku ini, juga kepada ketiga ananda tercinta Aditya Tanjung Pramana, Bina Aji Nugraha, dan Candra Adi Wiguna. Begitu juga untuk kedua orang tua saya, almarhum H. Abdul Latif dan almarhumah Hj. Yutirah, serta almarhum ayahanda mertua Sumarto dan ibunda mertua almarhumah Suwarni. Tak lupa ucapan terima kasih saya sampaikan kepada sahabat seperjuangan saya, Dr. Rahmat Bowo, S.H., M.H., dan Heri Abduh Sasmito, S.H., M.H. dan semua pihak yang tidak

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

dapat saya sebutkan satu per satu. Saya berharap, mudah-mudahan buku ini membawa manfaat bagi tumbuh kembangnya gagasan-gagasan segar dalam ilmu hukum tata negara.

Semarang, Januari 2016

Penulis

**PROBLEMATIKA PUTUSAN MK
YANG BERSIFAT *POSITIVE LEGISLATURE***

Pengantar Prof. Dr. Moh. Mahfud MD.
Guru Besar Hukum Tata Negara

Buku ini mengangkat tema pembahasan yang tergolong “agak berani” yakni mengurai soal problematika dan pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi yang dikatakan Penulis sebagai putusan yang bersifat *positive legislature*. Saya katakan agak berani, karena selain dibutuhkan kejelian mengategorikan dan menganalisis putusan yang bersifat *positive legislature*, juga karena secara normatif Mahkamah Konstitusi diberi ruang kewenangan terbatas sebagai *negative legislature*, bukan *positive legislature*. Artinya, Penulis hendak menelisik lebih jauh mengapa batas itu dilompati Mahkamah Konstitusi. Menariknya lagi, penulis menitikberatkan analisis bukan semata-mata terhadap putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature* itu, melainkan sekalian dengan upaya implementasi putusan itu di lapangan yang dikatakan, membutuhkan daya dukung dari unsur-unsur non hukum. Dengan kata lain, dalam buku ini, penulis ingin memberikan skema argumentasi tentang bagaimana hukum bekerja, dalam hal ini putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature*, lebih khusus lagi yang *self executing*, yang di dalam realitas pelaksanaannya

dipengaruhi oleh bekerjanya unsur non hukum, terutama melalui fungsionalisasi jaringan sosial.

Secara umum, buku ini menarik. Selain karena idenya merupakan kembangan dari produk berpikir ilmiah akademis, buku ini sedikit berani melakukan penelusuran terhadap dasar pertimbangan hakim konstitusi dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature*. Hasilnya, dalam pandangan Penulis, ketika memutus suatu perkara, hakim Mahkamah Konstitusi ternyata tidak hanya “dikendalikan” oleh peraturan hukum saja, baik konstitusi maupun undang-undang (UU), melainkan dikendalikan juga oleh kekuatan-kekuatan atau kehendak sosial dan politik berupa harapan publik atas keadilan. Dalam hal ini, aspek keadilan substantif merupakan hal prinsip yang betul-betul harus dipertimbangkan. Sikap hakim, terutama dalam putusan yang bersifat mengatur, oleh Penulis dikatakan tidak selalu mendasarkan pertimbangan yuridis dan otonom teks UU, melainkan memperhatikan juga berbagai sudut pandang untuk kalimat Stjipto Rahardjo, hakim yang baik itu harus meletakkan telinganya di tengah-tengah degup jantung kehidupan masyarakat, sehingga mendengar dan memahami kehendak tentang keadilan, lalu menjadikannya sebagai dasar memutus.

Buku ini dimulai dari penelisikan terhadap putusan-putusan Mahkamah Konstitusi yang dikatakan bersifat mengatur atau *positive legislature*. Penulis mengatakan bahwa putusan yang bersifat mengatur itu berada di luar kewenangan Mahkamah Konstitusi. Aktivisme yudisial yang dilakukan Mahkamah Konstitusi, dalam

hal ini diakui Penulis jelas-jelas keluar dari batas normatif UU. Meski begitu, Penulis tidak memungkiri bahwa sejalan dengan asas *res judicata pro veritate habetur*, putusan Mahkamah Konstitusi yang sudah berkekuatan hukum harus dianggap benar, bersifat mengikat sehingga harus diikuti dan dilaksanakan. Melalui buku ini, Penulis hendak mengalirkan gagasan-gagasannya secara utuh mengenai lompatan yang dilakukan Mahkamah Konstitusi itu, yang muaranya berupa usulan perlunya rekonstruksi kewenangan Mahkamah Konstitusi terutama dalam pengujian undang-undang.

Terkait dengan *positive legislature*, dalam banyak buku bacaan, umumnya mencatat bahwa kewenangan Mahkamah Konstitusi seharusnya bukanlah menjadi *positive legislature* melainkan *negative legislature*. *Positive legislature* dipahami sebagai wilayah para legislator, bukan pengadilan. Mengacu pada pernyataan demikian, sesungguhnya Mahkamah Konstitusi tak boleh mengintervensi kewenangan lembaga legislatif dengan memberlakukan norma, karena kewenangan Mahkamah Konstitusi sebatas membatalkan norma atau membiarkan norma dalam undang-undang berlaku. Dalam bukunya, *General Theory of Law and State*, Hans Kelsen menegaskan bahwa lembaga peradilan hanya berwenang membatalkan suatu undang-undang atau menyatakan suatu undang-undang tidak mengikat secara hukum. Hans Kelsen mengatakan, “... *A Court which is competent to abolish laws --individually or generally-- function as a negative legislator.*” Menariknya, meski Penulis mengatakan putusan yang bersifat *positive legislature* itu berada di luar ruang kewenangan konvensional Mahkamah

Konstitusi, tetapi pada akhirnya diakui sangatlah diperlukan, terutama untuk mengatasi kebekuan dan kebuntuan hukum. Di samping itu, Penulis menyebut bahwa dengan demikian, hakim Mahkamah Konstitusi telah berani dan berhasil mengadopsi paradigma baru dan meninggalkan paradigma lama pengadilan, yakni dari positivis berorientasi formalistik-legalistik ke paradigma *post* positivisme dengan nuansa hukum progresif.

Mengenai larangan memerankan *positive legislature* itu, sebenarnya pernah saya singgung ke dalam apa yang saya sebut sebagai rambu-rambu pembatas kewenangan Mahkamah Konstitusi. Rambu-rambu itu saya rumuskan setelah melakukan penggalian dan penelusuran ilmiah secara mendalam terhadap teori-teori yang berkaitan. Berdasarkan penggalian dan penelusuran, saya mengemukakan 10 (sepuluh) rambu pembatas yang boleh atau tidak boleh dilakukan hakim Mahkamah Konstitusi atau Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan kewenangannya, terutama dalam pengujian undang-undang, salah satunya ialah dalam melakukan pengujian, Mahkamah Konstitusi tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur.

Dalam perkembangan, harus diakui rambu-rambu pembatas itu tak seluruhnya bisa berlaku dan dipertahankan. Perkembangan dan tuntutan hukum yang ada pada akhirnya menggugurkan beberapa rambu pembatas itu, termasuk kebolehan membuat putusan yang bersifat membuat norma baru atau mengatur. Saat menangani perkara pengujian undang-undnag tertentu, saya dan hakim Mahkamah Konstitusi lainnya terkadang dihadapkan pada

situasi untuk membuat putusan yang mengandung terobosan hukum, yang itu berarti rambu pembatas itu dikesampingkan. Jika tidak demikian, keadilan substantif sulit untuk dapat dicapai.

Mahkamah Konstitusi, misalnya, harus ikut mengatur melalui putusan konstitusional bersyarat. Putusan konstitusional bersyarat merupakan putusan yang menyatakan bahwa suatu ketentuan UU tidak bertentangan dengan konstitusi, dengan memberikan persyaratan pemaknaan dan keharusan kepada lembaga negara, dalam pelaksanaan suatu ketentuan UU untuk memperhatikan penafsiran Mahkamah Konstitusi atas konstitusionalitas ketentuan UU yang sudah diuji tersebut. Apabila syarat tersebut tidak dipenuhi atau ditafsirkan lain oleh lembaga negara yang melaksanakannya, maka ketentuan undang-undang yang sudah diuji tersebut dapat diajukan untuk diuji kembali oleh Mahkamah Konstitusi.

Putusan-putusan yang menyatakan suatu ketentuan UU dinyatakan konstitusional bersyarat, yang ternyata mengatur dengan tafsir itu, sangat banyak jumlahnya. Salah satu yang dianggap fenomenal adalah Putusan Mahkamah Konstitusi No. 102/PUU-VII/2009, yang menguji Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) UU Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden. Mahkamah Konstitusi menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 UU Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden adalah konstitusional, sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT) dengan syarat dan cara tertentu

(norma putusan yang bersifat mengatur), salah satunya WNI yang telah memiliki hak pilih namun belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya, dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku, atau Paspor yang masih berlaku bagi WNI yang berada di luar negeri. Karena itu pula, putusan ini menjadi salah satu obyek analisis Penulis, mulai dari dasar pertimbangan sampai dengan deskripsi mengenai bagaimana jaringan sosial mendukung pelaksanaannya.

Terkait dengan keadilan substantif, dalam beberapa kesempatan, banyak kalangan mempersoalkan bahwa upaya mencapai keadilan substantif sulit dilakukan, karena sulit diukur dan tak ada kriteria baku untuk menentukan apa itu keadilan substantif. Keadilan itu bersifat relatif atau nisbi karena tergantung pandangan subyektif, berbeda dengan bunyi undang-undang yang isinya menekankan unsur kepastian. Terhadap masalah itu saya sering tegaskan, pada dasarnya memang keadilan itu tidak selalu dapat dipastikan lebih dulu. Keadilan akan terasa dan terlihat dari konstruksi hukum yang dibangun oleh hakim, dengan menilai satu per satu bukti yang diajukan di persidangan, untuk akhirnya sampai pada keyakinan dalam membuat putusan.

Selain itu, untuk menghindari kesan Mahkamah Konstitusi suka dan sering melampaui ketentuan prosedural, perlu dipahami bahwa upaya Mahkamah Konstitusi mewujudkan keadilan substantif sebagaimana yang selama ini digelorakan, harus dibaca

sebagai upaya Mahkamah Konstitusi untuk menegakkan keadilan dengan tidak semata-mata mengedepankan keadilan prosedural, tetapi juga keadilan substantif. Artinya, Mahkamah Konstitusi tak bisa lantas seenaknya mengabaikan ketentuan prosedural atau menerobos undang-undang. Dengan menganut keadilan substantif, Mahkamah Konstitusi tak lantas harus keluar secara semena-mena dari ketentuan isi UU. Dalam hal undang-undang sudah mengatur secara pasti dan dirasa adil, maka hakim wajib berpegang pada undang-undang tersebut. Apalagi berdasarkan sistem UUD 1945, Mahkamah Konstitusi diperbolehkan atau dimungkinkan membuat putusan yang keluar dari undang-undang, hanya jika undang-undang itu “mengerangkeng” keyakinan Mahkamah Konstitusi untuk menegakkan keadilan. Data perkara tentang *judicial review* sejak tahun 2003 sampai dengan sekarang, juga menunjukkan bahwa sebagian terobosan vonis Mahkamah Konstitusi itu membenarkan isi UU, artinya tidak semua isi UU harus dianggap salah dengan alasan mengikuti keadilan substantif.

Persoalan menarik berikutnya yang dibahas Penulis buku ini adalah soal pelaksanaan putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat *positive legislature*. Mengutip salah satu pendapat, Penulis mengatakan setidaknya ada 2 (dua) persoalan di tataran implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi, yaitu:

1. deligitimasi putusan, yang dilihat dari sejauh mana tingkat ketaatan para pihak untuk mematuhi putusan Mahkamah Konstitusi, dan

2. tidak adanya sanksi bagi yang tidak mematuhi dan melaksanakan putusan Mahkamah Konstitusi.

Terkait dengan hal itu, lebih lanjut Penulis membagi putusan Mahkamah Konstitusi yang bersifat mengatur ke dalam 2 (dua) jenis, yaitu (1) putusan yang *self-executing*, dan (2) putusan yang *non self-executing*. Putusan Mahkamah Konstitusi yang *non self-executing* harus menunggu perubahan atas UU yang dibatalkan, sedangkan putusan yang *self executing* bisa langsung dilaksanakan tanpa harus menunggu UU baru. Terlepas dari *self-executing* atau *non self-executing*, atau apapun, yang jelas putusan Mahkamah Konstitusi tetaplah selalu membutuhkan tindak lanjut implementasi dalam kasus-kasus yang konkret.

Untuk dapat dilaksanakan secara efektif, diperlukan daya dukung untuk mendorong dan membantunya, sebab meski putusan Mahkamah Konstitusi secara yuridis sudah final dan mengikat, menurut Penulis, acapkali putusan itu belum final dan mengikat secara sosiologis. Hal ini dikatakan setelah melihat realitas bahwa putusan MK seringkali harus berhadapan atau berkonfrontasi dengan kekuatan-kekuatan sosial yang katakanlah, tak setuju atau berseberangan dengan putusan MK. Tentu saja pemahamannya harus hati-hati, karena hal itu terjadi bukan karena putusan MK belum memiliki kekuatan hukum mengikat, melainkan lebih dikarenakan kompleksitas persoalan dalam pelaksanaannya. Terlepas dari belum atau sudah dilaksanakan, hal itu tidak memengaruhi atau mengurangi kekuatan mengikat Putusan MK yang telah melekat sejak putusan tersebut diucapkan.

Lantas, timbul pertanyaan, dengan saran apa putusan MK dapat ditegakkan mengingat tidak adanya instrumen pemaksa untuk melaksanakan putusan MK? Pada konteks inilah, Penulis kemudian memberikan statemen dan argumentasi utama bahwa jaringan sosial menjadi instrumen yang efektif dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat mengatur. Mengacu pada teori bekerjanya hukum dalam masyarakat, yang menyatakan bahwa berlakunya aturan hukum dipengaruhi oleh kekuatan personel, ekonomi, sosial, budaya, dan politik, Penulis menyebut jaringan sosial merupakan salah satu kekuatan sosial yang memberikan daya dukung bagi pelaksanaan putusan MK yang bersifat mengatur. Lebih lanjut, mengacu pada teori *cybernetics*, Penulis mengatakan bahwa putusan MK yang tidak memiliki instrumen pemaksa, pelaksanaannya perlu didukung jaringan sosial yang terkait dengan putusan tersebut melalui perintah dari MK. Saya juga mengatakan kepada Penulis bahwa vonis-vonis MK tentang *judicial review* tak perlu lembaga eksekutor, sebab vonis *judicial review* sama dengan UU, langsung berlaku begitu dinyatakan dalam Lembaran Negara. UU langsung berlaku dan dieksekusi dalam praktik begitu diundangkan tanpa harus ada eksekutor khusus, begitu pula vonis MK untuk pengabulan *judicial review*.

Studi yang dilakukan Penulis ini merupakan studi *socio-legal research* yang penting dan bermanfaat untuk memahami hukum dalam konteks masyarakatnya. Studi terhadap hukum dalam realitas sosial, tidak saja menarik tetapi penting untuk melengkapi khasanah keilmuan hukum. Untuk itu, saya sangat mengapresiasi

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

studi ini, selain di dalamnya mengkaji dan menganalisis putusan MK, juga karena sejak lama, saya termasuk dalam barisan akademisi yang ikut mendorong dan menekankan agar studi-studi hukum tidak terbelenggu hanya pada pandangan konvensional bahwa ilmu hukum itu adalah ilmu hukum positif atau ilmu tentang hukum yang berlaku formal. Studi ilmu hukum haruslah holistik merambah berbagai disiplin ilmu, dengan demikian ilmu hukum tidak terus-terusan melahirkan orang-orang dengan pandangan kaku, formal-legalistik belaka.

Jakarta, Januari 2016

Moh. Mahfud MD.

KATA PENGANTAR

Prof. Dr. Suteki, S.H, M.Hum.

Guru Besar Ilmu Hukum Universitas Diponegoro

Perkembangan studi hukum tata negara dan konstitusi yang pesat sekarang ini tidak bisa lepas dari agenda utama reformasi yang pada saat itu diyakini harus dimulai dari amandemen konstitusi (*constitutional reform*). Ide pembentukan MK di Indonesia diterima keberadaannya dalam amandemen ketiga UUD 45 sebagai mekanisme untuk mengontrol pelaksanaan konstitusi dalam bentuk undang-undang setelah mengalami perjalanan sejarah yang panjang.

Pada awalnya Mahkamah Konstitusi dikonstruksikan hanya untuk menguji konstiusionalitas (*constitutional review*) dari suatu undang-undang terhadap konstitusi. Karena itu MK sering disebut sebagai “*the guardian of the constitution*” (pengawal konstitusi). *Constitutional court* dalam menguji Undang-Undang terhadap UUD tersebut MK memberikan kewenangan untuk membuat putusan yang menyatakan permohonan tidak dapat diterima, menyatakan permohonan ditolak, dan menyatakan permohonan dikabulkan. Dalam hal permohonan dikabulkan, maka MK adalah sebagai *negative legislator* (Penghapus atau Pembatal norma).

Melalui kewenangannya untuk menghilangkan keberlakuan suatu norma UU tersebut, maka Mahkamah Konstitusi sering disebut sebagai pembuat Undang-Undang dalam arti negatif, berkebalikan dari fungsi parlemen sebagai pembuat undang-undang dalam arti positif. Adanya beberapa putusan MK yang mencerminkan *rule breaking*, misalnya putusan yang mengandung *ultra petita* dan *positive legislature*, sesungguhnya secara dini dapat dikatakan mengingkari doktrin pemisahan kekuasaan. Namun demikian, kenyataan *judicative heavy* tersebut sebetulnya dapat bermakna positif dan konstruktif, jika itu dimaknai sebagai upaya untuk menegakkan hukum dan keadilan. *Judicative heavy* mencerminkan adanya supremasi hukum, sebagai imbalan supremasi parlemen yang sarat dengan kepentingan politik praktis. Namun, *judicative heavy* justru dapat menjadi negatif dan destruktif, jika digunakan untuk memelihara konservatisme lembaga peradilan atau memuluskan preferensi-preferensi subjektif para hakim dan pesan-pesan politis tertentu. Pandangan munculnya *judicative heavy* dalam tubuh peradilan konstitusi kita bisa jadi dapat membahayakan kehidupan kenegaraan Indonesia jika tidak diikuti oleh integritas, profesional, sikap negarawan dan mementingkan keadilan oleh para hakim konstitusi, terlebih jika dikaitkan dengan putusan MK yang bersifat *final and binding* dan *erga omnes*.

Buku ini mengajak pembaca untuk mengkaji Putusan Mahkamah Konstitusi yang Bersifat *Positive Legislature* tersebut dengan menampakkan segi profesionalitas. Bagaimana Hakim

Konstitusi lebih memilih keadilan dan kemanfaatan daripada terpaku pada aspek prosedural Hukum Acara Pengujian UU, Buku ini juga mengemukakan beberapa model penafsiran hukum oleh para hakim yang cenderung menampakkan penafsiran yang ekstensif dalam rangka menegakkan pilar-pilar demokrasi dan perlindungan konstitusional warga negara. Kajian putusan MK ini secara normatif dan teoretik memiliki keunikan yang dapat menjadikan wacana dan diskursus baru dalam belantara hukum Indonesia. Berdasarkan hal itu, maka dirasa perlu untuk mengelaborasi lebih jauh terkait dengan relevansi putusan MK yang mengandung sifat mengatur, dengan gagasan penegakan hukum yang progresif.

Semoga buku ini dapat lebih mendorong pemahaman di berbagai kalangan mengenai masalah ketatanegaraan, menjadi khasanah kepustakaan hukum ketatanegaraan dalam kaitannya dengan MK, penegakan supremasi konstitusi, dan pemenuhan keadilan konstitusional di Indonesia.

Semarang, Januari 2016

Prof. Dr. Suteki, S.H, M.Hum.



DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Prakata	v
Pengantar Prof. Dr. Moh. Mahfud MD., S.H.	xi
Pengantar Prof. Dr. Suteki, S.H., M.Hum	xxi
Daftar Isi	xxv
BAB I	
PENDAHULUAN	1
BAB II	
PENEGAKAN HUKUM DI INDONESIA	
BERBASIS KEADILAN SUBSTANTIF	
Prinsip Negara Hukum Indonesia	25
Konstruksi Hukum Progresif dan Responsif dalam Penegakan Hukum di Indonesia	29
Keadilan Substantif sebagai Realisasi Konstruksi Penegakan Hukum yang Progresif dan Responsif.....	39
Pembentukan Hukum oleh Hakim dan Faktor-Faktor yang Mempengaruhi	41
Penemuan Hukum (<i>Rechtsvinding</i>) oleh Hakim dalam Lembaga Peradilan	54

Penafsiran Sebagai Metode Penemuan Hukum.....	65
Macam-Macam Penafsiran Hukum dan Konstitusi.....	67
Jaringan Sosial dan Pengaruhnya bagi Penegakan Hukum	86
BAB III	
DASAR PERTIMBANGAN HAKIM MK MEMBUAT PUTUSAN YANG BERSIFAT POSITIVE LEGISLATURE DALAM PENGUJIAN UNDANG-UNDANG	
Pelaksanaan Kewenangan Mahkamah Konstitusi.....	99
Registrasi Perkara dan Pelaksanaan Pengujian UU.....	104
Dasar Pertimbangan Hakim MK dalam Membuat Putusan yang Bersifat <i>Positive Legislature</i>	118
a. Putusan MK Nomor 102/PUU-VII/2009.....	118
b. Putusan MK Nomor 4/PUU-VII/2009	122
c. Putusan MK Nomor 110-11-112-113/PUU-VII/2009.....	127
Pergeseran Peran MK.....	139
Keadilan Substantif sebagai Basis Putusan yang Bersifat <i>Positive Legislature</i>	143

BAB IV	
PELAKSANAAN PUTUSAN MK YANG	
BERSIFAT <i>POSITIVE LEGISLATURE</i>	
MELALUI FUNGSIONALISASI	
JARINGAN SOSIAL	
Jaringan Sosial dalam Pelaksanaan Putusan	
MK yang Bersifat <i>Positive Legislature</i>	161
Fungsionalisasi Jaringan Sosial dalam	
Pelaksanaan Putusan MK yang Bersifat	
<i>Positive Legislature</i>	179
Model Fungsionalisasi Jaringan Sosial dalam	
Pelaksanaan Putusan MK yang Bersifat	
<i>Positive Legislature</i>	187
Teori Bekerjanya Hukum menurut	
Robert B. Seidman dan William J. Chambliss	191
Teori Komunikasi menurut Wiener.....	195
Konsep Jaringan Sosial sebagai bagian	
Modal Sosial.....	196
BAB V	
POTRET KONSTRUKSI REGULASI	
KEWENANGAN MK DALAM	
PENGUJIAN UNDANG-UNDANG.....	203
BAB VI	
PENUTUP	213

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

DAFTAR PUSTAKA	221
GLOSSARY	241
INDEKS	249
BIODATA PENULIS	255

BAB I

PENDAHULUAN



Reformasi hukum dan konstitusi yang dimulai tahun 1998 banyak mengubah wajah Indonesia, khususnya hukum ketatanegaraan. Para pengkaji hukum tata negara patut bersyukur karena sejak reformasi itulah, studi hukum tata negara, terutama hukum konstitusi, berkembang demikian pesat. Seperti diketahui, lokus studi hukum tata negara adalah hukum-hukum kenegaraan yang berangkat dan bermula dari konstitusi sebagai *the supreme law of the land*, hukum tertinggi negara. Oleh karena itu, perkembangan studi hukum tata negara berlangsung seiring dengan dilakukannya perubahan terhadap konstitusi, UUD 1945, sebagai keniscayaan dari reformasi.

Studi hukum tata negara dan konstitusi semakin menarik ketika melihat kenyataan bahwa UUD 1945 pasca amandemen mengimplikasikan perubahan secara mendasar dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, termasuk struktur dan relasi kelembagaan negara. Perubahan UUD 1945 dilakukan pada kurun waktu 1999-2002 dalam satu rangkaian perubahan, dibahas selama 2 tahun 11 bulan dengan cermat, dan disahkan dalam

empat tahap sidang tahunan MPR, yaitu tahun 1999, 2000, 2001, dan 2002.¹ Perubahan itu kemudian memperlihatkan bahwa Indonesia mengadopsi prinsip-prinsip baru dalam sistem ketatanegaraan, antara lain prinsip “pemisahan kekuasaan” dan “*checks and balances*” yang menggantikan prinsip supremasi parlemen yang dianut sebelumnya.

Salah satu implikasi dari pengadopsian prinsip-prinsip tersebut, kiranya diperlukan pelembagaan yang memungkinkan peranan hukum dan hakim untuk dapat mengontrol proses dan produk keputusan-keputusan politik yang hanya mendasarkan diri pada prinsip “*the rule of majority*”. Dalam hal ini, fungsi *judicial review* atas undang-undang tidak dapat lagi dihindari penerapannya dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.

Terkait dengan fungsi *judicial review* inilah, MK dibentuk. MK dihadirkan sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman di samping Mahkamah Agung (MA) yang jauh lebih dulu ada. Secara struktur kelembagaan, kedua lembaga negara tersebut sejajar, dalam arti masing-masing berdiri secara terpisah tanpa ada yang mengatasi atau membawahi. MK bukanlah bagian dari MA, dan sebaliknya MA bukanlah bagian dari MK. Keduanya berdiri sejajar dengan peran dan fungsi yang berbeda sebagaimana ditentukan dalam UUD 1945. Salah satu kewenangan yang dimiliki oleh keduanya sebagai pelaku kekuasaan kehakiman adalah kewenangan *judicial review*, yakni menguji peraturan perundang-undangan dengan batu uji peraturan perundang-undangan yang derajatnya lebih tinggi.

¹ Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi Isu*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2009, hlm 187. Lihat selengkapnya dalam naskah UUD NRI 1945 amandemen. Perubahan UUD 1945 a.l. meliputi: (1) Perubahan norma-norma dasar dalam kehidupan bernegara, seperti penegasan bahwa Negara Indonesia adalah Negara hukum dan kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut undang-undang dasar; (2) Perubahan kelembagaan Negara dengan adanya lembaga-lembaga baru dan hilangnya lembaga yang telah ada; (3) Perubahan hubungan antara lembaga negara; dan (4) Masalah-masalah hak asasi manusia.

Kedua lembaga tersebut memiliki kewenangan *judicial review*, bedanya, MA menguji produk hukum di bawah undang-undang (UU), sebagaimana diatur dalam Pasal 31 ayat (1) UU Nomor 5 Tahun 2004, yang menyatakan, “*Permohonan pengajuan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang diajukan langsung oleh pemohon atau kuasanya kepada Mahkamah Agung, dan dibuat secara tertulis dalam bahasa Indonesia.*”² Sedangkan MK, menguji UU terhadap UUD 1945. Kewenangan MK ini sebagaimana diatur dalam UUD 1945 Pasal 24C, yang menyatakan,

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD Negara Republik Indonesia 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.”

Di samping kewenangan di atas, MK mempunyai kewajiban memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden.³

Setelah eksistensinya mendapat tempat dalam UUD 1945 pasca amandemen, MK secara resmi dibentuk pada 2003 melalui UU No.24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo UU No. 8 Tahun 2011. Dalam kiprahnya, sebagai sebuah lembaga negara baru, MK dianggap sangat fenomenal, karena banyak memberikan suntikan kontribusi penting dan positif bagi pembangunan hukum serta demokrasi. Sebagaimana yang diharapkan sejak awal,

² Ahmad Fauzan, *Himpunan Undang-Undang Lengkap tentang Badan Peradilan*, Yrama Widya, Jakarta, 2004, hlm. 69.

³ Lihat Pasal 24C ayat (2) UUD 1945.

dibentuknya MK dimaksudkan untuk mengawal dan menjaga agar konstitusi sebagai hukum tertinggi benar-benar dijalankan atau ditegakkan dalam penyelenggaraan kehidupan kenegaraan sesuai dengan prinsip-prinsip negara hukum modern. Dalam konteks negara hukum modern ini, hukum menjadi faktor penentu bagi keseluruhan paradigma kehidupan sosial, ekonomi, dan politik di suatu negara. Untuk itu, sistem hukum perlu dibangun (*law making*) dan ditegakkan (*law enforcing*) sebagaimana mestinya sesuai dan sejalan dengan konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi.

Pentingnya menjaga konsistensi hukum adalah karena hukum sebagai sebuah sistem selalu berorientasi kepada tujuan. Hukum dapat diartikan sebagai perangkat peraturan yang biasanya dituangkan dalam dokumen tertulis yang disebut peraturan perundang-undangan. Dalam arti luas pengertian hukum mencakup pula norma-norma aturan yang hidup dalam praktik yang tidak tertulis, lembaga atau institusi yang berkaitan dengan proses pembuatan, pelaksanaan, dan penerapan serta penghakiman terhadap perbuatan melanggar aturan, serta segala aspek perilaku manusia dalam kehidupan bersama yang berkaitan dengan norma-norma aturan yang tercakup dalam pengertian budaya hukum. Elemen yang berkaitan erat dengan pengertian hukum di atas merupakan satu kesatuan sistem hukum.

Sistem hukum menurut Friedman,⁴ terdiri dari 3 (tiga) unsur, yaitu unsur struktur, kultur, dan substansi. Ketiga unsur tersebut merupakan satu kesatuan, dengan pengertian, tidak boleh ada unsur yang saling bertentangan satu dengan yang lainnya. Atau dengan istilah lain, salah satu sifat utama dari sebuah sistem hukum adalah konsistensi. Konsistensi antar subsistem hukum ini

⁴ Lawrence M. Friedman, *The Legal System, a Social Science Perspective*, New York, Russel Sage Foundation, 1975, diterjemahkan oleh Khozim, M, *Sistem Hukum: Perspektif Ilmu Sosial*, Nusamedia, Bandung, 2009, hlm. 15-17.

hanya bisa muncul apabila sistem tersebut memiliki sifat *wholism* (*a whole*)⁵ atau keutuhan, dan hukum dengan perangkatnya untuk menciptakan instrumen-instrumen yang secara internal mampu menjaga dan mengawasi agar konsistensi itu terjaga. Terlebih lagi, tipologi sistem hukum positif modern dewasa ini ditengarai penuh dengan birokrasi administrasi, akibatnya hukum negara modern telah tampil sebagai sistem hukum yang mengerucut membentuk piramida hukum dari hukum dasar sampai kepada hukum di tingkat aplikatif.⁶ Atas dasar itulah, agar tujuan sistem hukum suatu negara dapat tercapai, maka kehadiran lembaga ataupun institusi yang menjaga konsistensi sangat diperlukan. Hal ini sebagaimana yang dikatakan Campbell,⁷ “*a system as any group of interrelated or parts which function together to achieve a goal*”.

Dalam memaknai seberapa penting pengujian UU terhadap UUD, perlu dikaji apa yang dijadikan alasan, seperti yang dilakukan oleh John Marshall, Hakim Agung Amerika Serikat, hakim pertama di dunia yang melakukan *judicial review* terhadap UU yaitu *Judiciary Act* (1789), karena substansinya bertentangan dengan konstitusi.⁸ Alasan-alasan tersebut ialah, *pertama*, Hakim bersumpah menjunjung tinggi Konstitusi, sehingga jika ada peraturan yang bertentangan dengan konstitusi maka hakim harus melakukan pengujian terhadap peraturan tersebut. *Kedua*, konstitusi adalah *the supreme law of the land*, sehingga harus ada peluang pengujian terhadap peraturan dibawahnya agar isi konstitusi tidak dilanggar. *Ketiga*, Hakim tidak

⁵ Tatang M. Arifin, *Pokok-Pokok Teori Sistem*, Rajawali Pers, Jakarta, 1996, hlm.1.

⁶ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by Russel Anders Wedberg and Russel, New York, 1961, hlm.124.

⁷ Bonita J. Campbell, *Understanding Information System, Foundation of Control*, Prentice-hall of India, New Delhi, 1979, hlm.2.

⁸ Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen*, LP3ES, Jakarta, 2007, hlm. 96-97

boleh menolak perkara, sehingga kalau ada yang mengajukan *judicial review* permintaan tersebut harus dipenuhi.

Sejalan dengan itu, Moh. Mahfud MD menambahkan satu alasan lagi mengapa *judicial review* penting bagi menjaga konsistensi politik hukum agar tetap pada rel konstitusi (politik konstitusi), karena hukum merupakan produk politik sehingga oleh karenanya bisa saja UU berisi hal-hal yang bertentangan dengan UUD atau konstitusi.⁹ Lebih lanjut, Moh. Mahfud MD mengatakan bahwa minimal terdapat 2 (dua) alasan yang menyebabkan sebuah UU berisi hal-hal yang bertentangan dengan UUD atau Konstitusi. *Pertama*, Pemerintah dan DPR sebagai lembaga legislatif yang membentuk UU adalah lembaga politik yang sangat mungkin membuat UU atas dasar kepentingan politik mereka sendiri atau kelompok yang dominan di dalamnya. *Kedua*, Pemerintah dan DPR sebagai lembaga politik dalam faktanya lebih banyak berisi orang-orang yang bukan ahli hukum atau kurang bisa berfikir menurut logika hukum.¹⁰

Sekurang-kurangnya, berdasarkan prinsip dan alasan-alasan itu juga MK menjalankan kewenangan menguji konsistensi UU terhadap UUD 1945. Kiprah MK dalam menjaga konsistensi hukum, dalam hal ini konsistensi UU terhadap UUD 1945 dapat dilihat antara lain dari banyaknya perkara dan putusan dalam pengujian UU. Sejak dibentuk pada 2003, MK telah menangani banyak perkara pengujian UU. Dari statistik perkara yang ada, sampai dengan September 2011, m MK telah memutus perkara pengujian UU, baik yang amarnya ditolak, dikabulkan, atau tidak diterima. Statistik tersebut dapat dilihat dalam tabel berikut ini.

⁹ Moh. Mahfud MD, *Membangun Politik Hukum Menegakkan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 1999, hlm. 130.

¹⁰ *Ibid*, hlm 130.

Tabel 1 Rekapitulasi Perkara Pengujian Undang-Undang MK RI Tahun 2003 sampai dengan 22 September 2011

No	Tahun	Sisa Yang Lalu	Terima	Jumlah (3+4)	Putus			Sisa Tahun Ini (5-10)	
					Kabul	Tolak	Tidak Diterima		
(1)	(2)	(3)	(4)	(5)	(6)	(7)	(8)	(9)	(10)
1	2003	0	24	24	0	0	3	1	4
2	2004	20	27	47	11	9	11	4	35
3	2005	12	25	37	10	14	4	0	28
4	2006	9	27	36	8	8	11	2	29
5	2007	7	30	37	4	11	7	5	27
6	2008	10	36	46	10	12	7	5	34
7	2009	12	78	90	15	17	12	7	51
8	2010	39	81	120	18	22	16	5	61
9	2011	59	64	123	14	18	28	8	68
Jumlah		-	392	-	90	111	99	37	337

Sumber: <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website>. Rekapitulasi PUU diunduh tanggal 22 September 2011

Melalui putusannya, MK dapat mengabulkan permohonan dengan menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal, bagian, atau keseluruhan UU bertentangan dengan UUD 1945.¹¹ Hal ini sebagaimana ditentukan dalam Pasal 57 ayat (1) UU MK yang menyebutkan, putusan MK yang amar putusannya menyatakan bahwa materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian dari UU bertentangan dengan UUD 1945, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Ketentuan tersebut memperlihatkan bahwa putusan MK dalam perkara pengujian UU dengan UUD 1945 adalah menyatakan materi muatan ayat, pasal dan/atau bagian dari undang-undang tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dalam konteks inilah MK memerankan diri sebagai *a negative legislator* atau pembatal norma¹² dan bukan pembuat norma atau *positive legislator*. Inilah *khittah* dibentuknya MK. Sebagai negatif legislator, MK hanya bisa menghilangkan norma yang ada dalam suatu UU bila bertentangan dengan UUD 1945 karena MK tidak boleh menambahkan norma baru ke dalam UU tersebut yang sesungguhnya menjadi kewenangan lembaga legislatif. Hal ini tegas dinyatakan dalam UU No. 24 Tahun 2003, yang menyatakan MK sebatas menghapus norma (*negative legislator*).

Namun demikian, dalam praktiknya, terdapat beberapa putusan MK yang membuat MK dalam memainkan peran sebagai negatif legislator membuat putusan bersifat *positive legislature*. Dari banyak putusan MK yang bersifat mengatur itu, beberapa diantaranya menarik untuk dikaji dan didalami, yaitu Putusan No.102/PUU-VII/2009, Putusan No. 4/PUU-VII/2009, dan Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009.

¹¹ Lihat Pasal 56 ayat (3) UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

¹² Moh. Mahfud MD, *Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi*. Makalah disampaikan di depan Komisi III DPR RI pada saat *fit and proper test* untuk menjadi hakim konstitusi tanggal 12 Maret 2008.hlm. 11.

Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009 merupakan putusan atas permohonan Pemohon dalam pengujian Pasal 28 dan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden terhadap UUD 1945. Dalam putusan tersebut MK menyatakan antara lain:

“permohonan para Pemohon terhadap Pasal 28 dan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden beralasan hukum, namun Mahkamah menilai bahwa permohonan para Pemohon adalah konstitusional bersyarat (conditionally constitutional) sepanjang tidak menghilangkan hak pilih warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dalam Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden”.

Dalam amar putusannya, MK menyatakan mengabulkan permohonan para Pemohon untuk sebagian, dan menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden adalah konstitusional sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dengan tertentu, diantaranya:

“Selain Warga Negara Indonesia yang terdaftar dalam DPT, Warga Negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi Warga Negara Indonesia yang berada di luar negeri.”¹³

Sisi *positive legislature* juga tampak dalam Perkara Nomor 4/PUU-VII/2009. Dalam pandangan MK, norma hukum yang

¹³ Lihat Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009.

berbunyi: “tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih” yang tercantum dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU Pemilu Legislatif serta Pasal 58 huruf f UU No. 12/2008 tentang Perubahan Kedua atas UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah merupakan norma hukum yang inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*). Norma putusan perkara ini melekatkan syarat-syarat tertentu yang sesungguhnya bertendensi sebagai pengaturan. Pasal-Pasal tersebut dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak memenuhi syarat-syarat: (1) berlaku bukan untuk jabatan publik yang dipilih (*elected officials*); (2) berlakunya terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejak terpidana selesai menjalani hukumannya; (3) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan terpidana; dan (4) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.¹⁴

Norma hukum mengenai syarat “tidak pernah dijatuhi pidana dengan pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih”, sebenarnya pernah diuji MK melalui Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007. Sesuai asas “*nebis in idem*”, jika norma yang diuji dan Pemohonnya sama maka tidak dibenarkan norma tersebut diuji lagi. Pada kasus Putusan MK No. 4/PUU-VII/2009, norma yang diuji sama tetapi pemohonnya berbeda. Putusan MK sebelumnya yaitu Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 tanggal 11 Desember 2007, Mahkamah

¹⁴ Lihat Putusan MK No. 4/PUU-VII/2009.

dalam amar putusannya telah menolak permohonan pengujian Pasal 58 huruf f UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah (UU 32/2004), Pasal 6 huruf t UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (UU 23/2003), Pasal 16 ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 ayat (2) huruf d UU No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (disingkat UU MA), dan Pasal 13 huruf g UU No. 16 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan (UU BPK) yang kesemuanya memuat norma hukum mengenai syarat “tidak pernah dijatuhi pidana dengan pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih”, meskipun formulasinya tidak persis sama. Norma hukum yang terkandung dalam Pasal-Pasal berbagai UU yang dimohonkan pengujian dinyatakan sebagai konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), yakni dikecualikan untuk tindak pidana yang bersifat kealpaan ringan (*culpa levis*) dan tindak pidana karena alasan perbedaan pandangan politik. Sementara, Putusan MK Nomor 4/PUU-VII/2009 merupakan putusan atas uji materi Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10/2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf f UU No. 12/2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32/2004 tentang Pemerintahan Daerah. Dengan demikian, meskipun norma yang diuji sama, akan tetapi karena pasal, UU, dan Pemohonnya berbeda, maka penyempitan arti dalam Putusan MK Nomor 4/PUU-VII/2009 dibenarkan. Kekhususan karakter jabatan-jabatan publik tertentu menyebabkan tidak semua jabatan publik dapat demikian saja ditentukan persyaratan dengan menggunakan rumusan norma yang bersifat umum sehingga perlu pembedaan persyaratan.

Apabila dikaji lebih lanjut, Putusan MK tersebut menampakkan segi progresifitas¹⁵ hakim konstitusi dimana mereka lebih memilih keadilan dan kemanfaatan hukum daripada terpaku pada aspek prosedural Hukum Acara PUU. Penafsiran hukum oleh para hakim cenderung menampakkan penafsiran yang ekstensif dan meluas dalam rangka menegakkan pilar-pilar demokrasi dan perlindungan konstitusional warga negara.¹⁶ Putusan MK ini memiliki keunikan yang dapat menjadi diskursus baru dalam belantara hukum Indonesia.

Ketika putusan MK menyatakan materi, ayat, Pasal, dan/atau bagian dari UU atau UU-nya secara keseluruhan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum dan tidak berlaku, atau bahkan membuat putusan hukum (*judge make constitutional law*)¹⁷, timbul pertanyaan apakah putusan hukum tersebut memiliki kekuatan untuk berlaku, akan terlaksana, atau harus ada satu proses yang mengikutinya? Kondisi ini menunjukkan terjadinya suatu perubahan keadaan hukum melalui putusan yang bersifat *declaratoir*¹⁸ dan *constitutif* maupun hukum positif. Putusan tersebut akan mempengaruhi secara signifikan satu UU yang berlaku, baik karena adanya kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) maupun karena berubahnya pengertian atau makna satu norma berdasarkan tafsiran MK.

¹⁵ Lihat Satjipto Rahadjo, *Membedah Hukum Progresif*, Kompas, , 2006. hlm 56. Pada intinya Hukum Progresif bertumpu pada pilar penempatan keadilan di atas hukum, hukum untuk manusia dan bukan sebaliknya, manusia untuk hukum.

¹⁶ Lihat Arief Hidayat, *Kebebasan Berserikat di Indonesia: Suatu Analisis terhadap Perubahan Sistem Politik Terhadap Penafsiran Hukum*, Badan Penerbit Undip, Semarang, 2009, hlm 34. Dalam Disertasinya tersebut, Arief Hidayat menyatakan bahwa pelembagaan sistem demokrasi akan mempengaruhi karakter produk hukum suatu rezim.

¹⁷ Maruarar Siahaan, *UUD 1945 sebagai Konstitusi yang Hidup*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2008, hlm. 23.

¹⁸ Putusan yang mengabulkan permohonan. Dalam hal permohonan dikabulkan, MK menyatakan dengan tegas materimuatan ayat, pasal, dan/atau bagian dari UU yang bertentangan dengan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Putusan MK memiliki dampak yang sangat luas, bukan saja bagi para pihak pembentuk hukum dan penegak hukum tetapi juga bagi masyarakat pada umumnya. Selain itu, putusan MK juga mempengaruhi aspek-aspek fundamental dalam sistem hukum, sistem bernegara, dan bermasyarakat. Untuk itu, putusan tersebut memerlukan daya dukung agar putusan MK yang bersifat hukum dapat berlaku, mengingat putusan itu tidak memiliki daya pemaksa, dalam arti tidak ada lembaga eksekutorialnya. Apalagi jika diingat bahwa kebenaran pendapat, baik yang dituangkan di dalam vonis maupun yang menilai isi vonis, bersifat relatif karena tergantung pada perspektif teori dan atau dalil-dalil hukum yang dipergunakannya sebagai dasar putusan dan optik penilaian.¹⁹ Itulah sebabnya, selain kontroversi di dalam masyarakat terhadap sebuah vonis, adakalanya di kalangan hakim yang membuat putusan itu sendiri terjadi pertentangan manakala tidak dapat dibulatkan dalam satu pandangan dan kemudian muncul dalam bentuk *dissenting opinion* atas sebuah vonis. Hal itu terjadi karena kebenaran dalam menilai dan memutus perkara itu tergantung pada perspektif teori dan dalil-dalil atau pasal-pasal UU yang dipergunakannya.

Meskipun begitu, harus diingat pula bahwa terlepas dari soal benar atau salah, putusan hakim yang sudah berkekuatan hukum tetap itu mengikat dan karenanya harus diikuti atau dilaksanakan.²⁰ Di sini berlaku dalil “putusan pemerintah (termasuk hakim) mengakhiri semua perbedaan dan karenanya setuju atau tidak setuju, harus dilaksanakan”. Keadaan berkekuatan hukum tetap untuk putusan MK terjadi apabila sudah diucapkan dalam sidang pleno

¹⁹ Lihat dalam Moh. Mahfud MD, “Putusan Mahkamah Konstitusi Belum Tentu Benar”, *Harian Seputar Indonesia*, 14 Agustus 2007, hlm 3.

²⁰ *Ibid*, hlm 3.

yang terbuka untuk umum, artinya tidak ada upaya hukum yang dapat dipergunakan untuk melawan putusan MK itu.

Putusan lain yang bersifat *positive legislature* ialah Putusan MK No.102/PUU-VII/2009. Putusan ini menentukan antara lain tentang warga negara yang belum terdaftar dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT) dalam pemilihan presiden dan wakil presiden dapat menggunakan hak pilihnya dalam Pilpres. Sebelum ada putusan MK tersebut, persoalan DPT dalam Pemilu menimbulkan kekisruhan sekaligus menjadi masalah serius yang cukup merisaukan dalam rangkaian Pilpres 2009. Persoalan DPT memungkinkan jutaan pemilih kehilangan hak konstitusionalnya. Dalam analisa lebih jauh, bukan tidak mungkin persoalan DPT itu akan mengakibatkan legitimasi Pemilihan Presiden dan Wapres Tahun 2009. Untunglah, persoalan warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT itu teratasi seiring diketoknya putusan MK dalam perkara ini. Warga negara yang namanya belum terdaftar dalam DPT dalam pemilihan presiden dan wakil presiden dapat menggunakan hak pilihnya dalam Pilpres. Pelaksanaan putusan MK tersebut didukung oleh jaringan sosial dalam KPU, jaringan sosial dalam KPUD sampai KPPS, dan juga oleh LSM, ormas, dan anggota masyarakat yang tidak terdaftar dalam DPT pun banyak yang menggunakan hak pilihnya. Warga negara di Jawa Tengah yang menggunakan hak pilihnya dalam Pilpres dengan menggunakan KTP sebanyak 35.995. Di antaranya ada beberapa Kabupaten/Kota yang jumlah pemilih menggunakan KTP cukup banyak, yaitu Kota Semarang (5.905), Kabupaten Magelang (1.075), dan Kota Surakarta (1.073).²¹

Hal yang menarik dari putusan-putusan yang bersifat *positive legislature* tersebut adalah, meskipun putusan MK yang bersifat

²¹ KPUD Provinsi Jawa Tengah, *Rekapitulasi Pemilih yang Menggunakan KTP Pada Pemilu Presiden dan Wakil Presiden Tahun 2009*, Semarang, hlm. 1.

mengatur tidak mendapat tempat dalam aturan main, dan bahkan bertentangan dengan UU, akan tetapi putusan MK tersebut tetap dilaksanakan oleh para *stakeholder* UU. Walaupun kemudian pada akhirnya putusan MK yang bersifat mengatur itu dipandang sangat penting untuk mengatasi kebuntuan solusi, khususnya yang berkaitan dengan pelaksanaan Pilpres. Situasi dilematis semacam inilah yang menjadi permasalahan pokok yang dibahas dalam buku ini.

Buku ini memfokuskan terlebih dulu pada uraian mengenai pertimbangan hakim MK dalam menguji UU yang kemudian menghasilkan putusan yang bersifat *positive legislature*. Dalam hal ini, kenapa MK 'berani' memutus perkara pengujian UU dengan putusan yang secara normatif melampaui batas kewenangan sebagaimana yang ditentukan sekaligus dianggap 'merangsek' masuk ke ranah legislasi. Kalau merujuk pada ketentuan Pasal 56 dan Pasal 57 UU No. 24 tahun 2003 tentang MK, dalam menguji UU mestinya putusan MK sebatas menyatakan menolak permohonan, tidak menerima, atau mengabulkan permohonan. Karena itulah MK dikatakan hanya berwenang dan boleh bertindak sebagai *negative legislator*.²² Seiring dengan 'keberanian' MK melampaui batas-batas kewenangan, persoalan yang muncul dan menarik ialah meskipun putusan yang bersifat *positive legislature* tersebut jelas-jelas melampaui kewenangan MK, akan tetapi putusan itu tetap dipatuhi dan dilaksanakan, dalam konteks ini, dilaksanakan oleh jaringan sosial dalam KPU, KPUD, dan jaringan sosial lainnya di masyarakat.

Dengan demikian, jika disederhanakan studi ini fokus mengkaji dua realitas sosial sekaligus yaitu, *pertama*, dasar pertimbangan dan

²² Moh. Mahfud MD., "Kekuasaan Kehakiman Pasca Amandemen UUD 1945" Makalah disampaikan pada Diskusi Publik tentang Wacana Amandemen Konstitusi yang diselenggarakan oleh Komisi Hukum Nasional (KHN) di Jakarta Tanggal 12 Juni 2008, hlm 5.

latar belakang sosiologis hakim MK dalam pembuatan putusan yang bersifat *positive legislature*, kedua, latar belakang dan faktor-faktor yang mendasari jaringan sosial tersebut mendukung pelaksanaan putusan MK yang bersifat mengatur. Karena dukungan ini sangat penting dalam mendukung pelaksanaan putusan MK, termasuk dua putusan sebagaimana disebutkan di atas, yang kesemuanya bersifat mengatur. Pada intinya, penemuan dan pengungkapan realitas sosial itu selanjutnya akan dijadikan sebagai dasar untuk membangun model fungsionalisasi jaringan sosial dalam pelaksanaan putusan MK, terutama yang bersifat mengatur dengan berbasis pada keadilan substantif. Kajian buku ini akan bermuara pada upaya menemukan sumbangan pemikiran untuk melakukan "rekonstruksi"²³ regulasi kewenangan MK dalam pengujian UU.

Untuk membatasi bahasan, perlu ditegaskan sebelumnya bahwa Putusan MK yang bersifat *positive legislature* yang dimaksud dalam kajian ini adalah Putusan MK yang dalam putusannya memiliki sifat mengatur. Putusan *conditionally constitutional* dan *conditionally unconstitutional* dapat juga dimasukkan dalam kategori putusan ini. Mengingat banyaknya putusan MK yang bersifat *positive legislature*, maka bahasan buku ini membatasi pada 3 (tiga) putusan MK dalam pengujian UU yaitu:

1. Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Pasal 28 dan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden,
2. Putusan MK No. 4/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008

²³ Rekonstruksi berasal dari kata 'reconstruction' yang diberi pengertian tentang penyusunan kembali, pembangunan kembali atau menata ulang dan dapat juga diberikan pengertian reorganisasi. Lihat Andi Hamzah, *Kamus Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta 1997, hlm. 254.

tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan

3. Putusan MK No.110-111-112-113/PUU-VII/2009 tentang Pengujian Pasal 205 ayat (4), Penjelasan Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU No. 10 Tahun 2008.

Ketiga putusan MK tersebut dikaji dengan pertimbangan: (1) putusan-putusan tersebut lebih banyak substansi/materi yang diatur apabila dibandingkan dengan putusan *conditionally constitutional* yang lain; (2) putusan-putusan tersebut menentukan jangka waktu berlakunya pasal atau ayat yang diuji, dan (3) putusan tersebut memberi beban tambahan kepada Termohon. Berdasarkan batasan-batasan dan obyek yang dikaji, secara khusus, tulisan dalam buku ini memiliki 4 (empat) tujuan, yaitu:

1. Menemukan dan menganalisis dasar pertimbangan hakim MK membuat putusan yang bersifat *positive legislature* dalam pengujian undang-undang.
2. Menemukan dan menganalisis jaringan sosial sebagai bagian modal sosial mendukung berlakunya putusan MK yang bersifat *positive legislature*.
3. Menemukan model fungsionalisasi jaringan sosial sebagai bagian modal sosial dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat *positive legislature*.
4. Menemukan dan menganalisis konstruksi regulasi kewenangan MK dalam pengujian undang-undang.

Kajian dalam buku ini penting dikemukakan, setidaknya untuk turut memperkaya khasanah ilmu pengetahuan terutama di bidang hukum tata negara. Kajian buku ini dilandasi oleh paradigma

konstruktivisme (*constructivisme paradigm*) atau *legal constructivism*,²⁴ sebuah paradigma yang tidak banyak digunakan bahkan belum pernah digunakan untuk menganalisa regulasi kewenangan MK dalam pengujian UU. Paradigma ini tergolong dalam kelompok paradigma non-positivistik.²⁵ Pendekatan yang digunakan ialah pendekatan *socio-legal*,²⁶ yang bermanfaat untuk mengkaji latar belakang/dasar pertimbangan MK dalam membuat putusan *positive legislature*.

Demikian juga, untuk memahami hukum dalam konteks, masyarakatnya, Penulis menggunakan pendekatan *socio-legal yang*

²⁴ Guba dan Lincoln menyebutkan bahwa paradigma yang berkembang dalam penelitian dimulai dari paradigma *positivisme, post-positivisme, critical theory dan constructivism*.

²⁵ Paradigma non-positivistik merupakan distingsi dari paradigma positivistik. Paradigma non positivistik dianggap sebagai jalan keluar dari paradigm sebelumnya untuk memandang hukum tidak semata-mata *inword looking*, melainkan juga *outword looking*. Hal ini disebabkan karena paradigma positivistik berpengaruh buruk dalam menyumbang adanya krisis multidimensi yang sekarang terjadi. Menurut Alfret Nort Whitehead pengaruh buruk dari dominasi paradigma positivistik berupa: (1) membuat peneliti mengabaikan lingkungannya; (2) memisahkan suatu objek dari unsur-unsur lain yang mempengaruhinya, sehingga memandang suatu sistem bersifat mekanis belaka. Lihat Alfret Nort Whitehead, *Science and The Modern World*, The Free Press, Macmillan Co, New York, 1967. Positivisme hukum beserta dasar-dasar rasionalisasinya serta sistematisasi doktrin-doktrinnya sebagaimana dianjurkan menjelang pecahnya Revolusi Prancis 1789 benar-benar dilaksanakan sepanjang masa revolusi itu dan diteruskan lama sesudah itu. Lihat Soetandyo Wignyosoebroto, *Perubahan Paradigma dalam Ilmu Hukum Pada Masa Peralihan Milenium (dari abad 20 ke abad 21)*, Makalah Bahan Kuliah Program Doktor Ilmu Hukum, 2003, hlm.13.

²⁶ Di dalam pendekatan *socio-legal research* terdapat 2 (dua) aspek penelitian, yaitu (1) aspek *legal research* yakni objek penelitian tetap ada yang berupa hukum dalam arti "norm" peraturan perundang-undangan, dan (2) *socio-research* yaitu digunakannya metode dan teori ilmu-ilmu sosial tentang hukum untuk membantu peneliti dalam melakukan analisis. Pendekatan ini menurut penulis tetap berada dalam ranah hukum, hanya perspektifnya yang berbeda. Bandingkan dengan pendapat Terry Hutchinson yang mengakui bahwa *socio-legal research* sebagai bagian dari penelitian hukum dengan istilah "*Fundamental Research*". Lihat Terry Hutchinson, *Researching and Wraiting in Law*, Pyramont-NSW, 2002, hlm. 9-10.

dilakukan.²⁷ Selanjutnya, metode pendekatan hermeneutik digunakan untuk menafsirkan teks, yaitu teks UU No. 24 tahun 2003 tentang MK dan risalah sidang putusan MK, yaitu Risalah Sidang Perkara No. 102/PUU-VII/2009, Risalah Sidang Perkara No. 4/PUU-VII/2009, dan Risalah Sidang Perkara No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009, serta teks hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat berupa sikap dan perilaku dalam praktik pembuatan putusan MK yang bersifat mengatur dalam PUU dan jaringan sosial dalam mendukung pelaksanaan putusan MK tersebut. Konstruksi yang telah ada (senyatanya) dibandingkan dengan konstruksi ideal (seharusnya yang mengedepankan nilai keadilan substantif) dan konstruksi yang disusun berdasarkan realitas sosial (penelusuran, penerapan nilai keadilan substantif) untuk mendapatkan *resultante* konstruksi baru sehingga betul-betul dibentuk rekonstruksi regulasi kewenangan MK dalam PUU dan model fungsionalisasi jaringan sosial dalam mendukung pelaksanaan putusan MK yang bersifat mengatur.

Sesuai dengan kebutuhan dan peruntutannya, kajian dalam buku ini menggunakan beberapa teori sebagai pisau analisis, antara lain yaitu (1). Teori Bekerjanya Hukum dalam Masyarakat dari Robert B. Seidman dan William J. Chambliss, (2). Teori Hukum Responsif menurut John Henry Merryman, (3). Teori Hukum Responsif dari Nonet dan Selznick (4). Teori Tujuan Hukum menurut Gustav Radbruch, (5). Teori Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo, dan (6). Teori Cybernetics dari Wiener.

Dalam membuat putusan, Hakim MK tidak hanya dikendalikan oleh peraturan hukum yang ada (dalam hal ini konstitusi) saja, akan tetapi dikendalikan juga oleh kekuatan sosial, politik, dan personal.

²⁷ Lihat Soerjono Soekanto, dkk. *Pendekatan Sosiologi terhadap Hukum*, PT Bina Akasara, Jakarta, 1988, hlm. 9.

Kekuatan sosial perlu dipertimbangkan dan memengaruhi secara signifikan dalam aktifitas membuat putusan. Kekuatan sosial dalam kaitan ini ialah yang berkenaan dengan keadilan yang diharapkan masyarakat yaitu keadilan substantif. Dengan demikian, dapat dikatakan keadilan substantif merupakan aspek utama yang menjadi pertimbangan utama Hakim MK dalam membuat putusan. Menurut hemat Penulis, untuk membahas dasar pertimbangan Hakim MK dalam membuat putusan maka akan tepat menggunakan teori Bekerjanya Hukum dalam Masyarakat dari Robert B. Seidman dan William J. Chambliss, Teori Tujuan Hukum Gustav Radbruch, dan Teori Hukum Responsif dari Henry Merryman.

Menurut Gustav Radbruch, hukum dituntut untuk memenuhi berbagai karya, dan ketiga nilai yang disebut sebagai nilai-nilai dasar dari hukum. Ketiga nilai dasar itu adalah keadilan, kegunaan dan kepastian hukum.²⁸ Di antara tiga nilai dasar tersebut sangat mungkin terjadi ketegangan antara satu dengan lainnya. Sementara, Teori Hukum Responsif dari John Henry Merryman digunakan untuk membahas pembentukan hukum, khususnya dalam pembuatan putusan hakim MK. Hakim dalam membuat putusan perlu memperhatikan keinginan dan kepentingan masyarakat.²⁹ Hukum yang dihasilkan tidak hanya responsif terhadap kepentingan penguasa tetapi mengakomodir kepentingan masyarakat. Kepentingan dan keinginan masyarakat dalam pembentukan hukum berperan sebagai kekuatan kontrol (*agent of control*) dan kekuatan penyeimbang (*agent*

²⁸ Suteki, *Kebijakan Tidak Menegakkan Hukum (Non Enforcement of Law) demi Pemuliaan Keadilan Substantif*, Pidato Pengukuhan disampaikan pada Upacara Penerimaan jabatan Guru Besar dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm 38.

²⁹ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System Western Eurpe and Latin America*, Second Edition, Stanford University Press, California, 1985, hlm. 34.

of balance) bagi kepentingan pemerintah dan masyarakat sehingga proses pembentukan hukum demikian akan menghasilkan hukum yang responsif.

Selanjutnya, untuk membahas putusan MK yang bersifat *positive legislature*, Penulis menggunakan Teori Hukum Progresif dari Satjipto Rahardjo. Menurut teori ini, hukum merupakan institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, dan membuat manusia bahagia. Pernyataan ini menuntut kehadiran hukum progresif yang mengandung pengertian tentang konsep, fungsi, dan tujuan hukum yang harus diwujudkan. Hukum progresif merupakan bagian dari proses *searching for the truth* (pencarian kebenaran) yang tidak pernah berhenti. Hakim MK dalam membuat putusan tidak lagi memandang bahwa hukum sebagai dokumen yang absolut dan ada secara otonom, namun harus kreatif untuk mengatasi ketertinggalan hukum. Dan bila perlu, hakim membuat terobosan-terobosan hukum (*rule breaking*) untuk mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum yaitu hukum yang membuat bahagia rakyat.

Teori Cybernetics dari Wiener digunakan untuk membahas fungsionalisasi jaringan sosial dalam organisasi KPU sampai KPPS, LSM serta Asosiasi Pengajar HTN-HAN dalam mendukung pelaksanaan putusan MK. Teori Cybernetics adalah teori komunikasi mekanis yang oleh Wiener dibangun atas prinsip-prinsip teori fisika dan matematika, khususnya teori probabilitas. Teori ini bukan teori fisika semata namun lebih tepat dikatakan sebagai transformasi teori komunikasi mekanis yang berakar pada fisika dan matematika ke dalam bentuk kehidupan manusia. Wiener menyebutnya 'perintah' sebagai dasar utama sistem komunikasi. Perintah oleh manusia digunakan sebagai alat untuk mengatur lingkungannya sebagai bentuk informasi,

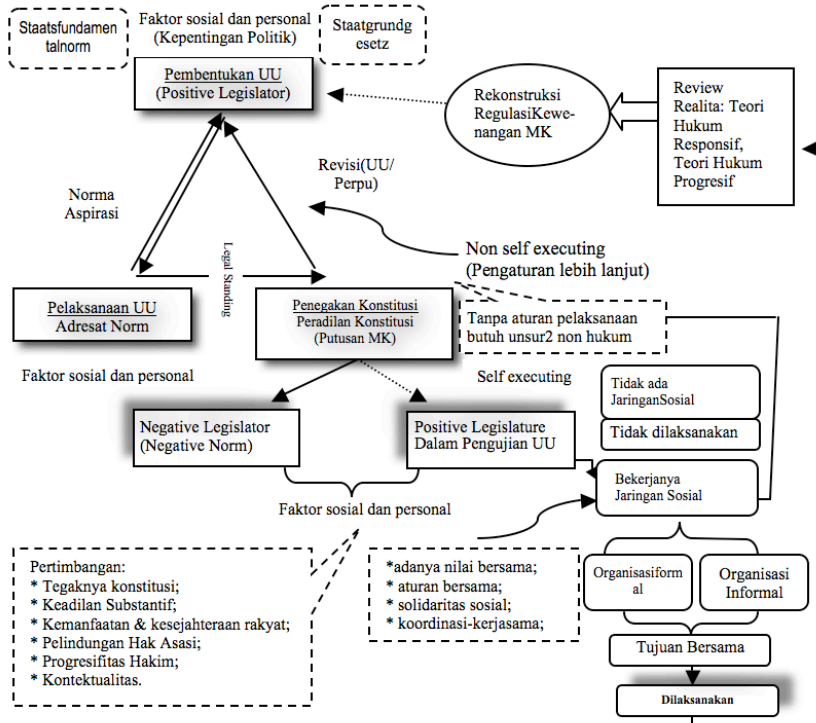
perintah merupakan alat yang berada dalam posisi peralihan antara kondisi yang serba tidak teratur dengan kondisi yang serba teratur. Jaringan sosial dalam KPU-KPPS, LSM dan juga Asosiasi Pengajar HTN-HAN akan melaksanakan perintah apabila perintah tersebut dirasa mempunyai nilai kebersamaan, sesuai aturan bersama, dan jika ada solidaritas sosial. Kalau tidak ada unsur tersebut maka jaringan sosial tidak akan melaksanakan perintah tersebut.

Sebagaimana diketahui, Putusan MK ada yang bersifat *self executing* suatu putusan yang langsung bisa dilaksanakan, dan ada yang bersifat *non-self executing*, yaitu putusan yang perlu pengaturan lebih lanjut. Putusan MK yang bersifat *positive legislature* biasanya bersifat *self executing*, karena itu pelaksanaannya membutuhkan unsur-unsur non hukum. Unsur non hukum yang dimaksud adalah jaringan sosial yang mencakup organisasi formal seperti KPU dan KPUD dan bisa juga jaringan sosial dalam organisasi non formal seperti Asosiasi Pengajar HTN-HAN, APHAMK, dan LSM. Bekerjanya jaringan sosial tersebut sangat dipengaruhi oleh adanya nilai bersama, aturan bersama, dan tidak kalah pentingnya adalah solidaritas sosial. Apabila jaringan sosial ini merasa unsur-unsur itu terpenuhi, maka jaringan sosial ini dengan sendirinya mau melaksanakan putusan MK demi tercapainya tujuan bersama. Berdasarkan realitas yang ada dengan menggunakan teori bekerjanya hukum, Penulis hendak merumuskan model fungsionalisasi jaringan sosial dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat *positive legislature*.

Kerangka pemikiran di atas dapat disajikan melalui bagan sebagai berikut.

Bagan 1

Kerangka Pemikiran



*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

BAB II

PENEGAKAN HUKUM DI INDONESIA BERBASIS KEADILAN SUBSTANTIF



Prinsip Negara Hukum Indonesia

Dalam rangka merumuskan kembali ide-ide pokok konsepsi Negara Hukum dan penerapannya dalam situasi Indonesia dewasa ini, menurut Jimly Asshiddiqie¹ ada duabelas prinsip pokok negara hukum (*rechtsstaat*) yang berlaku di zaman sekarang. Keduabelas prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga dapat disebut sebagai negara hukum (*the rule of law* ataupun *rechtsstaat*) dalam arti yang sebenarnya. Keduabelas prinsip pokok tersebut, adalah:

1. Supremasi Hukum (*Supremacy of Law*)
Semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum (*supremacy of law*), pada hakikatnya pemimpin tertinggi

¹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme di Indonesia*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2006, hlm. 154

negara yang sesungguhnya bukanlah manusia, tetapi konstitusi yang mencerminkan hukum tertinggi.

2. **Persamaan dalam Hukum (*Equality before the Law*)**
Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empirik. Dalam rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dalam segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang dinamakan '*affirmative actions*' guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju.
3. **Asas Legalitas (*Due Process of Law*)**
Dalam setiap negara hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan.
4. **Pembatasan Kekuasaan**
Adanya pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal.

5. **Organ-organ Eksekutif Independen**
Dalam rangka membatasi kekuasaan itu, di zaman sekarang berkembang pula adanya pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat '*independent*', seperti bank sentral, organisasi tentara, dan organisasi kepolisian. Selain itu, ada pula lembaga-lembaga baru seperti Komisi Hak Asasi Manusia Nasional, Komisi Pemilihan Umum (KPU), Komisi Ombudsman Nasional (KON), Komisi Penyiaran Indonesia (KPI), dan sebagainya.
6. **Peradilan Bebas dan Tidak Memihak**
Adanya peradilan yang bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*). Peradilan bebas dan tidak memihak ini mutlak harus ada dalam setiap negara hukum. Dalam menjalankan tugas judisialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun juga, baik karena kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi).
7. **Peradilan Tata Usaha Negara**
Meskipun peradilan tata usaha negara juga menyangkut prinsip peradilan bebas dan tidak memihak, tetapi penyebutannya secara khusus sebagai pilar utama negara hukum tetap perlu ditegaskan tersendiri. Dalam setiap negara hukum, harus terbuka kesempatan bagi setiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara dan dilaksanakannya putusan hakim tata usaha negara (*administrative court*) oleh pejabat administrasi negara.
8. **Peradilan Tata Negara (*Constitutional Court*)**
Disamping adanya pengadilan tata usaha negara yang diharapkan memberikan jaminan tegaknya keadilan bagi setiap

warga negara, negara hukum modern juga lazim mengadopsikan gagasan MK dalam sistem ketatanegaraannya, baik dengan pelembagaannya yang berdiri sendiri di luar dan sederajat dengan MA ataupun dengan mengintegrasikannya ke dalam kewenangan MA yang sudah ada sebelumnya.

9. **Perlindungan Hak Asasi Manusia**
Adanya perlindungan konstitusional terhadap hak asasi manusia dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut dimasyarakatkan secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai ciri yang penting suatu negara hukum yang demokratis.
10. **Bersifat Demokratis (*Demokratische Rechtsstaat*)**
Dianut dan dipraktikkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peranserta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah masyarakat. Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/atau hanya untuk kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi.
11. **Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara (*Welfare Rechtsstaat*)**
Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama. Cita-cita hukum itu sendiri, baik yang dilembagakan melalui gagasan negara demokrasi (*democracy*) maupun yang

diwujudkan melalui gagasan negara hukum (*nomocracy*) dimaksudkan untuk meningkatkan kesejahteraan umum.

12. **Transparansi dan Kontrol Sosial²**

Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peranserta masyarakat secara langsung (*partisipasi langsung*) dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran.

Konstruksi Hukum Progresif dan Responsif dalam Penegakan Hukum di Indonesia

Negara Indonesia adalah negara hukum berdasarkan Pancasila, yang bertujuan mencapai masyarakat yang adil, makmur dan merata, baik materiil maupun spirituil. Dalam kerangka itulah, hukum di Indonesia dibentuk dengan tujuan untuk membangun keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Artinya, tujuan atau kondisi ideal yang dikehendaki harus senantiasa berorientasi pada keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Tidak tercapainya kondisi ideal tersebut sangat mungkin disebabkan oleh tidak berkualitaskannya penegakan hukum. Dalam kondisi tidak ideal inilah hukum progresif lahir sebagai wujud ketidakpuasan dan keprihatinan atas kualitas penegakan hukum di Indonesia.

Dalam perspektif teori hukum progresif, hukum merupakan suatu institusi yang bertujuan mengantarkan manusia kepada kehidupan yang adil, sejahtera, dan membuat manusia bahagia.³

² *Ibid*, hlm 155-161

³ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif: Penjelajahan Suatu Gagasan*, Makalah disampaikan pada jumpa alumni Program Doktor Ilmu Hukum Universitas

Pernyataan ini berpuncak pada tuntutan akan kehadiran hukum progresif yang mengandung pengertian tentang konsep, fungsi, dan tujuan hukum yang harus diwujudkan. Hukum progresif merupakan bagian dari proses *searching for the truth* (pencarian kebenaran) yang tidak pernah berhenti. Hukum progresif bertolak dari realitas empirik tentang bekerjanya hukum dalam masyarakat, sekaligus refleksi ketidakpuasan dan keprihatinan terhadap kinerja dan kualitas penegak hukum Indonesia pada akhir abad ke-20.

Penyebaran gagasan hukum progresif diawali oleh Satjipto Rahardjo, guru besar Emiritus pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro. Menurut Satjipto, hukum progresif pada prinsipnya bertolak dari dua komponen dasar dalam hukum, yaitu peraturan dan perilaku (*rule and behavior*).⁴ Landasan hukum progresif didasarkan pada dua asumsi pokok. *Pertama*, hukum adalah untuk manusia, bukan sebaliknya. Berangkat dari asumsi ini, maka kehadiran hukum bukan untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas dan besar. Itulah sebabnya ketika terjadi permasalahan dalam hukum, maka hukumlah yang harus ditinjau dan diperbaiki bukan manusianya yang dipaksa untuk dimasukkan ke dalam skema hukum.⁵ *Kedua*, hukum bukan institusi yang mutlak serta final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus menjadi. Hukum adalah institusi yang secara terus-menerus membangun dan mengubah dirinya menuju kepada tingkat kesempurnaan yang lebih baik. Kualitas kesempurnaan di sini bisa direfleksi ke dalam faktor keadilan, kesejahteraan, kepedulian kepada rakyat dan lain-lain.

Diponegoro Semarang, 4 September 2004, hlm. 8.

⁴ Satjipto Rahardjo, *Menuju Produk Hukum Progresif*, Makalah Diskusi Terbatas pada Fakultas Hukum UNDIP, Semarang, 24 Juni 2004, hlm 10.

⁵ SatjiptoRahardjo, *Hukum Progresif. Hukum yang Membebaskan*. Jurnal Hukum Progresif, Vol. 1/No. 1/April 2005, PDIH UNDIP, Semarang, hlm 5.

Inilah yang oleh Satjipto Rahardjo dikatakan hakikat 'hukum yang selalu dalam proses menjadi' (*law as a process law in the making*).⁶

Menurut teori hukum progresif, manusia berada di atas hukum. Hukum hanya menjadi sarana untuk menjamin dan menjaga berbagai kebutuhan manusia. Hukum tidak lagi dipandang sebagai suatu dokumen yang absolut dan ada secara otonom. Hukum progresif membawa konsekuensi pentingnya kreativitas untuk mengatasi ketertinggalan hukum, maupun untuk membuat terobosan-terobosan hukum, bila perlu melakukan *rule breaking*. Terobosan ini diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yaitu hukum yang membuat bahagia.

Pembentukan hukum oleh hakim dalam konsep hukum responsif dari John Henry Merryman menyatakan bahwa seorang hakim sering berpikir bahwa perundang-undangan sebagai salah satu bentuk pelayanan dari fungsi tambahan yang sering kurang akurat.⁷ Oleh karenanya, hakim dalam melakukan interpretasi harus mengisi celah dan menyelesaikan masalah dalam skema perundangan. Hakim harus mengubah hukum terhadap kondisi/kenyataan yang berubah-ubah. Perundangan bukan sesuatu yang pasti dalam penggunaannya khususnya pada hakim yang bijaksana.⁸ Untuk kepentingan analisis teoretik, berikut ini disajikan identifikasi Gerakan Hukum Progresif.⁹

⁶ *Ibid*, hlm. 6.

⁷ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System Western Europe and Latin America*, Second Edition, Stanford University Press, California, 1985, p. 34.

⁸ *Ibid*, hlm 43.

⁹ Identifikasi Hukum Progresif dibuat berdasarkan tulisan di dalam disertasi Yudi Kristiana (2004:24) yang dikutip Suteki dalam Makalah, *The non Enforcement of Law: Strategi Menembus Kebuntuan Legalitas Formal Melalui Partial dan Sporadic Enforcement*. Undip. Semarang, 2010, hlm. 28.

Tabel 2 Identifikasi Hukum Progresif

No	Identifikasi	Ciri-Ciri Hukum Progresif
1	Asumsi	<ul style="list-style-type: none"> • Hukum untuk manusia bukan sebaliknya. • Hukum bukan merupakan institusi mutlak dan final, tapi selalu dalam proses menjadi (<i>law as a process law in the making</i>).
2	Tujuan	Kesejahteraan dan kebahagiaan manusia.
3	Spirit	<ul style="list-style-type: none"> • Pembebasan terhadap tipe, cara berpikir, asas, dan teori yang selama ini dipakai (mendominasi). • Pembebasan terhadap kultur penegakkan hukum (<i>administration of justice</i>) yang selama ini berkuasa dan dirasakan menghambat hukum dalam menyelesaikan persoalan.
No	Identifikasi	Ciri-Ciri Hukum Progresif
4	Karakter Progresivitas	<ul style="list-style-type: none"> • Bertujuan untuk kesejahteraan dan kebahagiaan manusia dan oleh karenanya memandang hukum selalu dalam proses menjadi (<i>law in the making</i>) • Peka terhadap perubahan yang terjadi di masyarakat, baik lokal, nasional, maupun global. • Menolak <i>status quo</i> manakala menimbulkan dekadensi, suasana korup dan sangat merugikan kepentingan rakyat, sehingga menimbulkan perlawanan dan pemberontakan yang berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum.
5	Wajah	<ul style="list-style-type: none"> • Kajian hukum progresif berusaha mengalihkan titik berat kajian hukum yang semula beroptik hukum berupa <i>rules</i> menuju ke perilaku. • Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat, meminjam istilah Nonet dan Selznick bertipe responsif. • Hukum Progresif berbagi faham dengan <i>legal realism</i> karena hukum tidak dipandang dari kacamata hukum sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai dan akibat yang timbul dari bekerjanya hukum. • Hukum Progresif memiliki kedekatan dengan <i>Sociological Jurisprudenc</i> dari Roscow Pound yang mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan tetapi keluar dan melihat dari hukum dan bekerjanya. • Hukum progresif mempunyai kedekatan dengan teori hukum alam, karena peduli terhadap hal-hal yang <i>meta-juridical</i>". • Hukum Progresif memiliki kedekatan dengan <i>Critical Legal Studies</i> namun cakupannya lebih luas.

Sebelum munculnya gagasan hukum progresif, Nonet dan Selznick telah pula mengemukakan gagasan tentang hukum responsif. Hukum responsif menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik.¹⁰ Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka tipe hukum ini mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan sosial demi mencapai keadilan dan emansipasi publik. Dalam tipe yang demikian itu, hukum akan selalu dikaitkan pada tujuan di luar narasi tekstual hukum itu sendiri. Nonet dan Selznick menyebutnya sebagai:

“The Sovereignty of Purpose”. “ Thus a distinctive feature of responsive law is the search of implicit values in rules and policies....a more ‘flexible’ interpretation that sees rules as bound to specific problems a contexts, and undertakes to identify the values at stakes in procedural protections.”

Dengan mengatakan itu mereka sekaligus juga mengkritik doktrin “*due process of law*”.¹¹ Pemikiran Nonet dan Selznick bisa dikembalikan kepada pertentangan antara *analytical jurisprudence* di satu pihak dan *sociological jurisprudence* di lain pihak. *Analytical jurisprudence* berkuat dalam sistem hukum positif yang dekat dengan tipe hukum otonom. Nonet, melalui tipe hukum responsifnya, menolak hukum yang bersifat final dan tak dapat digugat. Sejalan dengan itu, Fritjof Capra¹² menyatakan bahwa saat ini dunia sedang mengalami titik balik peradaban (*the turning point*), transformasi yang dialami lebih dramatis daripada transformasi yang pernah

¹⁰ Bernard L. Tanya, dkk., *Teori Hukum. Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, CV. KITA, Surabaya, 2006, hlm. 170.

¹¹ Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Penjelajahan Suatu Gagasan*, Makalah disampaikan pada acara Jumpa Alumni Program Doktor Ilmu Hukum Undip, 4 September 2004, hlm 7.

¹² Fritjof Capra, *The Turning Point*, diterjemahkan oleh M. Toyyibi, Cetakan ke-7, Jejak, Yogyakarta, 2007, hlm. 78.

terjadi sebelumnya, karena perubahannya berlangsung lebih cepat, dan dalam skala yang lebih besar yang melibatkan seluruh dunia dan karena beberapa transisi besar terjadi secara bersamaan. Perulangan irama dan pola-pola kebangkitan dan kemunduran yang tampak mendominasi evolusi budaya telah bersama-sama mencapai titik balik yang sama.

Keikutsertaan masyarakat dalam pembuatan hukum, diharapkan menjadi kekuatan kontrol (*agent of sosial control*) dan kekuatan penyeimbang antara kepentingan pemerintah dan masyarakat. Pada suatu keadaan terdapatnya hukum responsif, kesempatan untuk berpartisipasi dalam pembuatan hukum lebih terbuka. Dalam pengertian ini, hukum menjadi semacam forum politik dan partisipasi hukum tersebut mengandung dimensi politik. Artinya, aksi hukum merupakan wahana bagi kelompok atau organisasi untuk berperan serta dalam menentukan kebijaksanaan umum.¹³ Selanjutnya, Nonet dan Selznick¹⁴ membedakan karakter hukum represif, hukum otonom, dan hukum responsif yang dapat disajikan dengan tabel di bawah ini.

Tabel 3 Tiga Kategori Hukum menurut Nonet dan Selznick

	Hukum Represif	Hukum Otonom	Hukum Responsif
Tujuan	Ketertiban	Legitimasi	Kompetensi

¹³ Mulyana W. Kusumah, *Perspektif, Teori dan Kebijakan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982. hlm.18.

¹⁴ Philippe Nonet dan Philippe Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive, Law, Harper and Row*, Terjemahan Raisul Mutaqien, *Hukum Responsif*, Nusamedia, Bandung, 2008, hlm. 19.

Legitimasi	Ketahan sosial dan tujuan negara	Keadilan prosedur	Keadilan substantif
Peraturan	Keras dan rinci, namun berlaku lemah terhadap pembuatan hukum	Luas dan rinci, mengikat penguasa maupun yang dikuasai	Subordinat dari prinsip dan kebijakan
Pertimbangan	<i>Ad hoc</i> , memudahkan mencapai tujuan dan bersifat partikular	Sangat melekat pada otoritas legal: rentan terhadap <i>formalism</i> dan <i>legalism</i>	Purposif (berorientasi tujuan); perluasan kompetensi kognitif
Diskresi	Sangat luas; oportunistik	Dibatasi oleh peraturan; delegasi sempit	Luas, tetapi tetap sesuai dengan tujuan
Paksaan	Ekstensif, dibatasi secara lemah	Dikontrol oleh batasan-batasan hukum	Pencarian positif bagi alternatif, seperti insentif, sistem kewajiban yang mampu bertahan sendiri
	Hukum Represif	Hukum Otonom	Hukum Responsif
Tujuan	Ketertiban	Legitimasi	Kompetensi
Moralitas	Moralitas komunal; moralisme hukum; moralitas pembatasan	Moralitas kelembagaan yakni dipenuhi dengan integritas proses hukum	Moralitas sipil; moralitas kerjasama
Politik	Hukum subordinat terhadap politik kekuasaan	Hukum independen dari politik; pemisahan kekuasaan	Terintegrasinya aspirasi hukum dan politik; keberpaduan kekuasaan

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

Harapan akan ketaatan	Tanpa syarat; ketidaktaatan perseorangan dihukum sebagai pembangkangan	Penyimpangan, peraturan yang dibenarkan, misalnya untuk menguji validitas undang-undang atau perintah	Pembangkangan dilihat dari aspek bahaya substantif; dipandang sebagai gugatan terhadap legitimasi
Partisipasi	Pasif; kritik dilihat sebagai ketidaksetiaan	Akses dibatasi oleh prosedur baku; munculnya kritik atas hukum	Akses diperbesar dengan integrasi advokasi hukum dan sosial

Dibukanya ruang bagi partisipasi masyarakat dalam pembentukan hukum merupakan bagian dari upaya mewujudkan demokratisasi dalam pembentukan hukum berupa. Secara konstruktif yuridis, partisipasi masyarakat dalam pembentukan hukum sebagaimana tertuang dalam Pasal 53 UUNo. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan menyatakan "masyarakat berhak memberikan masukan secara lisan atau tulisan dalam rangka penyiapan atau pembahasan rancangan Undang-Undang". Dibukanya ruang partisipasi masyarakat dalam proses pembentukan hukum berarti membuka lebar peluang hukum yang dihasilkan benar-benar responsif, tidak hanya terhadap kepentingan penguasa atau pemerintah, tetapi juga kepentingan masyarakat. Dalam posisi demikian ini, partisipasi masyarakat tersebut berperan sebagai kekuatan kontrol (*agent of control*) dan kekuatan penyeimbang (*agent of balance*) bagi kepentingan pemerintah dan masyarakat.

Dalam pandangan Nonet dan Selznick,¹⁵ hukum yang responsif adalah hukum yang siap mengadopsi paradigma baru

¹⁵ Philippe Nonet dan Philippe Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive, Law, Harper and Row*, Terjemahan Raisul Mutaqien, *Hukum Responsif*, Nusamedia, Bandung, 2008, hlm. 97.

dan meninggalkan paradigma lama. Artinya, hukum tidak lagi dilihat sebagai entitas yang berdiri sendiri, melainkan dia harus mampu berinteraksi dengan entitas lain dengan tujuan pokok mengadopsi kepentingan-kepentingan yang ada di masyarakat. Atas dasar hal tersebut, tidaklah mengherankan jika hukum bisa berinteraksi dengan politik, dan hukum yang demikian akan lebih mampu memahami atau menginterpretasi ketidaktaatan dan ketidakteraturan yang terjadi di masyarakat. Dengan demikian, hukum yang responsif tidak lagi selalu mendasarkan pada pertimbangan yuridis, melainkan mencoba melihat sebuah persoalan dari berbagai perspektif dalam rangka mengejar apa yang disebut dengan “keadilan substantif”. Oleh karena itu, para hakim dalam menjalankan tugas-tugas profesinya menggunakan cara pandang lebih luas dalam melihat dan menyikapi hukum yakni *the law like the traveler, must be ready for the tomorrow, it must have a principle*.

Perkembangan hukum dalam masyarakat sangat dipengaruhi oleh perubahan yang terjadi di dalam masyarakat. Hukum sangat erat kaitannya dengan perubahan dan perkembangan dalam masyarakat sehingga perubahan di bidang hukum dapat mempengaruhi perkembangan dalam masyarakat. Demikian juga sebaliknya perkembangan dan perubahan masyarakat akan mempengaruhi perkembangan hukum yang terdapat di dalam masyarakat. Menurut Brian Z. Tamanaha¹⁶, hukum dan masyarakat memiliki bingkai yang disebut “*The Law–Society Framework*” yang memiliki karakteristik hubungan tertentu. Hubungan tersebut ditunjukkan dengan dua komponen dasar. Komponen pertama terdiri dari dua tema pokok, yaitu ide yang menyatakan bahwa hukum adalah cermin masyarakat, dan ide yang menyatakan fungsi hukum adalah untuk

¹⁶ Brian Z. Tamanaha, *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, New York, 2006, hlm. 1-2.

mempertahankan “*social order*”. Komponen kedua terdiri dari tiga elemen, yaitu *custom/consent*, *morality/reason*, dan *positive law*. *Custom/consent* dan *morality/reason* ini oleh Donald Black disebut sebagai *culture*.¹⁷

Menurut Satjipto Rahardjo,¹⁸ secara alami, manusia mempunyai hasrat untuk hidup dalam dunia yang penuh suasana ketertiban. Melalui hukum itulah ketertiban mungkin akan dicapai karena hukum merupakan bagian dari pranata untuk hidup secara tertib. Dalam hal ini, hukum haruslah diperuntukkan untuk melayani manusia bukan sebaliknya, karena manusia menghendaki dan membutuhkan, maka hukum akan berubah. Hukum memungkinkan untuk diubah karena hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup (*the living law*) dalam masyarakat. Hukum sebagai kaidah sosial, tidak lepas dari nilai (*values*) yang berlaku dalam masyarakat bahkan dapat dikatakan hukum itu merupakan pencerminan dari nilai–nilai yang berlaku dalam masyarakat.

Perubahan atau pembaharuan hukum perlu dilakukan secara komprehensif, dengan perubahan yang mencakup seluruh komponen dalam sistem hukum, yaitu komponen substansial, komponen struktural, dan komponen kultural. Komponen substansial dibangun harus berdasarkan komponen kultural. Hal ini sejalan dengan Robert B. Seidman¹⁹ yang mendalilkan “*the law of non transferability of law*”. Seidman menyatakan bahwa hukum suatu bangsa tidak dapat begitu saja dapat dialihkan kepada bangsa lain. Hal tersebut dikarenakan struktur sosial budaya tempat persemaian hukum itu tidaklah sama. Itu sebabnya, ketika akan diterapkan pada konteks ruang

¹⁷ Donald Black, *The Behaviour of Law*, Academic Press, New York, 1976, hlm. 61.

¹⁸ Satjipto Rahardjo, *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*, Banyumedia Publishing, Malang, 2009, hlm. 74.

¹⁹ *Ibid*, hlm 75.

tertentu, perubahan hukum diperlukan. Perubahan itu dirasakan perlu dilakukan sejak adanya kesenjangan antara keadaan-keadaan, peristiwa-peristiwa, serta hubungan-hubungan dalam masyarakat dengan hukum yang mengaturnya.

Adalah kenyataan bahwa kaidah hukum tidak mungkin dilepaskan dari hal-hal yang diaturnya sehingga jika hal-hal yang seyogyanya diatur tadi mengalami perubahan sedemikian rupa, tentu hukum perlu diubah agar dapat menyesuaikan diri sekaligus efektif. Hukum akan eksis di masyarakat manakala pembaharuan hukum sesuai dengan harapan, struktur sosial dan budaya masyarakat.

Keadilan Substantif sebagai Realisasi Konstruksi Penegakan Hukum yang Progresif dan Responsif

Gagasan hukum progresif dan hukum responsif sesungguhnya berada pada arus nilai yang sama, yaitu mewujudkan keadilan sosial (*social justice*), keadilan yang sesungguhnya, tidak hanya terbatas pada tataran keadilan formal yang tunduk pada kekerasan teks prosedural. Dalam mengemban amanat mewujudkan keadilan sosial tersebut, penegakan hukum yang dibutuhkan adalah penegakan hukum yang bertipe progresif dan responsif, selalu terbuka dan siap mengadopsi paradigma baru dan meninggalkan paradigma lama manakala tidak searus dengan tujuan keadilan dalam berhukum. Keadilan substantif dalam berhukum hanya akan lahir dari rahim penegakan hukum yang demikian, yang selalu melihat konteks daripada teks.

Pengertian keadilan dapat dilihat dalam 2 (dua) arti pokok, yaitu keadilan dalam arti formal dan keadilan dalam arti materiil. Keadilan dalam arti “formal” adalah keadilan dalam arti bahwa hukum itu berlaku secara umum, sedangkan keadilan dalam arti

materiil adalah keadilan dalam arti bahwa setiap hukum harus sesuai dengan cita-cita keadilan masyarakat.²⁰ Secara garis besar, dalam melihat 2 (dua) keadilan tersebut, terdapat 2 (dua) arus pemikiran mengenai keadilan, yakni keadilan metafisik dan keadilan rasional. Keadilan metafisik diwakili oleh Plato, sedangkan keadilan rasional diwakili oleh Aristoteles. Selanjutnya ditegaskan pula oleh John Rawls, perihal aliran pemikiran dalam tema keadilan terbagi atas dua arus utama, yakni aliran etis, dan aliran institutif.²¹ Aliran etis menghendaki keadilan yang mengutamakan pada hak daripada manfaat, sebaliknya aliran institusi lebih mengutamakan manfaat daripada hak. John Rawls misalnya, membangun teorinya secara teliti mengenai keadilan yang tidak saja meliputi konsep moral tetapi juga mempersoalkan mekanisme dalam pencapaian keadilan itu sendiri, termasuk bagaimana hukum turut serta mendukung.

Urgensi adanya lembaga peradilan dimanapun merupakan wujud atau tekad menyelenggarakan proses peradilan yang *fair* dan akuntabel. Kesemuanya dalam rangka mendapatkan keadilan yang “substentif”. Keadilan substentif yaitu keadilan yang substansial, hakiki dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan sesungguhnya, rasa keadilan yang diakui dan “hidup” dalam masyarakat.²² Karena itu, hakim harus menjaga kemandirian dan tidak berpihak kepada siapapun dan harus bebas dari kekuasaan apapun. Suatu lembaga pengadilan adalah adil, otoritasnya harus netral, dan tidak dipengaruhi oleh pertimbangan-

²⁰ Franz Magnis-Suseno, *Etika Dasar Masalah-Masalah Filsafat Moral*, Kanisius, 1991, hlm. 81.

²¹ E. Fernando M. Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan (Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomy Nilai)*, Kompas, Jakarta, 2007, hlm. 97.

²² MK, *Mengawal Demokrasi dan Menegakkan Keadilan Substantif*, Laporan Tahunan 2009, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2010, hlm. 10.

pertimbangan personal, moneter, dan pertimbangan lain yang tidak bergayutan dengan upaya mengatasi kasus-kasus tertentu.²³

Pembentukan Hukum oleh Hakim dan Faktor-Faktor yang Mempengaruhi

Pembentukan hukum oleh hakim MK dipengaruhi oleh berbagai faktor, baik faktor yuridis, filosofis, maupun sosial dan personal. Terkait dengan faktor-faktor tersebut, berikut ini telaah teoritis Hukum Responsif dari John Henry Merryman, teori Bekerjanya Hukum dari Robert B. Seidmen dan William J. Chambliss, dan teori *Cybernetics* dari Wiener.

1. Peranan Hakim Membuat Hukum menurut John Henry Merryman: Antara *Common Law* dan *Civil Law*

Di negara-negara yang menganut *common law system*, hakim memiliki posisi strategis membentuk hukum (*judge made law*). Hal ini berbeda dengan di negara-negara *civil law* yang lebih mengedepankan aturan-aturan perundang-undangan/hukum positif hasil proses legislasi. Karena hukum ditemukan oleh hakim lebih ditekankan, karenanya di negara *common law*, legislasi dipandang hanya sebagai fungsi tambahan belaka.

Karena peran strategisnya itu, John Henry Merryman²⁴ menyebut hakim sebagai pahlawan budaya, atau figur dari seorang

²³ Abdullah, *Pertimbangan Hukum Putusan Pengadilan*, PT Bina Ilmu Offset, Surabaya, 2008, hlm. 43.

²⁴ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, Stanford-California, Second Edition, 1985, hlm 34-38.

bapak. Menilik perkembangan sejarah hukum dalam *common law system*, terdapat nama-nama hakim yang cukup fenomenal seperti Coke, Mansfield, Marshall, Story, Holmes, Brandies, dan Cardozo. Mereka-mereka inilah hakim-hakim yang berkontribusi menumbuhkembangkan tradisi legal di tangan hakim. Hukum di tangan hakim dibuat salha satunya dengan alasan kedekatannya dari satu kasus ke kasus, dan membangun sebuah badan hukum yang mengikat hakim-hakim di bawahnya. Ini yang kemudian disebut sebagai doktrin *stare decisis*, untuk memutuskan perkara yang sama dengan cara yang sama. Di negara-negara *common law*, *judicial review* menjadi hal yang biasa dipraktikkan. Di Amerika Serikat misalnya, hakim menjalankan kekuatan interpretasi yang sangat luas, bahkan dimana perundang-undangan yang berlaku atau tindakan administratif yang ditemukan valid secara legal. Hakim tidak suka menggunakan “supremasi hukum”, hal ini merupakan gambaran wajar dari sistem *common law*, terutama di Amerika Serikat.

Dalam sistem *common law*, hakim mengikuti sekolah hukum dan kemudian memiliki karir yang sukses pada praktik privat maupun dalam pemerintahan, yang paling sering meniti karir sebagai pengacara. Hakim ditunjuk ataupun dipilih pada posisi yudisial dikarenakan beberapa faktor dasar, antara lain sukses dalam praktiknya, reputasi di antara pengacara-pengacara, dan pengaruh politik. Penunjukan ataupun pemilihan sebagai sebuah penyempurnaan prestasi merupakan bentuk pengakuan yang menimbulkan rasa hormat dan prestasi. Hakim dibayar mahal, dan jika berada di jajaran eselon yudisial tertinggi, hakim akan memiliki sekretaris dan juga asisten riset. Jikalau hakim didudukkan di pengadilan tertinggi suatu negara atau kantor kehakiman pusat, namanya akan terkenal di seluruh dunia. P pendapatnya akan diperbincangkan di media massa, dibedah

dan dikritisi di majalah-majalah legal. Dia menjadi orang yang sangat penting. Inilah yang dimaksud advokat *common law* yang lazim disebut hakim

Berkebalikan dengan itu, hakim di negara-negara *civil law* hanyalah operator dari mesin yang dirancang dan dibangun oleh legislator. Fungsinya adalah salah satu meka-nik. Nama-nama besar dalam sejarah *civil law* bukanlah hakim, tetapi para legislator seperti Justinian, Napoleon, dan sarjana Savigny. Hakim ddalam sistem *civil law* bukan pahlawan budaya atau figur bapak, hakim adalah seorang pegawai sipil yang melakukan fungsi penting tetapi pada dasarnya tidak memiliki daya cipta. Hakim *civil law* tidak dikenal luas. Bahkan, pendapat hukumnya tidak dibaca untuk dipelajari cara berfikirnya, pendapat-pendapat dan prasangkanya. Kecenderungan keputusan-keputusan pengadilan yang lebih tinggi pada yurisdiksi *civil law* dikuatkan secara alami. Hakim pada tradisi *civil law* tidak pernah diartikan sebagai pemain yang memainkan peran di bagian utama. Hal ini diperkuat oleh ideologi anti-yudisial dan konsekuensi logis dari doktrin rasionalistik pemisahan kekuasaan yang ketat. Hakim *civil law* dengan demikian, memainkan peran yang jauh lebih sederhana dari hakim dalam tradisi *common law*.

Di negara yang menganut *civil law*, seorang hakim adalah sesuatu yang sangat berbeda. Hakim adalah pelayan bagi pemerintah, seorang fungsionaris. Suatu karir hukum adalah salah satu kesempatan bagi para siswa lulusan sekolah hukum. Setelah kelulusan, jika menginginkan untuk mengikuti karir yudisial, dia akan mengikuti ujian negara untuk menjadi calon pegawai di pengadilan, dan jika sukses akan ditunjuk menjadi hakim junior (di Perancis dan beberapa negara lain, harus mengikuti sebuah sekolah khusus bagi hakim terlebih dahulu).

Pembentukan konstitusi yang rigid dan institusi *judicial review* atas konstitusionalitas undang-undang di beberapa yurisdiksi *civil law* harus memodifikasi pandangan tradisional hakim *civil law*. Di beberapa yurisdiksi (misalnya Austria, Italia, Jerman, dan Spanyol), pengadilan khusus konstitusi telah dibentuk. Pengadilan khusus ini bukan bagian dari sistem peradilan umum dan tidak dibuat oleh pengadilan umum. Pengadilan konstitusi ini didirikan sebagai respon terhadap tradisi *civil law*, dimana hakim tidak dapat diberikan kekuatan tersebut. Pembentukan pengadilan khusus, hakim dipilih secara khusus, lazimnya melalui observasi. Di Indonesia pengadilan khusus konstitusi inilah yang disebut Mahkamah Konstitusi, yang dibentuk sejak tahun 2003.²⁵

John Henry Merryman²⁶ menjelaskan tentang pentingnya interpretasi oleh hakim dalam penemuan hukum, baik dalam tradisi *civil law* maupun *common law*. Doktrin pemisahan kekuasaan menganggap bahwa pengadilan tidak diperkenankan melakukan fungsi interpretatif, tetapi harus merujuk pada masalah penafsiran hukum yang ditentukan badan legislatif itu sendiri sebagai solusi. Legislatif akan memberikan interpretasi otoritatif untuk memandu hakim. Dengan cara ini kecacatan hukum akan terhindari, pengadilan akan dicegah untuk membuat hukum, dan negara akan aman dari ancaman tirani yudisial. Para fundamentalis *civil law*, menegaskan interpretasi otoritatif oleh pembuat UU hanya semacam interpretasi yang diperbolehkan. Jika hakim mengalami keraguan maka dia menyerahkan keraguan itu kepada komisi undang-undang khusus yang diciptakan untuk tujuan itu.

²⁵ Berdasarkan UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK jo UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK.

²⁶ John Henry Merryman, *Opcit*, hlm 40-47.

Di Perancis misalnya, perkembangan kasasi (membatalkan tuntutan) merupakan langkah yang kronologis. Kecacatan dan ketidaknyamanan akan ketergantungan pada interpretasi otoritatif telah nyata bagi praktisi hukum dalam revolusi Perancis. Mereka tahu bahwa legislatif akan dibanjiri dengan permintaan yang sulit, yang tampaknya sepele, untuk diinterpretasi, dan bahkan menanggapi permintaan tersebut melelahkan. Bagaimanapun, legislatif menghadapi dilema teoretis mungkin mereka ingin menghindari keharusan untuk memutuskan suatu keraguan dari pengadilan, tetapi tidak bisa membiarkan pengadilan dari pemisahan kekuasaan.

Pada saat Jerman bersatu di bawah Bismark, pemikiran hukum Eropa telah secara terbuka mengakui bahwa hakim itu, memang harus menafsirkan UU sebagai bagian dari pekerjaan mereka. Tidak ada alasan untuk memperumit masalah yang tidak penting, sehingga Jerman melakukan hal yang rasional, menciptakan pengadilan tertinggi untuk kebenaran hukum dengan membatalkan keputusan yang salah, menunjukkan jawaban yang benar, dan 'merevisi' keputusan yang salah.

Perkembangan dari argumen di atas, menjadi rujukan wajib bagi legislatif untuk memberikan fungsi interpretasi keadaan darurat di sebuah pengadilan dengan kekuatan untuk meninjau dan penafsiran yang benar. Argumen itu telah menjadi bahan diskusi dan tulisan, sebagian untuk menentukan batas-batas kekuasaan interpretatif dan bagaimana kekuasaan yang harus dilakukan. Masa *scholarship*, interpretasi di negara-negara *civil law* adalah bagian ekspresi kegelisahan dan kecemasan atas fakta bahwa pengadilan menafsirkan UU, akan menyalahgunakan kekuasaan penafsirannya. Hanya sebagian kecil yang berfokus pada proses penafsiran yang benar. Banyak pendapat yang berusaha untuk membuktikan

bahwa interpretasi hukum benar-benar tidak bertentangan dengan supremasi legislatif dan pemisahan kekuasaan yang ketat. Para penulis telah peduli untuk mendefinisikan batas interpretasi guna mewujudkan kepastian hukum, dan pencegahan tirani yudisial dan ketidakbertanggungjawaban.

Sebagaimana telah diketahui, bahwa ideologi revolusioner diasumsikan bahwa legislasi sistematis akan jelas, lengkap, dan koheren, mengurangi fungsi hakim dari salah satu penerapan hukum (UU) dengan fakta-fakta. Banyak orang awam bahkan beberapa pengacara, tetap percaya bahwa pengadilan diikat oleh keputusan sebelumnya, dan bahwa proses menemukan dan menerapkan keteladanan pada kasus seharusnya relatif secara otomatis. Hal ini terjadi pada proses peradilan yang bekerja pada *common law* dan tradisi *civil law*. Seperti halnya dogma, peraturan yang lengkap dan koheren gagal untuk bertahan, bahkan mementingkan pada yurisprudensi (istilah *civil law* bagi keputusan-keputusan pengadilan). Pengadilan harus mengisi kesenjangan dalam skema legislatif dan mendamaikan UU yang tampak bertentangan. Meskipun teks UU tetap tidak berubah, arti dan aplikasinya sering berubah dalam merespons fakta sosial, dan masalah baru yang muncul, bahkan tidak tersentuh oleh perundang-undangan yang ada. Cita-cita akan kepastian hukum menjadi tak terjangkau dalam menghadapi ketidakpastian yang ada pada kenyataannya, di mana penentuan hak-hak dari berbagai pihak harus menunggu hasil dari litigasi. Pada praktiknya hakim tidak dibebaskan secara tegas, lengkap, koheren, meramalkan dari keharusan menafsirkan dan menerapkan UU. Seperti halnya hakim di negara *common law* yang terlibat dalam proses penting, kompleks, dan sulit. Hakim harus menerapkan UU yang jarang

digunakan, dan mengisi kesenjangan serta menyelesaikan konflik dalam skema legislatif. Hakim harus beradaptasi dengan kondisi hukum yang berubah-ubah.

Hakim tidak diperbolehkan mengatakan bahwa hukum tidak jelas, dan karena itu mengabaikan tindakan. Masalah penafsiran menjadi salah satu pembenaran keputusan oleh hakim bila arah legislatif tidak jelas. Keduanya membuat hakim dalam hal menyelesaikan kasus bertindak sebagai legislatif, dan menunjukkan kepada pihak-pihak yang tidak bertanggung jawab atas hukum. Hal ini bahkan lebih buruk lagi, di mana legislatif gagal dalam membuat aturan apapun. Di sini hakim dengan jelas mengatur kasus ini, dan bahkan lebih bahaya ketika undang-undang berbeda arti pada saat dilaksanakan, dalam hal ini peran hakim sebagai pembuat keputusan tampaknya sudah jelas.

Menafsirkan UU berarti memperjelas makna sebenarnya berdasarkan kata-kata sesuai atau yang berhubungan dengan niat legislatif. UU harus diterapkan sesuai dengan arti yang jelas, dan jika tidak jelas, maka hakim harus melihat maksud legislatif dalam membuat UU tersebut. Hakim mengartikan apa yang dimaksudkan legislator ketika menggunakan kata-kata tersebut. Makna yang diberikan oleh legislator mungkin bisa membantu pada beberapa kasus, namun proses rekonstruksi sejarah membentuk dan mengekspresikan maksud perwakilan legislatif adalah usaha yang sangat berisiko.

Masalah interpretasi yang paling sulit untuk dipecahkan secara konsisten antara supremasi legislatif dan pemisahan kekuasaan adalah penafsiran evolutif. Fenomena ini cukup akrab, misalnya sebuah undang-undang lama, jika diterapkan dengan cara tradisional akan memberikan hasil yang tidak diinginkan dalam sebuah kasus oleh seorang hakim. Ini tidak berarti bahwa interpretasi itu salah,

seringkali hal ini akan dikonfirmasi oleh putusan Mahkamah Agung Kasasi (atau padanannya MK di Indonesia). Masalah bagi hakim adalah bahwa jika memutuskan menurut penafsiran lama, hasil dari kasus ini akan menyinggung dia sendiri, para pihak, dan masyarakat, serta meminta legislatif untuk mengubah hukum agar memenuhi persyaratan modern. Namun hal ini juga bisa tidak memberikan kepuasan bagi para pihak dalam kasus, dan itu akan membuat tuntutan lagi di legislatif. Akibatnya ada kesepakatan umum dalam yurisdiksi *civil law* bahwa hakim memiliki kekuasaan untuk menafsirkan secara evolusi. Keputusan pengadilan bukan sumber hukum, karena hal ini akan melanggar aturan terhadap pembuatan peraturan hukum jika keputusan pengadilan itu harus mengikat pengadilan berikutnya.

Pandangan ortodoks di atas menunjukkan bahwa pengadilan tidak terikat oleh keputusan pengadilan lain dalam yurisdiksi *civil law*. Secara teori, meskipun pengadilan tertinggi sudah bicara tentang resolusi yang tepat pada suatu keraguan, pengadilan terendah dalam yurisdiksi dapat memutuskan berbeda. Meskipun tidak ada aturan formal (*stare decisis*), tetapi praktik bagi seorang hakim dipengaruhi oleh keputusan-keputusan sebelumnya. Keputusan pengadilan secara teratur diterbitkan dalam sebagian yurisdiksi *civil law*. Seorang hakim memutuskan kasus sering merujuk pada kasus sebelumnya. Apapun ideologi revolusi mungkin mengatakan tentang nilai preseden, faktanya adalah bahwa pengadilan tidak bertindak sangat berbeda terhadap keputusan yang dilaporkan dalam yurisdiksi *civil law* daripada pengadilan di Amerika Serikat.

Mengacu pada teori John Henry Merryman di atas, hakim dalam membentuk hukum mendasarkan pada UU, melakukan interpretasi ketika UU tidak jelas atau tidak ada aturan yang dapat diterapkan pada kasus konkret, dan sesuai dengan kebutuhan

masyarakat. Menurut hemat Penulis, demikian pula yang dilakukan MK dalam memeriksa dan mengadili kasus konkret mendasarkan pada UUD 1945, dan ketika UUD 1945 tidak mengatur secara tegas terkait dengan kasus yang diperiksa maka MK melakukan penafsiran terhadap maksud asli dari Pasal UUD 1945 (*original intent*) untuk mewujudkan keadilan substantif.

2. Manfaat Teori Bekerjanya Hukum dari Seidman & Chambliss dalam Pembuatan Putusan MK

Menurut Robert B. Seidman dan William J. Chambliss dalam teori bekerjanya hukum,²⁷ pembentukan hukum dan implementasinya tidak akan terlepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal, kekuatan sosial politik. Teori bekerjanya hukum ini menjelaskan bagaimana pengaruh dari personal, lingkungan ekonomi, sosial, budaya, serta politik dalam proses pembentukan dan implementasinya. Itulah sebabnya kualitas dan karakter hukum juga tidak lepas dari pengaruh bekerjanya kekuatan-kekuatan sosial dan personal tersebut²⁸, terutama kekuatan-kekuatan politik pada saat hukum itu dibentuk.

Dalam konteks hukum yang berupa UU, kekuatan-kekuatan personal yang dimaksud adalah realitas kekuatan-kekuatan politik di lingkungan di DPR dan pemerintah, dimana kekuatan-kekuatan politik itu adalah sebagai pembentuk UU. Hukum atau peraturan yang telah dibentuk tersebut dapat langsung berlaku karena adanya daya

²⁷ Satjipto Rahardjo, *Hukum dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1986, hlm. 26-27.

²⁸ Robert B. Seidman, dan William J. Chambliss, dalam Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Suryandaru Utama, Semarang, 2005. hlm. 11.

dukung, yang berupa kekuatan politik ataupun kekuatan hukum itu sendiri karena di dalamnya adanya daya pemaksa, misalnya sanksi.

Menurut Seidman dan Chambliss, setiap peraturan hukum itu menunjukkan aturan-aturan tentang bagaimana seseorang pemegang peran diharapkan untuk bertindak.

- (1) Tindakan apa yang akan diambil oleh seseorang pemegang peran sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dari aktivitas lembaga pelaksanaannya, serta dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya;
- (2) Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pelaksana sebagai respons terhadap peraturan-peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-sanksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas dirinya, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi.
- (3) Tindakan apa yang akan diambil oleh lembaga pembuat UU sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku, dari sanksi-saksinya, dan dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi.

Dengan mengacu pada poin 3 (tiga) di atas, didapat pula gambaran bahwa pembentukan putusan MK dikendalikan tidak hanya oleh peraturan hukum yang ada (UU dan UUD) saja, tetapi dikendalikan juga oleh kekuatan sosial dan personal. Kekuatan

sosial berkenaan dengan keadilan yang diharapkan masyarakat yaitu keadilan substantif. Inilah aspek utama yang harus dipertimbangkan MK dalam membuat putusan. Di samping itu, Putusan MK tidak dapat diimplementasikan hanya dengan hukum yang ada, karena itu, dibutuhkan daya dukung yang dapat membantu putusan dilaksanakan. Mengacu pada teori bekerjanya hukum dapat dijelaskan bahwa berlakunya aturan hukum dapat dipengaruhi oleh kekuatan personel, lingkungan sosial, ekonomi, sosial, budaya, dan politik. Salah satu kekuatan sosial dalam konteks ini adalah jaringan sosial.

3. Manfaat Teori *Cybernetics* dalam Pelaksanaan Putusan MK

Cybernetics merupakan salah satu teori sistem mekanis (*mechanism system*), yang secara analogi diterapkan dalam kehidupan manusia (*living organism-human life*). Teori ini pertama kali dicetuskan oleh Norbert Wiener, Guru Besar Matematika di *Massachusetts Institute of Technology* (MIT).²⁹ Kata "*cybernetics*" diambil dari kata dalam bahasa Yunani yaitu "*kubernetes*" yang sama artinya dengan "*steersman*" atau "*governor*", yang dalam bahasa Indonesia dipadankan dengan "alat" atau "pengatur" (*on an engine*).

Wiener membangun teori ini bangun atas prinsip-prinsip teori fisika dan matematika, khususnya teori probabilitas. Kendatipun bertolak dari perkembangan fisika, namun sangatlah penting diingat bahwa *Cybernetics* bukanlah teori fisika semata. Adalah lebih tepat mengatakannya sebagai transformasi teori komunikasi mekanis yang berakar pada fisika dan matematika ke dalam bentuk kehidupan manusia. Wiener menyebutkan "perintah" (*commands*) sebagai dasar

²⁹ Norbert Wiener, *The Human Use of Human Beings, Cybernetic and Society*, Doubleday & Company, Inc, New York 1950, dalam Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rosda Karya, Bandung, 1993, hlm. 44 – 63.

utama sistem komunikasi. Perintah oleh manusia digunakan sebagai alat untuk mengatur lingkungannya. Sebagai suatu bentuk informasi, perintah merupakan alat yang berada dalam posisi peralihan antara kondisi yang serba tidak teratur dengan kondisi yang serba teratur. Perintah yang dikirim oleh suatu pihak kepada pihak lain melalui sistem komunikasi, tidak selalu dapat dipahami seluruhnya oleh pihak penerima perintah. Tindakan atau sikap, sebagai ekspresi dari reaksi penerima perintah, dan refleksi dari keterpahamannya terhadap perintah yang ia terima, sering menunjukkan kesenjangan antara jumlah perintah dengan reaksi atas perintah yang dikirim itu, sehingga bisa terjadi kesalahpahaman atau kesenjangan pengertian.

Wiener tidak menemukan perbedaan esensial antara proses pemberian dan penerimaan perintah pada mesin dan manusia. Manusia menerima perintah melalui sistem sarafnya yang bekerja menyerupai sistem mekanis, yaitu melakukan proses seleksi terhadap perintah (pesan) yang diterimanya. Proses ini berlangsung pada sistem saraf yang berfungsi sebagai organ seleksi (*sensory organ*), setelah terlebih dahulu berlangsung proses penerimaan melalui saraf penerima (*receptor-organ*), seperti misalnya oleh saraf kinestesia (*kinaesthesia*), yang secara keseluruhan dikoordinasikan oleh sistem saraf manusia.

Cybernetics menaruh perhatian besar terhadap proses penyelenggaraan pesan (*messages*) dalam proses komunikasi itu. Perhatian terpenting oleh *Cybernetics* ditempatkan pada kesamaan karakteristik yang menjadi dasar dari proses komunikasi itu. *Cybernetics* pada akhirnya merupakan suatu teori pesan, khususnya teori tentang kontrol otomatis yang berlangsung pada proses sistem pesan itu, yaitu yang hakikatnya adalah suatu sistem kontrol

mekanis.³⁰ Dengan kata lain, *Cybernetics* merupakan teori pesan searah, yaitu proses komunikasi (sistem komunikasi) antara pemberi pesan dengan penerima pesan. Pemberi pesan merupakan pihak pertama yang memberi pesan kepada pihak kedua (penerima pesan) yang mengakibatkan timbulnya reaksi pada pihak kedua untuk memberikan informasi kepada pihak pertama, sejumlah kehendak pihak pertama. Tanpa adanya pesan dari pihak pertama, pihak kedua tidak akan memberi reaksi kepada pihak pertama. Pihak pertama, melalui pesan yang diberikannya, juga berkedudukan sebagai pusat energi yang mendorong pihak kedua untuk bereaksi, dan sebagai pengendali (*controler*) yang mengakibatkan pihak kedua hanya melakukan kegiatan (reaksi) sejumlah kehendak pihak pertama. Karenanya, teori ini disebut juga Teori Energi Searah atau Teori Kontrol Searah.

Menurut Wiener, hakikat dari suatu sistem komunikasi adalah sistem perintah searah dan sistem pengendalian searah. Sistem komunikasi itu merupakan proses hubungan antara “pemberi pesan” (Komunikasi I) dengan “penerima pesan” (Komunikasi II). Komunikasi I memberikan pesan kepada Komunikasi II. Kemudian jawaban dari (pesan balik) Komunikasi II semata-mata dianggap sebagai reaksi otomatis (akibat) yang disebabkan oleh adanya aksi (pemberian pesan) dari Komunikasi I, dan adanya pengendalian searah dari Komunikasi I yang mengakibatkan Komunikasi II memenuhi kehendak (perintah-pesan) dari Komunikasi I. Dalam formulasi kedua (*control the action of another person*) dari pernyataan Wiener itu, proses perintah searah ini menjadi lebih tegas lagi. Bahwa bagi Wiener, sistem pesan dan sistem kontrol otomatis itu hakikatnya adalah sistem pemberian perintah (*imperative mood-order*) searah. Pesan balik (reaksi)

³⁰ *Ibid*, hlm 64.

dari komunikasi atas pesan atau kontrol yang diberikan oleh Komunikasi I adalah refleksi dari pemahaman dan penerimaan Komunikasi II atas perintah yang diberikan oleh Komunikasi I.

Mengacu pada teori *Cybernetics*, menurut Penulis, pelaksanaan putusan MK yang tidak memiliki daya dukung pemaksa eksekutorial harus didukung jaringan sosial yang terkait dengan putusan tersebut melalui perintah dari MK. Dalam hal ini, MK merupakan Komunikasi I, sementara jaringan sosial dalam organisasi (KPU) merupakan Komunikasi II.

4. Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*) oleh Hakim di Lembaga Peradilan

Metode Penemuan Hukum (*Rechtsvinding*)

Ada perbedaan pandangan tentang metode atau penemuan hukum oleh hakim antara yuris Eropa Kontinental dengan yuris Anglo Saxon. Pada umumnya, yuris Eropa Kontinental tidak memisahkan secara tegas antara metode interpretasi dengan metode konstruksi. Sebaliknya, pemikir di Anglo Saxon, misalnya L.B. Curzon,³¹ membuat pemisahan yang tegas antara metode interpretasi dengan konstruksi. Perbedaan prinsip antara interpretasi dan konstruksi yaitu interpretasi atau penafsiran terhadap teks UU masih tetap berpegang pada bunyi teks itu, sedangkan pada konstruksi, hakim menggunakan penalaran logis untuk mengembangkan lebih lanjut suatu teks UU, dimana hakim sangat mungkin tidak lagi berpegang pada bunyi teks atau bahkan mengabaikan hukum sebagai suatu sistem.

³¹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996, hlm 154.

Ada dua pandangan yang berbeda mengenai apakah hakim selalu melakukan penemuan hukum atau tidak. *Pertama*, pandangan para penganut doktrin *Sens Clair*. Penganut aliran ini berpendapat bahwa penemuan hukum oleh hakim dibutuhkan jika (1) peraturannya belum ada untuk suatu kasus in-konkreto, atau (2) peraturannya sudah ada tetapi belum jelas. Menurut penganut ini, di luar dari keadaan kedua hal itu, penemuan hukum oleh hakim tidak ada. Menurut Michel van Kertkhov sebagaimana dikutip oleh Achmad Ali³², doktrin *Sens Clair* ini meliputi 5 (lima) butir sebagai berikut.

- a. Ada teks UU yang dimengerti maknanya sendiri dan berdasarkan setiap penjelasan sebelumnya, serta tidak mungkin menimbulkan keraguan.
- b. Karena bahasa hukum berdasarkan bahasa percakapan sehari-hari maka dapat dianggap semua istilah yang tidak ditentukan oleh pembuat UU tetap saja sama artinya dengan yang dimilikinya dalam bahasa percakapan biasa (sehari-hari).
- c. Kekaburan suatu teks UU hanya mungkin terjadi karena mengandung arti yang ambigu atau karena kekurangtepatan arti yang lazim dari istilah-istilah itu.
- d. Secara ideal, biasanya yang dijadikan pegangan bagi pembuat UU adalah ia harus merumuskan teks UU-nya dengan sejelas-jelasnya. Kekaburan teks harus dihindari, demikian pula jangan sampai terjadi perumusan yang kurang baik.
- e. Untuk mengetahui adanya kekaburan atau pun tidak adanya kekaburan teks UU, tidak diperlukan penafsiran. Sebaliknya, pengakuan tentang jelas atau kaburnya teks menghasilkan kriteria yang memungkinkan untuk menilai apakah suatu penafsiran atau penemuan hukum memang atau tidak

³² *Ibid*, hlm 156.

diperlukan dan kalau diperlukan atau tidak hasilnya dalam penerapan hukum adalah sah.

Kedua, pandangan para penganut penemuan hukum harus selalu dilakukan. Menurut Achmad Ali,³³ hakim selalu dan tidak pernah tidak melakukan penemuan hukum. Bahasa senantiasa terlalu miskin bagi pikiran manusia yang sangat bernuansa. Satu kata misalnya, sering mempunyai banyak makna. Contohnya, apa yang dimaksud kalau seseorang dikatakan miskin. Kata miskin tersebut dapat berarti miskin secara ekonomi, miskin secara akhlak, atau miskin secara ilmu. Tampaklah bahwa bahasa merupakan alat yang sering menimbulkan kekacauan dalam pembicaraan yang dilakukan terhadap diri sendiri, karenanya mesti diakui bahwa di luar kesadaran telah menggunakan suatu kata untuk menyatakan lebih dari satu pengertian, sehingga pikiran tetap keruh. Belum lagi jika dengan perantaraan bahasa lisan ataupun tulisan berusaha memindahkan pikiran kepada orang lain, mungkin memberi nilai pada kata yang bersangkutan ternyata bertentangan dengan yang dimaksudkan oleh Penulis.

Selain itu, ada anggapan bahwa teks UU sudah sangat jelas sehingga tidak membutuhkan interpretasi lagi. Sebenarnya, orang yang berpendapat demikian, telah melakukan interpretasi sendiri. Di dunia hukum, satu kata terabaikan dapat memunculkan makna yang berubah sama sekali. Misalnya, apa yang dimaksud dengan akta autentik. Jawaban yang benar, akta autentik adalah akta yang dibuat oleh atau di hadapan pejabat yang berwenang. Maknanya akan berubah jika dijawab, akta autentik adalah akta yang dibuat oleh pejabat yang berwenang. Dengan jawaban yang terakhir mengandung arti bahwa akta autentik hanya satu jenis yaitu yang dibuat oleh pejabat yang

³³ *Ibid*, hlm 156.

berwenang. Padahal yang tepat adalah jawaban yang pertama yaitu dibuat oleh atau di hadapan pejabat yang berwenang.

Seorang yuris tidak hanya membutuhkan sekedar kemampuan membaca seperti orang lain, tetapi harus mampu menafsirkan dengan tepat apa yang dibaca dan menghubungkannya dengan konteks apa bacaan itu dibaca. Menurut Pitlo sebagaimana yang juga dikutip Achmad Ali,³⁴ membaca suatu teks bukanlah merupakan kegiatan mekanis. Seorang yuris yang bertugas sebagai penafsir hanya dapat berkembang sepenuhnya jika mempunyai sifat-sifat khas seperti menguasai kenyataan dan kebutuhan masyarakatnya, memiliki rasa kemasyarakatan yang peka, memiliki rasa keseimbangan, menyadari hal-hal yang esensial dalam suatu masalah, kesediaan untuk mengkonkretkan, dan memberi nuansa dalam hubungan antara teks dengan peristiwa konkret.

Suatu UU secara keseluruhan mengandung ratusan bahkan ribuan kalimat, dimana pikiran yang ada di balik kalimat itu bertujuan untuk memenuhi banyak kebutuhan-kebutuhan yang justru seringkali saling bertentangan secara diametral. Suatu UU tidak dapat lurus selurusnya, sebab setiap UU mau tidak mau merupakan produk suatu kompromi. Kata-kata atau bahasa selalu kurang lengkap karena tidak mungkin sempurna dan mampu menampung seluruh konteks, oleh sebab itu, penafsiran hukum selalu dilakukan. Semua pembacaan dan semua cara mendengarkan kata-kata yang diucapkan semuanya membutuhkan penafsiran.

Hakim dalam persidangan pada dasarnya mengkonstatasi peristiwa konkret, sekaligus merumuskan peristiwa konkret dan mengkualifikasi peristiwa konkret, yang berarti menetapkan peristiwa hukumnya dari peristiwa konkret dan/atau memberi hukum atau

³⁴ *Ibid*, hlm. 158.

hukumannya. Semua itu pada dasarnya sama dengan kegiatan seorang sarjana hukum yang dihadapkan pada suatu konflik atau kasus dan harus memecahkannya, yang meliputi (1) *legal problem identification*, (2) *legal problem solving*, dan (3) *decision making*.³⁵

Dalam persidangan, hakim menjalankan tugasnya mengikuti perkembangan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat, supaya dapat memberikan putusan yang sesuai dengan rasa keadilan masyarakat. Dalam hal ini, hakim harus mengadili menurut hukum. Mengenai keadilan ini, Bernard L. Tanya³⁶ menyatakan bahwa keadilan merupakan unsur konstitutif dalam hukum, namun ada kalanya faktual, suatu aturan tidak memiliki muatan keadilan atau tidak selalu memiliki muatan keadilan. Di sinilah kemudian muncul perbedaan antara *lex* dan *ius*, *rechts* dan *wet*, dan juga hukum dengan UU. *Ius*, *recht*, dan hukum menunjuk pada cita hukum yang harus tercermin dalam hukum sebagai hukum, yakni keadilan. Sebaliknya *lex*, *wet*, dan UU menunjuk pada aturan hukum yang faktual ditetapkan dan diformalkan dalam sifatnya yang tertulis. Dalam mengadili suatu perkara, sangat mungkin hakim tidak mendapati adanya peraturan hukum yang mengatur, peraturannya ada hukumnya tidak jelas, atau malah terjadi kekosongan hukum. Dalam kondisi demikian, tidak dapat tidak, hakim harus berusaha mencari dan menemukan hukumnya untuk menyelesaikan perkara tersebut.

Menurut Scholten sebagaimana dikutip Siti Malikhatus Badriyah,³⁷ penemuan hukum (*rechtsvinding*) berbeda dengan

³⁵ Sudikno Mertokusumo, *Bunga Rampai Ilmu Hukum*, Dihimpun oleh Kuncoro Basuki & Retno Supartinah, Edisi Pertama, Cetakan Pertama, Liberty, Yogyakarta, 1984, hlm. 23-24.

³⁶ Bernard L. Tanya, *Hukum Politik dan KKN*, Srikandi, Surabaya, 2000, hlm.13

³⁷ Lihat Scholten dalam Siti Malikhatus Badriyah, *Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm. 89. Lihat juga dalam Anton Freddy Susanto, *Semiotika Hukum dan*

penerapan hukum (*rechtstoepassing*). Yang membedakan, dalam penemuan hukum ditemukan sesuatu yang baru, sementara dalam penerapan hukum tidak. Penemuan hukum menurut Sudikno Mertokusumo³⁸ merupakan proses pembentukan hukum oleh hakim atau petugas-petugas hukum lainnya yang diberi tugas melaksanakan hukum terhadap peristiwa-peristiwa konkret. Secara lebih konkret, Sudikno menyatakan bahwa penemuan hukum merupakan kristalisasi atau individualisasi peraturan hukum atau *das sollen*, yang bersifat umum dengan mengingat peristiwa konkret atau *das sein*. Peristiwa konkret perlu dicarikan hukumnya yang bersifat umum dan abstrak. Peristiwa konkret harus dipertemukan dengan peraturan hukum. Peristiwa konkret itu harus dihubungkan dengan peraturan hukumnya agar dapat tercakup oleh peraturan hukum itu. Sebaliknya, peraturan hukumnya harus disesuaikan dengan peristiwa konkretnya agar dapat diterapkan.

Teori Hukum Progresif dan penafsiran progresif berpegang pada paradigma “hukum untuk manusia”. Sebaliknya, *analytical jurisprudence* mengikuti paradigma “manusia untuk hukum”. Manusia dalam hal ini merupakan simbol dari kenyataan dan dinamika kehidupan. Hukum itu berfungsi memandu dan melayani masyarakat, karena itu, diperlukan keseimbangan antara statis dan dinamika, antara peraturan dan jalan yang terbuka. Pengadilan tidak dipersepsikan sebagai robot, akan tetapi sebagai lembaga yang harus kreatif dalam tugasnya memandu dan melayani masyarakat. Tugas tersebut dapat dilaksanakan apabila hakim diberi kebebasan untuk memberi penafsiran terhadap hukum tertulis, sebab proses menafsirkan itu sendiri merupakan bagian dari tugas memandu dan melayani.

Demokrasi Teks Menuju Progresifitas Makna, PT Refika Aditama, Bandung, 2005, hlm. 15.

³⁸ Sudikno Mertokusumo, *Op. cit.* hlm. 75

Penafsiran hukum secara alam pikiran hukum pada dasarnya dapat diterima sebagai jembatan antara UU yang statis dan kaku dengan masa kini dan masa depan. Hukum akan dicari dan dipercaya masyarakat ketika mampu menjalankan tugas memandu dan melayani masyarakat.³⁹ Di era reformasi, hukum diharapkan tidak hanya menyesuaikan diri dengan perubahan masyarakat, tetapi lebih jauh lagi hukum diharapkan menjadi faktor penggerak yang membawa ke arah perubahan masyarakat (*law is a tool of social engineering*). Penggunaan putusan hakim sebagai *a tool of social engineering* itu diuraikan oleh Roscoe Pound, sebagaimana diringkas oleh Achmad Ali, sebagai berikut.

- a. Fungsi *social engineering* (rekayasa sosial) dari hukum maupun putusan hakim, pada setiap masyarakat (kecuali masyarakat totaliter) ditentukan dan dibatasi oleh kebutuhan untuk menyeimbangkan antara stabilitas hukum dan kepastian terhadap perkembangan hukum sebagai alat evolusi sosial.
- b. Kebebasan pengadilan merupakan hal yang esensial dalam masyarakat demokratis, pembatasan lebih lanjut diadakan jika pengadilan menjadi penerjemah tertinggi dari konstitusi. Kecenderungan yang menyolok di tahun-tahun akhir ini tidak dapat dicampuri dengan kebijakan modern badan legislatif melalui penafsiran konstitusi yang kaku dan tidak terlalu objektif. Kata-kata yang bermakna luas dari teks-teks konstitusi sering melahirkan rintangan-rintangan yang tak teratasi.
- c. Dalam sistem-sistem hukum, di tangan organ politiklah terletak pengawasan yang tertinggi terhadap kebijakan badan legislatif sehingga fungsi hakim menjadi relatif lebih mudah.

³⁹ Siti Malikhatun Badriyah, *Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan*, Badan Penerbitan Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm. 91.

Fungsi tambahan dari badan pengadilan itu sebagai penafsir peraturan-peraturan politik dan sebagai wasit dari tindakan-tindakan yang bersifat administratif maka tugas hakim pada hakikatnya menyerahkan kebijakan pada organ-organ yang dipilih dari demokrasi dan membuat penafsiran kebijakan yang sejenis dengan sangat baik.

- d. Dalam menafsirkan preseden dan UU, fungsi pengadilan dapat dan harus lebih positif dan konstruktif. Penafsiran yang dilakukan dengan sangat baik, dan bersifat membantu kebijakan hukum, dan bukan malah sebaliknya menghalang-halangnya, dikuasai oleh prinsip-prinsip yang sama yang menunjukkan pengekangan-pengekangan pengadilan dalam menyatakan tidak sahny UU atau tindakan-tindakan pemerintah. Perkembangan hukum melalui penafsiran preseden yang dilakukan dngan luwes akan sangat dibantu jika MA tidak terlalu terikat pada preseden, seperti yang baru-baru ini disarankan oleh Lord Wright.
- e. Semakin banyaknya penggunaan hukum sebagai alat pengendalian sosial serta kebijakan dalam masyarakat modern, maka secara bertahap akan mengurangi bidang "hukumnya pakar hukum" dan dengan demikian, fungsi kreatif dari hakim dalam sistem-sistem hukum kebiasaan, namun hal itu menjadikan perkembangan hukum oleh pengadilan yang kreatif dalam fungsi tambahannya menafsirkan UU dan pembatasan-pembatasan tindakan-tindakan administratif oleh pengadilan bertambah penting.⁴⁰

Gagasan hukum progresif yang dikembangkan oleh Satjipto Rahardjo⁴¹ sejak tahun 2002 merupakan lahan persemaian yang

⁴⁰ Achmad Ali, *Op.Cit*, hlm. 206.

⁴¹ Satjipto Rahardjo, *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*, cetakan pertama,

bagus bagi pengembangan kekuatan yang tersimpan dalam hukum. Hukum progresif menolak cara berhukum yang menyebabkan hilangnya dinamika hukum. Hukum menjadi statis dan stagnan manakala tidak berusaha menyaingi dan menyingkirkan hambatan-hambatan yang menyebabkan hukum menjadi stagnan. Salah satu hal yang akan terhambat adalah tidak munculnya kekuatan yang sebenarnya ada secara inheren dalam hukum. Kekuatan yang tersimpan itu menjadi tidak muncul karena para penegak hukum sendiri yang menyebabkannya. Penghambatnya adalah cara berhukum yang hanya mengeja teks UU, sehingga tidak muncul kekuatan hukum yang menyelesaikan persoalan.

Pekerjaan hukum lebih dari sekedar *logis-rasional*, melainkan sesuatu yang menuntut kreativitas dari para pelakunya. Putusan hakim yang telah mempunyai kekuatan yang pasti (*kracht van gewijsde*) dan merupakan hasil produk penemuan hukum oleh hakim, dapat dibedakan menjadi 3 (tiga), yaitu:

- a. Penemuan hukum oleh hakim yang hanya sekedar menjadi jalan bagi hakim untuk menerapkan hukum dalam kasus konkret, dan sama sekali tidak mempunyai efek terhadap penyesuaian hukum pada perubahan masyarakat maupun efek melakukan perancangan masyarakat.
- b. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk menyesuaikan hukum yang dianggap sudah usang atau ketinggalan terhadap perubahan masyarakat.
- c. Penemuan hukum oleh hakim yang merupakan karya hakim untuk memerankan hukum sebagai "*a tool of social engineering*". Contoh Penetapan hakim PN Jakarta Barat Selatan No.

546/73P, tanggal 14 November 1973 tentang perubahan status dari tidak jelas menjadi jelas jenis kelaminnya.

Di samping dapat melakukan penemuan hukum, para hakim dapat juga membentuk hukum. Hasil penemuan hukum merupakan yurisprudensi yang diikuti para hakim, dan untuk pedoman masyarakat, yaitu putusan hukum dalam peristiwa konkret, dan memperoleh kekuatan berlaku umum. Jadi suatu putusan dapat mengandung dua unsur, yaitu di satu pihak putusan merupakan penyelesaian atau pemecahan peristiwa konkret dan di pihak lain merupakan peraturan hukum untuk waktu yang akan datang.⁴²

Hakim harus mempunyai kemampuan dan kreatif sehingga dapat menyelesaikan dan memutus perkara dengan mencari dan menemukan hukum dalam kasus yang tidak ada peraturan hukumnya. Hakim harus mampu melakukan penemuan hukum untuk dapat memutus perkara sehingga terwujud keadilan yang didambakan masyarakat. Di sini hakim lebih leluasa dan luwes untuk menyelesaikan perkara, karena hakim tidak hanya menyampaikan bunyi UU, tetapi melakukan penemuan hukum yang digali dari berbagai sumber hukum atau dapat juga melakukan penciptaan hukum, karena sebenarnya hukum itu ada di dalam masyarakat. Di mana ada masyarakat, di situ tentu ada hukum, tinggal bagaimana hakim kreatif menggali sehingga dalam penegakan hukum benar-benar dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat. Apabila hakim melakukan penemuan hukum berbasis nilai keadilan dalam memutus perkara, dan kemudian putusannya menjadi hukum, niscaya akan tercipta hukum yang benar-benar sesuai dengan nilai-nilai keadilan masyarakat.

⁴² Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit*, hlm. 37.

Selanjutnya, hakim dalam penegakan hukum harus pula mendasarkan pada Pancasila dan UUD 1945, yang merupakan ruh dan penentu arah hukum. Hal ini mengandung arti bahwa dalam penegakan hukum, hakim harus selaras dengan *grand design system* dan politik hukum nasional yang berdasarkan pada paradigma Pancasila.⁴³ Adapun paradigma Pancasila itu meliputi, (1) paradigma ke Tuhanan (moral-religius), (2) paradigma Kemanusiaan (humanistik), (3) paradigma Kebangsaan (persatuan/nasionalistik), (4) paradigma Kerakyatan (demokrasi), dan (5) paradigma Keadilan Sosial. Sementara, *Grand design system* ini menghendaki adanya keseimbangan 3 (tiga) nilai dasar, yaitu: (1) nilai Ketuhanan (moral-religius), (2) nilai Kemanusiaan (humanistik), dan (3) nilai Kemasyarakatan, yaitu nasionalistik, demokratik, dan keadilan sosial. Prinsip keseimbangan ketiga nilai dasar tersebut, *grand design system*, dan politik hukum nasional juga harus didasarkan pada ide keseimbangan monodualistik, yang meliputi hal-hal sebagai berikut. (1) antara "kepentingan umum" dan "kepentingan individu", (2) antara perlindungan/kepentingan pelaku (ide individualisasi pidana) dan korban, (3) antara faktor objektif dan subjektif, (4) antara kriteria formal dan materiil, dan (5) antara kepastian hukum, kelenturan/fleksibilitas, dan keadilan. Pada akhirnya, dalam penegakkan hukum, satu yang harus dipegang hakim, yaitu harus berpegang teguh pada prinsip bahwa hukum untuk manusia bukan manusia untuk hukum. Untuk itu, hakim harus mengedepankan nilai keadilan dalam masyarakat, dengan selalu mengikuti dinamika tuntutan, kebutuhan, dan perubahan masyarakat.

⁴³ Siti Malikhatun Badriyah, *Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2010, hlm. 88-96.

Penafsiran sebagai Metode Penemuan Hukum

Ada pandangan yang mengemukakan bahwa penafsiran konstitusi atau UUD tidaklah sama dengan penafsiran hukum. Bertumpu dari pengertian 'konstitusi' atau 'undang-undang dasar' dan 'hukum', jelaslah memang pengertian 'konstitusi' atau 'UUD' itu tidak sama (analog). Oleh karena itu, penafsiran konstitusi atau UUD tidaklah begitu saja dianalogikan dengan pengertian penafsiran hukum. Jika konstitusi diartikan sebagai UUD (hukum dasar yang tertulis) maka penafsiran konstitusi atau UUD hanyalah merupakan salah satu bagian saja dari penafsiran hukum.

Penafsiran hukum (dilihat dari bentuk hukumnya) dapat bermakna luas, baik itu penafsiran terhadap hukum yang tertulis maupun hukum yang tidak tertulis. Akan tetapi dalam praktik, pembedaan antara penafsiran konstitusi atau penafsiran hukum itu tidak dapat ditarik secara tegas, karena ketika hakim menafsirkan konstitusi, ia tidak dapat dibatasi hanya dengan melakukan penafsiran terhadap norma-norma hukum tertulisnya saja atau sesuai dengan rumusan teksnya saja, melainkan dapat saja hakim melakukan penafsiran terhadap norma-norma hukum konstitusi yang tidak tertulis, seperti asas-asas hukum umum yang berada di belakang rumusan norma-norma hukum tertulis itu.

Dalam ilmu hukum dan konstitusi, interpretasi adalah penemuan hukum (*rechtsvinding*) manakala peraturannya ada tetapi tidak jelas untuk dapat diterapkan pada peristiwanya. Penemuan hukum ihwalnya adalah berkenaan dengan hal mengkonkretisasikan produk pembentukan hukum. Penemuan hukum adalah proses kegiatan pengambilan keputusan yuridik konkret yang secara langsung menimbulkan akibat hukum bagi suatu situasi individual

(putusan-putusan hakim, ketetapan, pembuatan akta oleh notaris dan sebagainya). Dalam arti tertentu menurut Meuwissen, penemuan hukum adalah pencerminan pembentukan hukum.⁴⁴

Menurut J.A. Pontier⁴⁵, ada 2 (dua) teori penemuan hukum, yaitu (1) penemuan hukum heteronom; dan (2) penemuan hukum otonom. Penemuan hukum heteronom terjadi pada saat hakim dalam memutus perkara dan menetapkan hukum menganggap dirinya terikat pada kaidah-kaidah hukum yang disodorkan dari luar dirinya. Diandaikan bahwa makna atau isi dari kaidah pada prinsipnya dapat ditemukan dan ditetapkan secara objektif, atau setidaknya dapat ditetapkan dengan cara yang sama oleh setiap orang.

Makna penemuan hukum otonom artinya menunjuk pada kontribusi pemikiran hakim. Dalam hal ini, hakim dapat memberikan masukan atau kontribusi melalui metode-metode interpretasi yang sesuai dengan model penemuan hukum legistik atau melalui metode-metode interpretasi yang baru seperti metode interpretasi *teleologikal* dan *evolitif-dinamikal* di mana hakim menetapkan apa tujuan, rentang jangkauan atau fungsi dari suatu kaidah hukum, kepentingan-kepentingan apa yang hendak dilindungi oleh kaidah hukum itu, dan apakah kepentingan tersebut benar terlindungi apabila kaidah hukum itu diterapkan ke dalam suatu kasus konkret dalam konteks kemasyarakatan yang aktual. Metode interpretasi *teleologikal* dan *evolitif-dinamikal* ini juga memberikan alternatif kemungkinan bagi hakim untuk menelaah apakah makna pada suatu saat secara umum selalu diberikan pada suatu kaidah hukum tertentu masih sesuai dengan perkembangan aktual masyarakat.

⁴⁴ Meuwissen, *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, dialihbahasakan oleh B. Arief Sidharta, PT Rafika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 11.

⁴⁵ J.A. Pontier, *Penemuan Hukum*, dialihbahasakan oleh B. Arief Sidharta, Jendela Mas Pustaka, Bandung, 2008, hlm. 94

Penafsiran sebagai salah satu metode penemuan hukum (*rechtsvinding*) berangkat dari pemikiran bahwa pekerjaan hakim memiliki karakter logikal. Menurut Sudikno Mertokusumo⁴⁶, interpretasi atau penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa yang konkret. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna UU.

Penafsiran sebagai suatu metode penemuan hukum secara historis memiliki relevansi dengan tradisi hermeneutik yang sudah sangat tua usianya. Semula hermeneutik merupakan teori yang menyibukkan diri dengan ihwal interpretasi naskah, karena itu pada permulaan digunakan terutama oleh para teolog, yang tugasnya memang berurusan dengan naskah-naskah keagamaan. Kemudian, cabang ajaran ilmu ini juga menarik perhatian para historikus, ahli kesusasteraan dan para yuris. Istilah hermeneutik berasal dari bahasa Yunani, yakni kata kerja 'hermeneuein' yang berarti 'menafsirkan' atau 'menginterpretasi' dan kata benda 'hermeneia' yang berarti 'penafsiran' atau 'interpretasi'.

Macam-Macam Penafsiran Hukum dan Konstitusi

Istilah penafsiran konstitusi merupakan terjemahan dari *constitutional interpretation*. Albert H.Y. Chen, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Hongkong, menggunakan istilah "*constitutional interpretation*" yang dibedakan dari *interpretation of statutes*. Penafsiran konstitusi merupakan penafsiran terhadap ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam konstitusi atau UUD, atau *interpretation of the Basic*

⁴⁶ Sudikno Mertokusumo, *Op.Cit*, hlm.13.

Law. Penafsiran konstitusi ini merupakan hal yang tidak terpisahkan dari aktivitas *judicial review*. Berkait dengan itu, Chen menyatakan,

*“The American experience demonstraties that constitutional interpretation is inseparable from judicial review of the constitutionality of governmental actions, particularly legislative enactments. Such judicial review was first established by the American Supreme Court in Marbury v Madison (1803).”*⁴⁷

Penafsiran konstitusi yang dimaksud di sini adalah penafsiran yang digunakan sebagai suatu metode dalam penemuan hukum (*rechsvinding*) berdasarkan konstitusi atau UUD yang digunakan atau berkembang dalam praktik peradilan MK. Metode penafsiran diperlukan karena peraturan perundang-undangan tidak seluruhnya dapat disusun dalam bentuk yang jelas dan tidak membuka penafsiran lagi.

Terkait dengan ukuran kejelasan dalam peraturan perundang-undangan (termasuk konstitusi atau UUD), Montesquieu mengajukan kriteria untuk menyusun peraturan perundang-undangan sebagai berikut:

- a. Gaya penuturan hendaknya padat dan sederhana. Istilah-istilah yang dipilih hendaknya sejauh mungkin bersifat mutlak dan tidak nisbi, sehingga dengan demikian membuka sedikit kemungkinan bagi perbedaan pendapat individual. Pengutaraan dengan menggunakan ungkapan-ungkapan kebesaran (*grandiose*) dan retorik hanyalah mubazir dan menyesatkan.
- b. Peraturan-peraturan hendaknya membatasi dirinya pada hal-hal nyata dan aktual dengan menghindari hal-hal yang bersifat metaforis dan hipotesis.

⁴⁷ Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, 2010, hlm. 63.

- c. Peraturan-peraturan hendaknya jangan terlampau tinggi, oleh karena ia ditujukan untuk orang-orang dengan kecerdasan tengah-tengah saja; peraturan itu bukan latihan dalam penggunaan logika, melainkan hanya penalaran sederhana yang bisa dilakukan oleh orang-orang biasa.
- d. Masalah pokoknya jangan dikacaukan dengan kekecualian, pembatasan atau modifikasi, kecuali dalam hal-hal yang sangat diperlukan.
- e. Peraturan tidak boleh mengandung argumentasi, adalah berbahaya untuk memberikan alasan terperinci bagi suatu peraturan, oleh karena yang demikian itu hanya akan membuka pintu untuk pertentangan pendapat.
- f. Harus dipertimbangkan dengan penuh kematangan dan mempunyai kegunaan praktis dan hendaknya jangan mengguncangkan hal-hal yang elementer dalam penalaran dan keadilan serta *mature des choices*. Peraturan-peraturan yang lemah, yang tidak perlu dan tidak adil akan menyebabkan orang tidak menghormati perundang-undangan dan menghancurkan otoritas negara.⁴⁸

Satjipto Rahardjo⁴⁹ mengemukakan, salah satu sifat yang melekat pada perundang-undangan atau hukum tertulis adalah sifat otoritatif dari rumusan-rumusan peraturannya. Namun demikian, pengutaraan dalam bentuk tulisan atau *litera scripta* itu sesungguhnya hanyalah bentuk saja dari usaha untuk menyampaikan sesuatu ide atau pikiran. Ide atau pikiran yang hendak dikemukakan itu ada yang menyebutnya sebagai 'semangat' dari suatu peraturan. Usaha untuk

⁴⁸ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 94-95.

⁴⁹ *Ibid*, hlm. 94.

menggali semangat itu dengan sendirinya merupakan bagian dari keharusan yang melekat khusus pada hukum perundang-undangan yang bersifat tertulis. Usaha tersebut akan dilakukan oleh pengadilan dalam bentuk interpretasi atau konstruksi. Interpretasi atau konstruksi ini adalah suatu proses yang ditempuh oleh pengadilan dalam rangka mendapatkan kepastian mengenai arti dari hukum perundang-undangan. Sebagai contoh Pasal 18 ayat (4) UUD 1945 menyatakan “*Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah propinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis.*” Apabila ketentuan dimaksud diterjemahkan dalam suatu UU yang menentukan bahwa Gubernur, Bupati, dan Walikota dipilih oleh DPRD, kemudian ada pihak yang mengajukan permohonan kepada MK karena berpendapat bahwa yang dimaksud dengan demokratis adalah pemilihan langsung, maka MK dalam memutus permohonan tersebut pasti akan melakukan penafsiran untuk menentukan apa yang dimaksud dengan frasa “dipilih secara demokratis”.

Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo⁵⁰ mengemukakan, interpretasi merupakan salah satu metode penemuan hukum yang memberi penjelasan yang gamblang mengenai teks UU agar ruang lingkup kaidah dapat ditetapkan sehubungan dengan peristiwa tertentu. Penafsiran oleh hakim merupakan penjelasan yang harus menuju kepada pelaksanaan yang dapat diterima oleh masyarakat mengenai peraturan hukum terhadap peristiwa konkret. Metode interpretasi ini adalah sarana atau alat untuk mengetahui makna UU. Pembenerannya terletak pada kegunaan untuk melaksanakan ketentuan yang konkret dan bukan untuk kepentingan metode itu sendiri.

⁵⁰ Sudikno Mertokusumo dan A. Pitlo, *Bab-bab tentang Penemuan Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, hlm. 13.

Di beberapa negara Eropa-Kontinental, pandangan mengenai penemuan hukum (*rechtsvinding*) dikaitkan dengan *legisme*, yaitu aliran pemikiran dalam teori hukum yang mengidentikkan hukum dengan UU. Gagasan bahwa penemuan hukum hendaknya memiliki karakter yang sangat formalistik atau logikal, juga ditekankan oleh aliran Teori Hukum *Begriffsjurisprudenz*. Aliran ini dianut oleh negara-negara Germania pada Abad XIX.⁵¹

Ada beberapa macam penafsiran hukum yang sering digunakan oleh hakim dalam penemuan hukum. Dari berbagai macam penafsiran, R. Cross menekankan adanya asas-asas umum yang harus diperhatikan ketika hakim melakukan interpretasi, yaitu:

- a. *The judge must give effect to the ordinary, or where necessary, technical meaning of words in the general words in relation to the context.*
- b. *If he considers that the application of words in their ordinary sense will lead to an absurd result which cannot really be supposed to have been the intention of Parliament. He may give to the words a secondary meaning which they can carry.*
- c. *He may read into the statute words he considers necessarily implied by words there in and he may alter, ignore or add to the words of the statute so as to prevent a provision from being unreasonable, unworkable or unintelligible.*
- d. *He may use aids to construction, and certain presumptions.*⁵²

Satjipto Raharjo mengutip pendapat Fitzgerald, mengemukakan bahwa secara garis besar interpretasi dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu: (1) interpretasi harfiah dan (2) interpretasi fungsional. Interpretasi harfiah merupakan interpretasi yang semata-mata

⁵¹ J.A. Pontier, *Op.Cit*, hlm. 73.

⁵² L.B. Curzon, *Jurisprudence*, M&E Handbook, 1979, hlm 255.

menggunakan kalimat-kalimat dari peraturan sebagai pegangannya. Interpretasi harfiah merupakan interpretasi yang tidak keluar dari *litera legis*. Interpretasi fungsional disebut juga dengan interpretasi bebas. Disebut bebas karena penafsiran ini tidak mengikatkan diri sepenuhnya kepada kalimat dan kata-kata peraturan (*litera legis*). Penafsiran ini mencoba untuk memahami maksud sebenarnya dari suatu peraturan dengan menggunakan berbagai sumber lain yang dianggap bisa memberikan kejelasan yang lebih memuaskan.⁵³

Disamping beberapa metode penafsiran sebagaimana disebutkan di atas, berdasarkan dari hasil penemuan hukum (*rechtsvinding*), metode interpretasi dapat dibedakan menjadi 2 (dua) macam, yaitu: (1) metode penafsiran restriktif; dan (2) metode penafsiran ekstensif. Interpretasi restriktif adalah penjelasan atau penafsiran yang bersifat membatasi. Untuk menjelaskan suatu ketentuan UU, ruang lingkup ketentuan itu dibatasi. Prinsip yang digunakan dalam metode penafsiran ini adalah prinsip *lex certa*, yakni bahwa suatu materi dalam peraturan perundang-undangan tidak dapat diperluas atau ditafsirkan lain selain yang tertulis dalam peraturan perundang-undangan (*lex stricta*). Atau dengan kata lain, suatu ketentuan perundang-undangan tidak dapat diberikan perluasan selain ditentukan secara tegas dan jelas menurut peraturan perundang-undangan itu sendiri. Sedangkan interpretasi ekstensif adalah penjelasan yang bersifat melampaui batas-batas yang ditetapkan oleh interpretasi gramatikal.

Achmad Ali mengidentifikasi beberapa metode interpretasi yang lazim digunakan oleh hakim (pengadilan), yang mencakup 9 (sembilan) metode, yaitu: (1) metode subsumtif, (2) interpretasi gramatikal, (3) interpretasi historis, (4) interpretasi sistematis, (5) interpretasi sosiologis atau teleologis, (6) interpretasi komparatif, (7)

⁵³ Satjipto Rahardjo, *Op.Cit*, hlm. 95

interpretasi futuristis, (8) interpretasi restriktif, dan (9) interpretasi ekstensif.⁵⁴ Semua jenis interpretasi itu, ada yang sangat dalam keterikatannya dengan teks UU, dan ada pula yang tidak dalam keterikatannya. Jenis interpretasi yang sangat dalam keterikatannya pada teks UU, yaitu metode subsumtif, interpretasi gramatikal, interpretasi historis, dan interpretasi sistematis. Sedangkan yang tidak terlalu dalam keterikatannya dengan teks UU yaitu interpretasi sosiologis, interpretasi komparatif, dan interpretasi futuristis.

Beberapa jenis interpretasi yang memiliki keterikatan pada teks UU, yakni:

a. Metode Subsumtif

Metode subsumtif adalah suatu metode di mana hakim harus menerapkan suatu teks UU terhadap kasus in-konkret, dengan belum memasuki taraf penggunaan penalaran yang lebih rumit tetapi sekadar menerapkan silogisme. Achmad Ali⁵⁵ menggolongkan metode subsumtif ini ke dalam salah satu jenis interpretasi yaitu interpretasi yang paling sederhana, karena metode subsumtif ini berdasarkan pada bunyi teks UU. Hal ini selaras dengan pengertian interpretasi secara umum, seperti yang ditemukan dalam ensiklopedi Indonesia sebagai berikut.

“interpretasi (dari Lat: interpretatio = penjelasan, keterangan). Tafsiran mengenai suatu pernyataan, uraian atau naskah; mengemukakan arti luas atau lebih mendalam dari apa yang terlihat atau diketahui sepiantas lalu; mengungkapkan hal yang tersirat dari apa

⁵⁴ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologia)*, Chandra Pratama, Jakarta, 1996, hlm 174.

⁵⁵ *Ibid*, hlm 176.

yang tersurat. Interpretasi merupakan kegiatan yang mengakibatkan bahwa kenyataan fisik atau psikologis dengan model konsepsional yang memberi arti dan tempat bagi kenyataan tersebut, interpretasi sangat tergantung pada watak pribadi latar belakang sosial, pendidikan dan agama si penafsir, serta kepentingan ekonomi, politik dan psikologisnya”.

Pengertian interpretasi di atas mengandung maksud bahwa hakim sebagai penafsir dalam memaknakan teks UU, sangat tergantung pada latar belakang pengetahuan hukum dan aliran ilmu hukum yang banyak mempengaruhinya. Sudikno Mertokusumo⁵⁶ berpendapat, dengan menyatakan:

“sistem yang dianut, bertujuan merealisasi pokok pikiran tersebut di atas dengan mengikat hakim pada peraturan perundang-undangan. Dalam sistem ini hakim berpikir secara deduktif, hakim harus mengabstrakhir peristiwanya. Sebaliknya peraturan-nya harus dikonkretisirnya, yang merupakan ciri khas cara berpikir menurut sistem ini adalah subsumptif, yaitu memasukkan peristiwanya dalam peraturan perundang-undangan”.

a. Interpretasi Gramatikal

Interpretasi gramatikal adalah menafsirkan kata-kata dalam UU sesuai dengan kaidah bahasa atau kaidah hukum tata bahasa. Dulu, interpretasi gramatikal itu memang lebih diprioritaskan

⁵⁶ Sudikno Mertokusumo, *Bunga Rampai Ilmu Hukum*, Liberty, Yogyakarta, 1984, hlm. 185.

daripada jenis interpretasi lain, namun sekarang tidak lagi. Dewasa ini setiap jenis interpretasi memiliki kedudukan yang sama, tergantung kasus dan kebutuhannya. Jadi urutan interpretasi mana yang harus diprioritaskan, sifatnya kasuistis. Interpretasi gramatikal mencoba menemukan makna kata dengan menelusuri kata mana yang oleh pembentuk UU digunakan dalam mengatur peristiwa sejenis itu dan sekaligus menelusuri di tempat lainnya dalam hubungan apa pembentuk UU menggunakan kata yang sama.

b. Interpretasi Historis

Interpretasi historis ini mencakup 2 (dua) jenis interpretasi, yaitu (1) interpretasi menurut sejarah UU, dan (2) interpretasi menurut sejarah hukum. Interpretasi menurut sejarah UU (*wetshistorisch*) adalah mencari maksud dari perundang-undangan itu seperti apa yang dilihat oleh pembuat UU ketika UU dibentuk dahulu.⁵⁷ Jadi, dalam metode interpretasi ini kehendak pembuat UU dianggap yang paling menentukan. Oleh karena itu, interpretasi sejarah UU ini bersumber pada surat-surat dan pembahasan di lembaga legislatif ketika UU itu dalam proses penggodokan. Interpretasi sejarah hukum (*rechtshistorisch*) adalah metode interpretasi yang ingin memahami UU dalam konteks seluruh sejarah hukum. Sebagai contoh, jika hakim ingin mengetahui makna yang terkandung dalam suatu perundang-undangan maka tidak hanya sekedar meneliti sejarah hingga terbentuknya UU itu saja, melainkan juga masih terus diteliti lebih panjang proses sejarah yang mendahuluinya.

⁵⁷ Achmad Ali, *Op.Cit*, hlm. 179.

c. Interpretasi Sistematis

Interpretasi sistematis adalah metode yang menafsirkan UU sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan. Perundang-undangan keseluruhannya di dalam suatu negara dianggap sebagai suatu sistem yang utuh. Paul Scholten membandingkan interpretasi sistematis ini, dengan jenis interpretasi lain, sebagaimana dijelaskan oleh Achmad Ali,⁵⁸

“untuk mencari hukum yang konkret, sepanjang pencarian hukum itu bersandar pada wibawa UU, penafsiran UU secara historis dan penafsiran gramatikal hanya merupakan sebagian dari pekerjaan yang harus dilakukan sebab yang dipertahankan dalam penerapannya tidak pernah hanya satu ketentuan UU, melainkan selalu hukum pada keseluruhannya. Pada waktu orang mencari maksud dari pembentuk UU atau kata-katanya menurut bahasa sehari-hari orang hanya melihat ketentuannya saja, akan tetapi setiap ketentuan UU merupakan bagian dari suatu UU yang sedikit banyak luas. UU itu sendiri adalah bagian dari perundang-undangan pada umumnya, dan perundang-undangan itu merupakan bagian dari keseluruhan hukum. Keseluruhan hukum itu merupakan suatu sistem, artinya ada hubungan dan ada kesatuan. Dengan lain perkataan, peraturan yang satu menunjang peraturan yang lain, pertentangan antara peraturan-peraturan yang satu menunjang peraturan yang lain, pertentangan antara peraturan-peraturan satu sama lain tidaklah mungkin; hukum tidak dapat sekaligus memerintah dan melarang.

⁵⁸ *Ibid*, hlm. 181.

mengharuskan dan menasihatkan untuk tidak melakukan. Setiap peraturan baru yang dikeluarkan oleh pembentuk UU dimasukkan dalam sistem ini, peraturan itu akan mendapat pengaruh dari sistem ini, akan diterapkan dalam hubungannya dengan peraturan-peraturan lain, dan ditafsirkan dengan bertitiktolak dari peraturan-peraturan yang lain. Interpretasi sistematis adalah salah satu bentuk penemuan hukum yang tidak boleh tidak, harus ada”.

Dalam praktik peradilan di MK, jenis penafsiran ini pernah digunakan. Salah satu contohnya ialah Putusan MK Nomor 005/PUU-IV/2006 dalam perkara permohonan pengujian UU No. 22 Tahun 2004 tentang Komisi Yudisial dan Pasal 34 ayat (3) UU No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Apabila ditinjau secara *sistematis* dan dari penafsiran berdasarkan “*original intent*” UUD 1945, ketentuan mengenai Komisi Yudisial (KY) dalam Pasal 24B UUD 1945 memang tidak berkaitan dengan ketentuan mengenai MK yang diatur dalam Pasal 24C UUD 1945. Dari sistematika penempatan ketentuan mengenai KY sesudah Pasal yang mengatur tentang MA yaitu Pasal 24A dan sebelum Pasal yang mengatur tentang MK yaitu Pasal 24C, sudah dapat dipahami bahwa ketentuan mengenai KY pada Pasal 24B UUD 1945 itu memang tidak dimaksudkan untuk mencakup pula objek perilaku hakim konstitusi sebagaimana diatur dalam Pasal 24C UUD 1945. Hal ini dapat dipastikan dengan bukti risalah-risalah rapat Panitia Ad Hoc (PAH) I Badan Pekerja MPR maupun dari keterangan para mantan anggota PAH I tersebut dalam persidangan bahwa perumusan ketentuan mengenai KY dalam Pasal 24B UUD 1945 memang tidak pernah dimaksudkan untuk mencakup pengertian hakim konstitusi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24C UUD 1945.

d. Interpretasi Sosiologis atau Teleologis

Metode interpretasi sosiologis atau teleologis ini menetapkan makna UU berdasarkan tujuan kemasyarakatan. Suatu UU yang masih berlaku (sebenarnya sudah usang dan tidak sesuai lagi dengan kebutuhan zaman) diterapkan terhadap peristiwa, hubungan kebutuhan masa kini, tidak diperdulikan apakah pada waktu diundangkannya UU itu dikenal atau tidak, misalnya putusan MK dalam perkara sengketa hasil Pemilukada di Yahukimo, Papua. Penerapan interpretasi sosiologis atau teleologis ini, relevan dengan pandangan Salmond sebagaimana dikutip Soerjono Soekanto⁵⁹ yang menyatakan bahwa hukum mencakup aturan-aturan dengan nama keadilan, ditegakkan oleh lembaga-lembaga pengadilan negara. Secara lebih tegas lagi dikatakan bahwa hukum terdiri dari prinsip-prinsip yang ditegakkan oleh negara melalui pejabat-pejabat peradilan dengan mempergunakan kekuatan fisik untuk mencapai keadilan, walaupun kemungkinan tetap ada bahwa tujuan tersebut tidak tercapai. Salmond dengan gigih mempertahankan pendiriannya mengenai pentingnya pengadilan. Semua hukum adalah aturan-aturan yang diakui dan ditegakkan oleh pengadilan. Tak ada aturan yang diakui dan ditegakkan oleh pengadilan yang bukan merupakan hukum. Oleh karena itu, maka orang harus ke pengadilan untuk mendapat ketetapan mengenai hakikat hukum yang sebenarnya, dan bukan ke lembaga legislatif.

Salah satu pandangan yang patut dikutip dalam hal ini adalah Paul Scholten sebagaimana dikutip Achmad Ali⁶⁰ tentang peran dan kemanfaatan interpretasi sosiologis sebagai berikut.

⁵⁹ Soerjono Soekanto, *Op.Cit*, hlm. 13.

⁶⁰ Achmad Ali, *Menguak Tabir ...*, *Op.Cit*, hlm 185-186.

“Yang ikut menentukan penafsirannya tidak hanya ketentuan-ketentuan dari UU, melainkan juga hubungan-hubungan kemasyarakatannya tempat di mana ketentuan itu diterapkan. Setiap UU bertumpu pada suatu penilaian kepentingan kemasyarakatan, dan bertujuan untuk untuk mempengaruhi apa yang terjadi dalam kenyataan kemasyarakatan itu. Penerapannya terikat kepada kemungkinan-kemungkinan yang diberikan oleh kehidupan kemasyarakatan. Kehidupan itu berubah terus-menerus. Berhubungan dengan itu, peraturan perundang-undangan dapat meliputi suatu bidang yang pada mulanya tidak diperuntukkan baginya. Dengan demikian dituntut penafsiran menurut tujuan dari peraturan, menurut hubungan dengan keadaan-keadaan kemasyarakatan tempat berlakunya UU itu. Interpretasi sosiologis atau teleologis menuntut tempatnya dalam penemuan hukum”.

e. Interpretasi Komparatif

Interpretasi komparatif ini adalah metode membandingkan antara berbagai sistem hukum. Dengan demikian metode ini hanya terutama digunakan dalam bidang hukum perjanjian internasional. Misalnya menentukan masa jabatan kepala daerah merujuk di Malaysia, bahwa yang dimaksud jabatan kepala daerah dua dapat ditafsirkan dua kali berturut-turut atau dua kali yang waktunya tidak berurutan.

f. Interpretasi Futuristik

Interpretasi ini menjelaskan undang-undang yang berlaku sekarang (*ius constitutum*) dengan berpedoman pada undang-undang yang belum mempunyai kekuatan hukum (*ius constituendum*). Misalnya suatu rancangan undang-undang yang masih dalam proses pengundangan, tetapi yang sudah pasti akan diundangkan (dugaan politis). Atau, Putusan MK tentang Hak Pengelolaan Pesisir Pantai yang memperhitungkan nasib generasi yang akan datang.

g. Interpretasi Restriktif

Interpretasi restriktif adalah metode interpretasi yang sifatnya membatasi. Misalnya secara gramatikal, pengertian istilah “tetangga” dalam Pasal 666 KUHPerdara adalah setiap “tetangga” termasuk seorang penyewa dari pekarangan sebelahnya, tetapi kalau dibatasi menjadi tidak termasuk tetangga penyewa, ini berarti telah dilakukan interpretasi restriktif.

h. Interpretasi Ekstensif

Interpretasi ekstensif adalah metode interpretasi yang melebihi batas-batas hasil interpretasi gramatikal. Contohnya perkataan “menjual” dalam Pasal 1576 KUHPerdara ditafsirkan luas yaitu bukan semata-mata hanya berarti “jual beli” saja melainkan juga berarti “peralihan hak”. Di dalam hukum pidana, ada 2 (dua) pandangan yang berbeda tentang interpretasi ekstensif ini, yaitu:

- a) Menganggap antara interpretasi ekstensif dengan analogi, tidak ada perbedaan, olehnya inti interpretasi ekstensif pun dilarang

digunakan untuk perkara pidana (karena melanggar asas legalitas).

- b) Menganggap antara interpretasi ekstensif dengan analogi berbeda.

Salah satu pakar hukum yang menganut pandangan pertama adalah Scholten, seperti dikutip oleh Moelyatno⁶¹ menyatakan bahwa:

“baik dalam hal tafsiran ekstensif maupun analogi dasarnya adalah sama, yaitu dicoba untuk mengemukakan norma-norma yang lebih tinggi (lebih umum) atau lebih abstrak dari norma yang ada, dan dari ini kemudian direduksi menjadi aturan yang baru (yang sesungguhnya meluaskan aturan yang ada). Antara keduanya itu hanya ada perbedaan gradual saja”.

Moelyatno⁶² menyatakan pula bahwa:

“Meskipun tidak akan menyangkal bahwa tafsiran ekstensif itu sama sifatnya dengan analogi, dan perbedaannya hanya soal gradasi saja, namun ada juga batas-batasnya yang jelas pula, sampai di mana yang masih dapat dinamakan interpretasi dan manakah yang sudah meningkat ke analogi, sehingga tidak diperbolehkan”.

Penafsiran ekstensif berpegang kepada aturan yang ada. Di situ ada perkataan yang diberi arti menurut makna yang hidup dalam masyarakat sekarang, bukan maknanya pada waktu UU dibentuk.

⁶¹ Moelyatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, (tanpa penerbit), Semarang, 1980, hlm. 18.

⁶² *Ibid*, hlm. 19.

Bagaimana penerapan interpretasi itu? Interpretasi mana yang didahulukan dalam suatu kasus konkret? Penggunaan jenis-jenis interpretasi di atas tidak ada urutan tertentu, tergantung kasus dan kebutuhannya. Bahkan terhadap penerapan satu pasal UU, bisa saja diterapkan berbagai jenis interpretasi, sesuai dengan kebutuhan dan kasusnya. Tidak mungkin dalam semua kasus seorang hakim terus-menerus menggunakan metode gramatikal atau historis saja. Demikian pula, tidak mungkin seseorang berpikir terus-menerus secara analogis dan sebaliknya tidak mungkin juga seseorang menolak cara berpikir analogis dalam seluruh kasus konkret.⁶³ Dalam hal ini, dalam menghubungkan antara teks UU dengan suatu peristiwa konkret yang diadilinya, wajib menggunakan pikiran dan nalarnya untuk memilih, metode penemuan hukum apa yang paling relevan untuk diterapkannya dalam perkara itu. Di sini, hakim harus jeli dan memiliki wawasan pengetahuan yang luas. Hanya dengan demikian, putusan hakim tersebut dapat dinilai adil dan bermanfaat oleh warga masyarakatnya.

Metode penafsiran sebagaimana yang diuraikan di atas merupakan metode penafsiran yang pada umumnya dikenal sebagai metode penafsiran hukum. Di samping metode penafsiran hukum itu, dalam kepustakaan dikenal juga metode penafsiran konstitusi (*constitutional interpretation method*) yang dibedakan dari penafsiran peraturan perundang-undangan biasa. Bobbitt mengidentifikasi adanya 6 (enam) macam metode penafsiran konstitusi (*constitutional interpretation*), yaitu:

(1) Penafsiran tekstual

Penafsiran tekstual (*textualism or literalism*) atau penafsiran harfiah ini merupakan bentuk atau metode penafsiran konstitusi

⁶³ Achmad Ali, *Op.Cit*, hlm. 188.

yang dilakukan dengan cara memberikan makna terhadap arti dari kata-kata di dalam dokumen atau teks yang dibuat oleh lembaga legislatif (*meaning of the words in the legislative text*). Dengan demikian, penafsiran ini menekankan pada pengertian atau pemahaman terhadap kata-kata yang tertera dalam konstitusi atau UU, sebagaimana yang pada umumnya dilakukan oleh banyak orang.

(2) **Penafsiran historis (orisinal)**

Penafsiran historis ini disebut juga dengan penafsiran orisinal, yaitu bentuk atau metode penafsiran konstitusi yang didasarkan pada sejarah konstitusi atau UU itu dibahas, dibentuk, diadopsi atau diratifikasi oleh pembentuknya atau ditandatangani institusi yang berwenang. Pada umumnya metode penafsiran ini menggunakan pendekatan *original intent* terhadap norma-norma hukum konstitusi. Menurut Anthony Mason, interpretasi atau penafsiran ini merupakan penafsiran yang sesuai dengan pengertian asli dari teks atau istilah-istilah yang terdapat dalam konstitusi. Penafsiran ini biasanya digunakan untuk menjelaskan teks, konteks, tujuan, dan struktur konstitusi.

(3) **Penafsiran doktrinal**

Penafsiran doktrinal merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara memahami aturan UU melalui sistem preseden atau melalui praktik peradilan. James A. Hollan dan Julian S. Webb mengemukakan bahwa *common law is used to describe all those rules of law that have evolved through court cases (as*

opposed to those which have emerged from parliament).⁶⁴Menurut Bobbitt, metode penafsiran doktrinal banyak dipengaruhi tradisi *common law* yang digunakan sebagai pendekatannya.

(4) Penafsiran prudensial

Penafsiran prudensial merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara mencari keseimbangan antara biaya-biaya yang harus dikeluarkan dan keuntungan-keuntungan yang diperoleh dari penerapan suatu aturan atau UU tertentu. Menurut Bobbitt, *prudential arguments is actuated by facts, as these play into political and economic policies*.

(5) Penafsiran struktural

Penafsiran struktural merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara mengaitkan aturan UU dengan konstitusi atau UUD yang mengatur tentang struktur-struktur ketatanegaraan. Bobbitt mengemukakan, metode penafsiran ini juga berkenaan dengan pertanyaan-pertanyaan mengenai federalisme, pemisahan kekuasaan dan isu-isu lainnya di lingkungan pemerintahan, di luar isu-isu tentang kebebasan sipil dan hak asasi manusia. Bobbitt mengemukakan, *structuralism as a kind of 'macroscopic prudentialism'*.

(6) Penafsiran etikal

Penafsiran etikal merupakan metode penafsiran yang dilakukan dengan cara menurunkan prinsip-prinsip moral dan etik sebagaimana terdapat dalam konstitusi atau UUD. Metode penafsiran ini dikonstruksi dari tipe berpikir konstitusional

⁶⁴ Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta, 2010, hlm. 75.

yang menggunakan pendekatan falsafati, aspirasi, atau moral. Dengan demikian, metode penafsiran ini dapat digunakan untuk isu-isu yang menekankan pada pentingnya HAM dan pembatasan terhadap kekuasaan negara atau pemerintahan. Moralitas konvensional (*conventional morality*) dan filsafat moral (*moral philosophy*) merupakan dua aspek yang sangat relevan sekali apabila digunakan sebagai metode pendekatan dalam metode penafsiran etikal ini.

Albert H. Y. Chen mengemukakan, keenam jenis metode penafsiran konstitusi yang dikemukakan Bobbitt di atas termasuk ke dalam lingkup penafsiran konstitusi yang disebut dengan *the purposive approach*. Metode penafsiran purposif ini merupakan metode penafsiran yang digunakan untuk memberikan arti atau makna aturan-aturan dalam UU berdasarkan maksud atau tujuan pembentukannya. Metode penafsiran ini akan dapat dipahami dengan baik apabila dihadapkan dengan metode penafsiran harfiah atau tekstual. Apabila metode penafsiran harfiah atau tekstual menggunakan pendekatan dari sudut kata-kata yang dirumuskan sebagai aturan oleh pembentuk UU maka metode penafsiran purposif menggunakan pendekatan yang lebih luas mengenai hal-hal terkait dengan isi atau substansi atau faktor-faktor yang perlu dipertimbangkan dalam memahami maksud pembentuk UU tersebut.⁶⁵

Penelusuran dari berbagai kepustakaan menunjukkan bahwa banyak variasi metode penafsiran yang dikemukakan oleh para ahli. Metode penafsiran konstitusi ini dapat dibedakan menjadi 2 (dua) kelompok besar, yaitu metode penafsiran *originalism*, yang menggunakan pendekatan *original intent* (termasuk pendekatan historis) terhadap norma-norma hukum konstitusi, dan *non*

⁶⁵ *Ibid*, hlm. 76.

originalism.⁶⁶ Metode penafsiran mana yang akan dipilih dan digunakan oleh hakim dalam menghadapi perkara-perkara hukumnya, pada akhirnya berpulang pada hakim. Hakim dalam konteks ini, memiliki kebebasan dan keleluasaan untuk memilih metode penafsiran sesuai dan berdasarkan keyakinan hukumnya.

Jaringan Sosial dan Pengaruhnya bagi Penegakan Hukum

1. Konsep Modal Sosial (*Social Capital*)

Modal sosial merupakan rangkaian nilai-nilai atau norma informal yang dimiliki secara bersama di antara para anggota masyarakat yang memungkinkan terjalinnya kerjasama antara masyarakat tersebut. Modal sosial sejatinya adalah suatu konsep ilmu sosial yang digunakan dalam dunia bisnis, ekonomi, perilaku organisatoris, ilmu politik, kesehatan masyarakat, dan sosiologi, yang mengacu pada koneksi di dalam dan antara jaringan sosial. Walaupun akhir-akhir ini konsep *social capital* begitu populer dan mendapat banyak perhatian, khususnya setelah munculnya kajian-kajian yang berharga dari Robert D. Putnam, Francis Fukuyama, Cohen, J. Coleman, dan lain sebagainya pada dekade 90-an dan awal abad 21, akan tetapi sesungguhnya cikal bakalnya sudah cukup lama. Adam Smith di Abad XVIII telah memasukkan unsur modal sosial dalam kajian-kajian ilmu ekonomi liberal-kasiknya.

Modal sosial merupakan jaringan-jaringan, nilai-nilai, dan kepercayaan yang timbul di antara para anggota komunitas yang berfungsi memfasilitasi koordinasi dan kerjasama untuk manfaat bersama (*trust, norms, and networks' that facilitate cooperation for*

⁶⁶ *Ibid*, hlm. 76.

mutual benefit).⁶⁷ Dalam pandangan Putnam, modal sosial terkait dengan seperangkat “perkumpulan-perkumpulan horisontal” yang ada dalam masyarakat, di mana modal sosial terdiri atas jaringan kerja sosial, dan norma-norma yang diasosiasikan dengannya memberikan pengaruh pada produktivitas masyarakat. Selengkapnya Putnam menyatakan bahwa modal sosial adalah,

“...a set of “horizontal associations” between people: social capital consists of social networks (“networks of civic engagement”) and associated norms that have an effect on the productivity of the community”.⁶⁸

Modal sosial merupakan seperangkat perkumpulan-perkumpulan horisontal yang terdiri atas kepercayaan, norma-norma, dan jaringan-jaringan yang dapat memfasilitasi kerjasama bagi keuntungan bersama. Modal sosial berfungsi sebagai instrumen yang memfasilitasi koordinasi dan kerjasama dalam rangka keuntungan bersama dari anggota-anggota perkumpulan/komunitas.

Terhadap kerangka Putnam, Tay Keong Tan, mengelaborasi 3 (tiga) indikator penting dari modal sosial, yaitu: (1) saluran-saluran informasi dalam suatu komunitas, (2) struktur otoritas, dan (3) kondisi batas. Saluran informasi berfungsi sebagai jaringan pertukaran ide, aspirasi dan perasaan antarindividu anggota komunitas. Sementara struktur otoritas berfungsi untuk memelihara ketertiban dan stabilitas, disamping sebagai alat pengawasan atas kegiatan para anggota. Tapal batas yang dimaksudkan Putnam, lebih kepada status individu dalam mengekspresikan loyalitas dan kesepakatan. Bentuknya, dapat berupa batas-batas kultural, simbol-simbol dan praktik-praktik yang membedakan dari yang lain.⁶⁹

⁶⁷ Robert D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, Princeton, 1993, hlm. 167.

⁶⁸ *Ibid*, hlm. 171.

⁶⁹ Tay Keong Tan, “*Modal Sosial dan Lembaga-Lembaga Legislatif*”, dalam, *Panduan Parlemen Indonesia*, Yayasan Api, Jakarta, 2001, hlm. 65-67.

Kerjasama sebagai kata kunci modal sosial dikemukakan pula oleh Francis Fukuyama, yang mengartikan modal sosial sebagai, "... *an instantiated formal norm that promotes cooperation between two or more individuals*".⁷⁰ Dalam jalinan kerjasama itu akan muncul saling mempercayai, untuk selanjutnya kepercayaan antar-anggota komunitas berfungsi ibarat pelumas yang membuat jalannya komunitas/organisasi menjadi lebih efisien. Norma yang menentukan modal sosial dalam terminologi Fukuyama sangat luas. Mulai dari aturan yang mengatur hubungan dua orang teman hingga ke aturan yang dielaborasi dalam doktrin-doktrin keagamaan.⁷¹

Dalam pemahaman Bank Dunia, modal sosial menunjuk pada berbagai institusi, hubungan, dan norma yang menentukan mutu dan tingkat solidaritas hubungan-hubungan sosial dalam masyarakat.⁷² Modal sosial merupakan sebuah proses dalam komunitas yang terdiri atas beberapa unsur mendasar. *Pertama*, adanya jaringan sosial (keterlibatan para anggota kelompok). *Kedua*, adanya nilai bersama. *Ketiga*, adanya aturan-aturan bersama. *Keempat*, adanya pertemanan (pertetanggaan) atau solidaritas sosial (kohesi sosial). *Keenam*, adanya koordinasi dan kerjasama. *Ketujuh*, adanya tujuan bersama. Jadi, jelas kiranya bahwa modal sosial merupakan sebuah kebutuhan bagi terciptanya kerjasama yang produktif dalam suatu masyarakat, kelompok, komunitas, ataupun suatu asosiasi.

Modal sosial menyangkut jaringan interrelasi abstrak berupa nilai-nilai, norma-norma, jaringan-jaringan sosial, partisipasi dalam

⁷⁰ Francis Fukuyama, *Social Capital and Civil Society*, Paper, Prepared for Delivery at the IMF Conference on Second Generation Reforms, The Institute of Public Policy George Mason University <http://www.imf.org/external/pubsft/seminar/1999/reforms/fukuyama.htm>, disadur 18 Mei 2004, hlm 12.

⁷¹ Francis Fukuyama, *The Great Disruption, The Great Disruption*, CV Kalam, Yogyakarta, 2002, hlm. 22.

⁷² K. Smith, *Social Capital*, dalam http://www.infed.org/biblio/social_capital, disadur 25 Mei 2004, hlm 13.

kelompok, dan *proactivity*. Modal sosial adalah perekat untuk saling percaya (*trust*) atau dalam konteks lebih luas merujuk pada sumber daya, informasi, gagasan, dan dukungan bagi individu untuk berperan dan berinteraksi dalam kelompok sosial. Modal sosial adalah hakikat dan derajat keterlibatan individu dalam jaringan informal dan suatu organisasi formal, sehingga menjadi suatu perekat yang merajut kelompok dan masyarakat, termasuk didalamnya nilai hidup, norma dan kelembagaan aturan main yang dijunjung tinggi dan dihormati bersama.⁷³

Modal sosial secara sederhana dapat diartikan sebagai “seperangkat perkumpulan horisontal yang terdiri atas kepercayaan, nilai dan norma-norma, jaringan-jaringan sosial, dan struktur otoritas, yang berfungsi memfasilitasi kerjasama dalam komunitas sosial”. Dalam skema teori modal sosial, keseluruhan unsur modal sosial tersebut merupakan daya internal yang dimiliki sebuah komunitas untuk mengatasi bersama masalah yang dihadapi. Titik sentral modal sosial menurut Cohen dan Prusak adalah pada apa yang disebut sebagai *make cooperative action possible*.⁷⁴ Kepercayaan yang kemudian terwujud dalam bentuk kerjasama atau integrasi merupakan kata kunci mutu modal sosial suatu komunitas, yang ditandai oleh (1) adanya ikatan saling percaya, (2) adanya jaringan komunikasi yang memungkinkan terciptanya hubungan dialogis, (3) adanya nilai bersama yang memungkinkan terciptanya orientasi bersama, dimana norma sebagai aturan mainnya, dan (4) adanya struktur otoritas yang dihormati bersama.

Dalam perspektif Parsonian, mutu modal sosial sangat ditentukan oleh ada tidaknya kesepakatan nilai, kesepakatan norma,

⁷³ *Ibid*, hlm. 19.

⁷⁴ K.Smith, *Social Capital*, dalam http://www.infed.org/biblio/social_capital, disadur 25 mei 2004, hlm 9.

dan kesepakatan struktur. Kesepakatan berdimensi nilai ditandai oleh adanya “pola bersama” tentang apa yang benar, baik, dan luhur, serta yang dianggap cukup mulia untuk dipertahankan. Kesepakatan berdimensi norma ditandai oleh adanya standar aturan main bersama dan kesepakatan berdimensi struktur ditandai oleh adanya otoritas struktur yang dipercaya sebagai resolusi konflik. Menurut Parsons⁷⁵, setidaknya ada 3 (tiga) bentuk nilai dalam suatu komunitas, yakni: (1) *Cognitive*, yaitu nilai standar tentang tujuan yang ingin dicapai, ukurannya adalah benar-salah; (2) *Appreciative*, yaitu nilai tentang standar penghargaan, ukurannya adalah pantas-tidak pantas; dan (3) *Moral*, yaitu nilai tentang baik atau buruk. Motif-motif dan nilai-nilai⁷⁶ tersebut menimbulkan bentuk-bentuk tindakan yang juga berbeda-beda, yakni instrumental bagi tindakan untuk merealisasikan tujuan secara efisien, ekspresif untuk kategori tindakan yang dilakukan demi mendapatkan kepuasan emosional semata, dan moralitas bagi tindakan yang menyangkut prinsip baik atau buruk. Tindakan mana yang akan diambil sangat ditentukan oleh jenis motif dan nilai yang mendominasi pertimbangan seseorang.⁷⁷

Menurut Theodore Steeman, nilai dan norma bersama dalam suatu komunitas merupakan unsur paling mengemuka sebagai sebuah struktur yang terintegrasi.⁷⁸ Karena itu, untuk mempertahankan keutuhan dan mencapai tujuan suatu komunitas setiap anggota dituntut mengintegrasikan diri dibawah nilai dan norma yang menjadi kerangka normatif bersama. Kehidupan bersama hanya

⁷⁵ Jonathan Turner, *The Structure of Sociological Theory*, ILL: The Dorsey Press, Chicago, 1986, hlm. 61

⁷⁶ Robert N. Bellah, *Religi Tokugawa: Akar-akar Budaya Jepang, Edisi Bahasa Indonesia*, oleh W. Hafidz, Karti Sarana & Gramedia, Jakarta, 1992, hlm. 5.

⁷⁷ Jonathan Turner, *The Structure of Sociological Theory*, Chicago, ILL: The Dorsey Press, 1986, hlm. 75.

⁷⁸ Theodore M. Steeman, “*Religious Pluralism and National Integration*”, Disertation, Harvard University, 1973, hlm.14.

dapat dijalankan apabila anggota-anggotanya bersedia mematuhi dan mengikuti aturan main bersama yang telah ditentukan.⁷⁹ Prinsip dasar ini, menurut Parsons, bersifat umum dan mengendalikan semua tipe tingkah laku manusia lintas budaya.⁸⁰

Inti modal sosial terletak pada bagaimana kemampuan masyarakat dalam suatu entitas atau kelompok untuk bekerjasama membangun suatu jaringan untuk mencapai tujuan bersama yakni kerjasama. Ia dibangun atas norma dan nilai-nilai sosial yang positif dan kuat, kekuatan mana akan maksimal jika didukung oleh semangat proaktif membuat jalinan hubungan di atas prinsip-prinsip sebagai berikut.⁸¹

a. Partisipasi dalam suatu jaringan

Modal sosial bukanlah *human capital*, ia tidak hanya dibangun atas kecenderungan yang tumbuh dalam suatu kelompok. Ia merupakan norma yang dimiliki bersama yang terletak pada kecenderungan yang tumbuh dalam suatu kelompok untuk bersosialisasi sebagai bagian penting dari nilai-nilai yang melekat. Keberhasilan modal sosial tergantung bagaimana membangun jaringan hubungan sosial.

b. *Reciprocity*

Dalam konsep modal sosial, asas timbal-balik tidak hanya diartikan secara seketika sebagaimana hubungan yang dilandaskan secara kontraktual. Pertukaran kebaikan antara anggota kelompok satu terhadap yang lain tidak selalu dilakukan

⁷⁹ Eka Darmaputera, *Pancasila Identitas dan Modernitas: Tinjauan Etis dan Budaya*, BPK Gunung Mulia, Jakarta, 1988. hlm. 7.

⁸⁰ *Ibid*, hlm. 99-113.

⁸¹ Jousairi Hasbullah, *Social Capital Menuju Keunggulan Budaya Manusia*, MR-United Press. Jakarta, 2006, hlm. 9-16.

seketika, melainkan dapat pula sebagai gabungan jangka pendek dan jangka panjang. Semangat untuk saling membantu dan membalas akan menjadi faktor penentu meningkatnya kualitas modal sosial.

c. *Trust*

Trust merupakan sikap saling mempercayai di masyarakat yang memungkinkan masyarakat tersebut saling bersatu dengan yang lain memberikan pada peningkatan modal sosial.⁸² Tingkat kepercayaan antara satu anggota masyarakat dengan anggota lainnya, terhadap kelompoknya akan mendukung partisipasi masyarakat dalam rangka membangun kemajuan bersama, sebaliknya kehancuran tingkat kepercayaan tersebut akan menjadi problem sosial yang bisa menghambat pengembangan tujuan-tujuan bersama.

d. Norma-Norma Sosial

Norma merupakan sekumpulan aturan yang hidup dan diakui sebagai keadah bagi suatu entitas sosial dalam bermasyarakat. Norma biasanya ter-institusionalisasi dan mengandung sanksi sosial sehingga dapat mencegah anggota suatu masyarakat untuk menyimpanginya. Norma sosial ini akan sangat berperan mengontrol perilaku masyarakat.

e. Nilai-nilai

Nilai adalah suatu ide yang telah turun-temurun dianggap benar dan penting bagi anggota masyarakat. Nilai merupakan takaran

⁸² Francis Fukuyama, *Trust: Social Virtues And Creation Of Prosperity: Trust: Social Virtues and Creation Of Prosperity*: NY, Free Press, 1995, hlm. 78.

yang dapat digunakan untuk mengukur perilaku seseorang pada suatu sistem sosial. Nilai senantiasa memiliki konsekuensi yang *ambivalent*, dari optik yang satu dianggap positif, tetapi dari optik yang lain negatif. Nilai senantiasa berperan penting bagi kehidupan manusia dalam bermasyarakat. Biasanya terdapat nilai-nilai tertentu yang mendominasi ide yang berkembang, dan dominasi tersebut akan mempengaruhi dan membentuk *the rule of conduct*, *the rules of behaviour*, dan secara bersama-sama akan membentuk *cultural pattern*.

f. Tindakan yang Proaktif

Dalam perspektif modal sosial, tindakan proaktif memiliki tingkat kualitas yang lebih tinggi apabila dibandingkan dengan partisipasi dalam suatu jaringan. Tindakan proaktif tidak hanya menuntut seseorang untuk terlibat, melainkan juga mencari jalan bagi keterlibatan mereka dalam suatu kegiatan masyarakat. Akhirnya, dapat dikatakan bahwa negara dan modal sosial sebenarnya memiliki hubungan fungsional yang saling mendukung satu sama lain. Disatu sisi, semakin tinggi tingkat modal sosial, maka semakin tinggi pula efektivitas pembangunan disegala aspeknya, termasuk di dalamnya aspek penegakan hukum. Sebaliknya, negara dengan programnya juga dapat berperan dalam memperkuat modal sosial warganya. Negara dapat menciptakan suasana yang kondusif bagi tumbuh kembangnya kelompok-kelompok sosial dengan modal sosial yang kuat. Pemerintah pula yang paling memiliki kemungkinan untuk menyediakan infrastruktur pendorong bagi tumbuhnya masyarakat sipil yang memiliki modal sosial yang tinggi.⁸³

⁸³ Jousairi Hasbullah, *Social Capital Menuju Keunggulan Budaya Manusia*, MR-United Press. Jakarta, 2006, hlm. 45.

2. Konsep Jaringan Sosial

Jaringan sosial adalah hubungan sosial antara seorang manusia dengan manusia lainnya. Suatu jaringan sosial anggotanya dapat terdiri atas sekumpulan orang yang mewakili titik-titik hubungan sosial. Jadi satu titik atau pelaku hubungan sosial tidak harus diwakili dengan satu orang, tetapi juga bisa berupa sekumpulan/perkumpulan orang, seperti organisasi, instansi, pemerintah, atau negara.⁸⁴ Sementara itu, hubungan sosial atau saling keterhubungan menurut Ruddy Agusyanto⁸⁵ merupakan interaksi sosial yang berkelanjutan (relatif cukup lama atau permanen) yang akhirnya di antara mereka terikat satu sama lain dengan atau oleh seperangkat harapan yang relatif stabil.

Menurut Burt,⁸⁶ perhatian utama teori jaringan adalah relasi sosial atau pola objektif dari ikatan yang menyatukan anggota masyarakat (individu dan kolektif). Salah satu kekhususan teori jaringan adalah memperhatikan struktur mikro dan sampai dengan struktur makro. Jadi, aktor jaringan sosial, menurut Wellman dan Wortly, bisa orang/individu dan menurut W. Bakker, bisa pula kelompok dan masyarakat. Kaitan terjadi pada level skala besar, sosial struktural maupun pada level yang lebih mikroskopis. Yang mendasari kaitan-kaitan struktur ini adalah gagasan bahwa “aktor” (individu atau kolektif) dapat memiliki akses berlainan pada sumber-sumber bernilai seperti kekayaan, kekuasaan, dan informasi. Akibat dari itu, sistem yang terstruktur cenderung terstratifikasi dengan beberapa komponen yang saling tergantung.

⁸⁴ Ruddy Agusyanto, *Jaringan Sosial dalam Organisasi*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 13.

⁸⁵ *Ibid*, hlm.14.

⁸⁶ George Ritzer dan Douglas J. Goodman, *Sociological Theory*, Macgraw-Hill, New York, 2004, diterjemahkan oleh Nurhadi, *Teori Sosiologi; Dari Teori Sosiologi Klasik Sampai Perkembangan Mutakhir Teori Sosial Postmodern*, Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2009, hlm. 470.

Teori jaringan bersandar pada serangkaian prinsip yang berkaitan logis (B.W. Wellman, 1983)⁸⁷, sebagai berikut.

- a. Ikatan antar aktor biasanya bersifat simetris baik dalam kadar maupun intensitasnya. Aktor saling memberi hal berbeda satu sama lain, dan mereka melakukannya dengan kurang lebih intens.
- b. Ikatan antar individu harus dianalisis dalam konteks struktur jaringan yang besar.
- c. Penstrukturan ikatan sosial mengarah kepada berbagai jaringan yang tidak acak. Di satu sisi, jaringan bersifat transitif, jika terdapat ikatan antara A dengan B, dan antara B dengan C, cenderung terdapat ikatan antara A dengan C. Hasilnya adalah cenderung terdapat jaringan yang melibatkan A, B, dan C. Di sisi lain, ada batas-batas tertentu sampai dimana suatu ikatan bisa muncul dan seberapa intens ikatan tersebut. Hasilnya adalah kelompok jaringan dengan batas berbeda yang memisahkan satu kelompok dengan kelompok lain pun cenderung berkembang.
- d. Keberadaan kelompok mengarah pada fakta bahwa mungkin saja terdapat kaitan silang antar kelompok maupun antar individu.
- e. Terdapat ikatan asimetris antar elemen dalam suatu sistem, yang akibatnya sumberdaya yang berlainan terdistribusikan secara berlainan.
- f. Ketimpangan distribusi sumberdaya yang langka melahirkan kolaborasi dan kompetisi. Beberapa kelompok menjadi satu untuk mendapatkan sumberdaya yang langka tersebut secara berkolaboratif, sementara itu beberapa kelompok lain

⁸⁷ *Ibid*, hlm. 471.

berkonflik untuk memperebutkan sumberdaya yang langka tersebut. Dengan demikian, teori jaringan memiliki sifat yang dinamis, dengan struktur sistem yang berubah seiring dengan perubahan pola koalisi dan konflik.

Jaringan secara umum dapat dipahami sebagai kategori organisasi formal, dimana tidak ada sumber formal dari otoritas yang berdaulat, dapat pula jaringan dipahami sebagai serangkaian hubungan atau aliansi informal di antara berbagai organisasi yang masing-masing mungkin bersifat hierarki, tetapi berhubungan satu dengan yang lain melalui hubungan-hubungan kontraktual vertikal. Jika jaringan dipahami bukan sebagai tipe organisasi formal, tetapi sebagai *social capital*, maka jaringan sosial merupakan hubungan moral kepercayaan.⁸⁸ Selanjutnya dikatakan jaringan sebagai modal sosial adalah sekelompok agen-agen individual yang berbagi norma-norma atau nilai-nilai informal melampaui nilai-nilai atau norma-norma yang penting untuk transaksi-transaksi pasar (kepentingan) biasa.

Norma-norma dan nilai-nilai yang tercakup dalam definisi ini bisa berkembang dari norma resiprositas sederhana yang dimiliki bersama di antara dua orang teman hingga sistem nilai yang kompleks yang diciptakan oleh organisasi formal atau non formal, misalnya LSM untuk mencapai tindakan terkoordinasi atas dasar nilai-nilai bersama.⁸⁹

⁸⁸ Francis Fukuyama, *The Great Disruption Human Nature and The Reconstitution of Social Order*, Profile Books, London, 2000, Terjemahan Ruslani, *The Great Disruption*, Yogyakarta, C.V. Qalam, 2002, hlm. 324.

⁸⁹ *Ibid*, hlm. 325.

3. Pengaruh Jaringan Sosial sebagai Bagian Modal Sosial dalam Penegakan Hukum

Kajian modal sosial pada masa ini telah menyita perhatian dalam suatu unit sosial, berlangsungnya pola-pola hubungan timbal balik, yang didasarkan oleh prinsip-prinsip kebajikan bersama (*social virtue*), simpati dan *emphaty* (*altruisme*), serta tingkat kohesitas hubungan antar individu dalam suatu kelompok sosial.⁹⁰ Inti modal sosial terletak pada bagaimana kemampuan masyarakat dalam suatu entitas atau kelompok untuk bekerjasama membangun suatu jaringan untuk mencapai tujuan bersama. Ia dibangun atas norma-norma dan nilai-nilai sosial yang positif dan kuat.

Faktor kultural, khususnya modal sosial, menempati posisi yang sangat perifer sebagai faktor yang menentukan kualitas manusia.⁹¹ Kualitas manusia tentu merupakan faktor yang amat penting bagi penegakan hukum. Di samping substansi hukum (*legal substance*), penegakan hukum tidak akan lepas dari kualitas kedua subsistemnya yaitu *legal culture* dan *legal structure*. Kualitas manusia menentukan berhasil tidaknya penegakan hukum dari segi budaya hukum dan struktur hukum itu sendiri. Dengan kata lain, rendahnya modal sosial yang dimiliki suatu bangsa akan mempengaruhi berhasil tidaknya upaya penegakan hukum yang dilakukan, termasuk juga dalam upaya perlindungan konstitusional yang dijalankan oleh negara, khususnya oleh lembaga yudikatif.

Modal sosial juga memiliki keterkaitan erat dengan efektivitas pelaksanaan suatu putusan pengadilan. Modal sosial yang tinggi

⁹⁰ Fukuyama, *The Great Disruption Human Nature and The Reconstitution of Social Order*, Profile Books, London. 2000, Terjemahan Ruslani, *The Great Disruption*, Yogyakarta, C.V.Qalam, 2002, hlm 4.

⁹¹ Francis Fukuyama, *Social Capital and Development: The Coming Agenda*, SAIS Review XXX(1), 2002, hlm 23-27.

dan adanya jaringan sosial yang kuat akan membawa dampak pada tingginya partisipasi organisasi formal atau organisasi nonformal maupun masyarakat sipil dalam berbagai bentuknya.⁹² Masyarakat yang memiliki modal sosial yang tinggi akan memiliki sikap harmonis serta menunjang program-program negara dalam masyarakat, tidak terkecuali terhadap kebijakan-kebijakan yang mendukung upaya perlindungan konstitusional masyarakat.

Partisipasi aktif masyarakat yang memiliki modal sosial yang tinggi dalam suatu masyarakat akan dapat meminimalisir berbagai bentuk tindakan yang anti dan menyimpang dari amanat konstitusi. Dalam masyarakat yang memiliki tingkat modal sosial yang tinggi, maka partisipasi masyarakat tidak hanya bersifat pasif, melainkan aktif, bahkan cenderung proaktif. Sikap proaktif ini berjalan dalam rangkaian jaringan yang satu sama lain saling mempercayai dalam kondisi yang dinamis selaras dengan arus nilai yang sama.

Dalam konteks Indonesia, Jousairi Hasbullah⁹³ menyatakan bahwa kehidupan dan perilaku budaya sebagian besar suku-suku di Indonesia sangat kental dengan budaya yang bernuansa *inward looking and bonding*. Koherensi dan kohesivitas sosial terjadi dalam suatu entitas sempit, karena itu jaringan-jaringan sosial pun tercipta dalam batas lingkaran primordial dan ditujukan terutama untuk kepentingan ritual dan kelestarian budaya. Dalam kondisi yang demikian kohesif ke dalam telah melahirkan keterasingan budaya dan berakulturasi dengan budaya lain. Pola budaya yang demikian tentu saja miskin modal sosial dan miskin *trust*. Dampak buruk ini dapat teratasi apabila ada kesamaan nilai-nilai yang hendak dipertahankan bersama.

⁹² Jousairi Hasbullah, *Social Capital Menuju Keunggulan Budaya Manusia Indonesia*, MR-United Press, Jakarta, 2006, hlm 44.

⁹³ *Ibid*, hlm 89.

BAB III

DASAR PERTIMBANGAN HAKIM MK MEMBUAT PUTUSAN YANG BERSIFAT *POSITIVE LEGISLATURE*



Pelaksanaan Kewenangan MK

MK mempunyai 4 (empat) kewenangan dan 1 (satu) kewajiban sebagaimana diatur dalam Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945. Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyebutkan secara eksplisit mengenai kewenangan tersebut, yaitu: (1) menguji UU terhadap UUD; (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD; (3) memutus pembubaran partai politik; dan (4) memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum. Selanjutnya, kewajiban MK diatur dalam Pasal 24C ayat (2) UUD yang menyatakan “*Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD.*”

Sejak berdirinya MK tanggal 13 Agustus tahun 2003, MK telah menangani/memutus perkara yang berkaitan dengan

kewenangan konstitusionalnya, yaitu: (1) menguji UU terhadap UUD; (2) memutus sengketa kewenangan lembaga negara; dan (3) memutus perselisihan hasil Pemilu. Setelah lahirnya UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua UU No. 32 Tahun 2004, kewenangan MK bertambah satu yaitu berwenang mengadili perselisihan hasil Pemilu Kepala Daerah (Pasal 236 C UU No. 12 Tahun 2008). Kewenangan tersebut secara efektif telah berlaku sejak 1 November 2008 lewat serah terima resmi MA kepada MK tanggal 29 Oktober 2008.

Pelaksanaan kewenangan MK tersebut kemudian diatur dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK jo. UU No. 8 Tahun 2011, dan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK) yang berfungsi sebagai pedoman beracara demi kelancaran pelaksanaan kewenangan konstitusional MK. PMK tersebut antara lain:

- a. PMK Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-Undang.
- b. PMK Nomor 08/PMK/2006 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Sengketa Kewenangan Lembaga Negara.
- c. PMK Nomor 15 Tahun 2008 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilu Kepala Daerah.
- d. PMK Nomor 16 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilu anggota DPR, DPD, dan DPRD.
- e. PMK Nomor 17 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Perselisihan Hasil Pemilu Presiden dan Wakil Presiden.
- f. PMK Nomor 18 Tahun 2009 tentang Pedoman Pengajuan Permohonan Elektronik (*Electronic Filling*) dan Pemeriksaan Persidangan Jarak Jauh (*Video Conference*).

- g. PMK Nomor 19 Tahun 2009 tentang Tata Tertib Persidangan.
- h. PMK Nomor 21 Tahun 2009 tentang Pedoman Beracara dalam Memutus Pendapat DPR, mengenai Dugaan Pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut UUD1945.¹

Dalam melaksanakan kewenangannya, MK telah menegaskan diri sebagai lembaga negara pengawal demokrasi (*the guardian of democracy*) yang menjunjung prinsip peradilan yang menegakkan keadilan substantif dalam setiap putusannya.² MK selalu berupaya menegakkan keadilan substantif dalam pelaksanaan kewenangannya. Hal tersebut terlihat dari putusan-putusan MK yang diterima oleh para pihak yang berperkara, baik yang kalah atau yang menang. Bagi pihak yang kalah, putusan MK diterima dan ditaati karena putusan itu diambil dalam proses peradilan yang terbukti transparan, tidak memihak, dan dapat dipertanggung-jawabkan secara hukum, moral, bahkan secara ilmiah.

Dalam kerangka mewujudkan keadilan substantif melalui pelaksanaan kewenangannya, MK tidak hanya bersandarkan pada semangat legalitas formal UU semata, tetapi juga konsisten untuk tanggungjawab mewujudkan tujuan norma hukum itu sendiri, yakni nilai substantifnya. Jika Gustav Radbruch menyebut adanya 3 (tiga) nilai mendasar dari hukum yang harus ditegakkan, yaitu keadilan, kepastian, dan kemanfaatan, maka dalam setiap putusannya, MK memperhatikan dengan sungguh-sungguh ketiga nilai dasar hukum

¹ Mahkamah Konstitusi, *Laporan Tahunan 2010 Meambangun demokrasi Substantif Meneguhkan Integritas Institusi*, Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan MK, 2010, hlm 10.

² Mahkamah Konstitusi, *Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif*, Laporan Tahunan MK, Jakarta, 2009, hlm.8.

tersebut. Memang, kendatipun ketiganya merupakan nilai dasar hukum yang penting tetapi sangat mungkin terjadi ketegangan antara satu nilai dengan nilai lainnya karena satu sama lain mengandung potensi untuk bertentangan. Keadaan demikian bisa dipahami karena ketiga nilai dasar hukum tersebut berisi tuntutan yang berlainan. Karena itu pula, MK mempertimbangkan pilihan atas nilai dasar hukum itu dengan cermat, dalam arti disesuaikan atau tergantung pada karakteristik kasus per kasus. Dalam suatu perkara, sangat mungkin prinsip kepastian hukum diabaikan manakala itu dipilih tetapi tidak menimbulkan kemanfaatan dan keadilan. Begitu pula, jika keadilan dipandang harus lebih dikedepankan, kemanfaatan dapat ditinggalkan. Atau, MK akan mengombinasikan ketiga-tiganya secara proporsional dengan argumentasi yang dapat dipertanggungjawabkan.

Menurut MK, nilai keadilan yang ingin dicapai tidak semata-mata keadilan prosedural, yakni keadilan yang dicapai melalui pembacaan rumusan teks UU semata. Keadilan yang ingin ditegakkan MK adalah sebagai keadilan yang sesungguhnya, keadilan yang substansial, hakiki, serta diakui, dirasakan, dan hidup dalam masyarakat. Menurut Roger Cotterrell,³ adalah kewajiban hakim untuk memahami, menggali nilai dan rasa keadilan, yang ada di masyarakat (*already exist*). Keadilan itu bukan hanya mewakili atau milik mayoritas saja, tetapi juga menjadi milik sekaligus melindungi minoritas. Jadi, dalam perspektif Penulis, ukuran utama keadilan itu adalah penerimaan pihak-pihak yang berperkara terhadap putusan pengadilan. Setiap putusan pengadilan pasti membuahkan pro dan kontra, karena selalu ada pihak yang kalah dan menang, ada yang

³ Roger Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction to Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992, hal. 29.

puas dan tidak puas. Pihak-pihak yang kecewa dapat menerima dan menaati putusan manakala proses peradilannya diyakini digelar secara adil, jujur, transparan, dan terbuka untuk umum, maka penerimaan pihak-pihak tersebut sudah mendekati kepada nilai keadilan yang diharapkan. Prinsip keadilan substantif itulah yang juga selalu diterapkan dalam perkara pengujian UU.

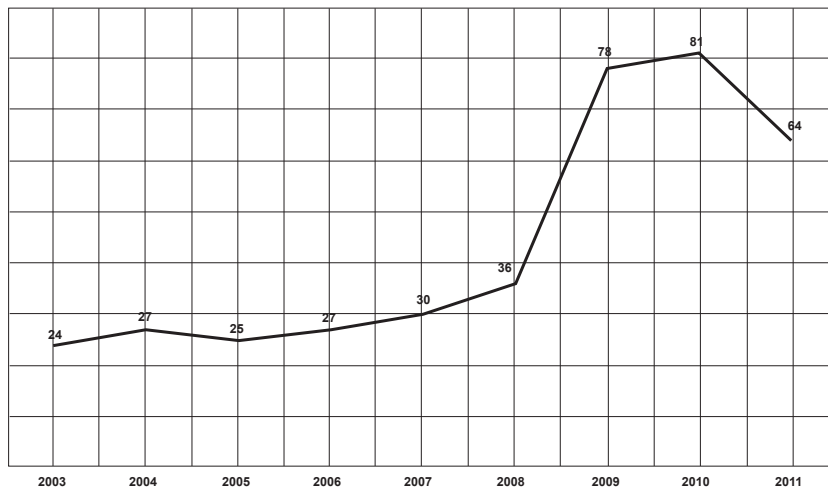
Untuk mendukung paradigma penegakan keadilan substantif tersebut, MK melakukan berbagai hal, termasuk dengan pengorganisasian teknis persidangan. *Pertama*, MK menyediakan fasilitas konsultasi dan permohonan *online*, baik melalui internet, surat elektronik, atau faksimile. Hal itu dimaksudkan untuk memudahkan akses masyarakat kepada MK sehingga jarak dan waktu tidak lagi menjadi kendala. Meskipun untuk kepentingan pengesahan, MK tetap mensyaratkan dokumen permohonan asli untuk diserahkan ke MK. *Kedua*, MK menyediakan fasilitas persidangan jarak jauh (*video conference*) yang diletakkan di berbagai perguruan tinggi hukum di seluruh Indonesia sehingga untuk mengikuti persidangan, pihak yang berperkara tidak harus selalu datang di Gedung MK. *Ketiga*, MK membuat terobosan dengan menempatkan putusan sela dalam pengujian UU sebagai sebelum putusan akhir dijatuhkan. *Keempat*, MK mengakomodir kemajuan teknologi, informasi, dan komunikasi yang berkembang sangat pesat untuk mendukung kelancaran persidangan. *Kelima*, untuk menjalankan prinsip *audi et alteram partem* sekaligus menjaga proses peradilan tetap *fair*, MK memanggil pihak-pihak yang berkepentingan dengan perkara untuk didengar keterangannya di dalam persidangan.

Registrasi Perkara dan Pelaksanaan Pengujian UU

Jumlah perkara pengujian Undang-Undang (PUU) yang diterima MK sejak tahun 2003 sampai dengan 22 September 2011 adalah 392 perkara.⁴ Perkembangan perkara PUU yang diregistrasi sejak tahun 2003 sampai dengan 22 September 2011 dapat dilihat pada grafik berikut.

Diagram 1

Jumlah Perkara yang Diregistrasi 2003 s.d.
22 September 2011

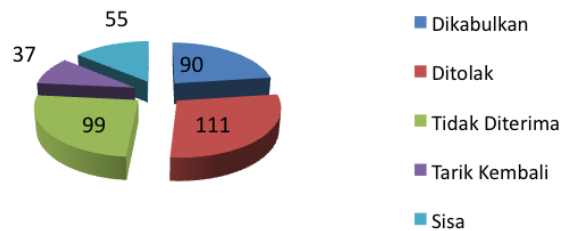


Dari jumlah putusan MK dalam PUU tersebut, jika dilihat dari variasi amar putusan dapat disajikan dengan diagram berikut.

⁴ Rekapitulasi Perkara PUU, www.mahkamahkonstitusi.go.id, diunduh pada 22 September 2011, hlm 1.

Diagram 2

Prosentase Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang sejak Tahun 2003 s.d. 22 September 2011



Sejak 2003 sampai dengan 22 September 2011, MK telah memutus sebanyak 337 perkara. Dari jumlah tersebut, 90 perkara dikabulkan, 111 perkara ditolak, 99 perkara tidak diterima, 37 perkara ditarik kembali oleh pemohon, dan 55 perkara yang belum disidangkan.⁵ Keseluruhan UU yang diuji di MK sejak tahun 2003 sampai 22 September tahun 2011 sebanyak 166 UU. Apabila dicermati, dari sebanyak 166 UU, UU No. 10 tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD paling banyak dimohonkan pengujian yakni sebanyak 24 kali dan UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.⁶ Dari kenyataan tersebut, kiranya UU yang substansinya mengatur mengenai pemerintahan daerah dan politik lebih banyak diajukan ke MK, dibandingkan UU dengan substansi yang lain.

Dilihat dari frekuensi UU yang paling banyak diuji, dapat disajikan pada tabel di bawah ini.

⁵ *Ibid*, hlm 1.

⁶ Mahkamah Konstitusi, *Laporan Tahunan 2010 Membangun demokrasi Substantif Meneguhkan Integritas Institusi*, Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan MK, 2010, hlm 24.

Tabel 4 Frekuensi Pengujian Undang-Undang Tahun 2003 s.d.
2011

No.	Nama Undang-Undang	Frekuensi
1	UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah	24 kali
2	UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD	24 kali
3	UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah	11 kali
4	UU No.30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	11 kali
5	UU No. 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana	10 kali

Sumber : Laporan Tahunan MK 2010

Conditionally Constitutional: suatu Varian Putusan MK

Di samping menolak, mengabulkan, atau tidak menerima, terdapat beberapa putusan MK yang amar putusannya menyatakan suatu norma bersifat *conditionally*, baik *conditionally constitutional* maupun *conditionally unconstitutional*. Putusan yang *conditionally constitutional* artinya suatu norma dalam UU dianggap konstitusional atau tidak bertentangan dengan konstitusi bila dimaknai sesuai dengan yang ditentukan MK. Sedangkan, putusan yang *conditionally unconstitutional* berarti bahwa suatu norma dalam UU dianggap bertentangan dengan konstitusi bila tidak sesuai dengan apa yang ditentukan MK.

Dari penelusuran yang dilakukan terhadap putusan MK sejak tahun 2003 sampai dengan 22 September 2011, didapatkan putusan-putusan *conditionally* yang dapat dilihat sebagaimana pada tabel berikut.

Tabel 5 Daftar Putusan *Conditionally Constitutional* dan *Conditionally Unconstitutional* MK dalam PUU 2003
s.d. 22 September 2011

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
1	No. 058-059-060-063/ PUU-II/2004 dan No. 008/PUU-III/ 2005	Pengujian UU No.7 tahun 2004 tentang Sumber Daya Air	Menyatakan pelaksanaan UU No. 7 Tahun 2004 tanpa Pasal 7, Pasal 9, Pasal 40 ayat (4), Pasal 45 ayat (3), serta Pasal 98, menjadi sulit dan tidak memiliki kekuatan hukum
2	No. 019-020/PUU- III/2005	Pengujian UU No.39 Tahun 2004 tentang Penempatan dan Perlindungan Tenaga Kerja Indonesia di Luar Negeri	Menyatakan Pasal dan/ayat dalam UU No.39 Tahun 2004 yang diuji berentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
3	No. 003/PUU-IV/2006	Pengujian UU No.31 Tahun 1999 jo UU No.20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	Menyatakan Penjelasan Pasal 2 ayat (1) UU No.31 Tahun 1999 jo UU No.20 Tahun 2001 berentangan dengan UUD NKRI tahun 1945, tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat, memerintahkan pemuatan putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya, menolak permohonan Pemohon selebihnya
4	No. 006/PUU-IV/2006	Pengujian UU No. 27 tahun 2004 ten-tang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi	Menyatakan Pasal dan/ayat dalam UU No. 27 tahun 2004 yang diuji tidak mempunyai kekuatan hukum

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
5	No.005/PUU-V/2007	Pengujian UU No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah	Menyatakan Pasal dan/ ayat dalam UU No.32 Tahun 2004 yang diuji bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang hanya memberi kesempatan kepada partai politik atau gabungan partai politik dan menutup hak konstitusional calon perseorangan dalam Pilkada
6	No.018/PUU-V/2007	Pengujian UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilhan Hak Asasi Manusia	Menyatakan Penjelasan Pasal 43 ayat (2) UU No. 26 Tahun 2000, sepanjang mengenai kata “dugaan” bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat
7	No.021-022/PUU-V/2007	Pengujian UU No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal	Menyatakan UU No.25 Tahun 2007 Pasal 22 Ayat (1),(2), dan (4) bertentangan dengan UUD 1945,tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat
8	No.003/PUU-VI/2008	Pengujian UU No. 28 Tahun 2007 tentang Ketentuan Umum dan Tatacara Perpajakan	Menyatakan Penjelasan Pasal 34 ayat (2a) huruf b UU No.28 Tahun 2007 tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat
9	No.010/PUU-VI/2008	Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah	Menyatakan Pasal 12 huruf c UU No.10 Tahun 2008 tetap mempunyai kekuatan hukum mengikat

*Dasar Pertimbangan Hakim MK Membuat Putusan yang Bersifat
Positive Legislature*

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
10	No. 013/PUU-VI/2008	Pengujian UU No. 16 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 45 Tahun 2007 tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara Tahun Anggaran 2008	Menyatakan Pasal dan/ayat dalam Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2008 yang diuji bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
11	No. 054/PUU-VI/2008	Pengujian UU No. 39 Tahun 2007 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1995 tentang Cukai	Menyatakan Pasal 66A ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2007 bertentangan secara bersyarat dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
12	No.004/PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah	<p>Menyatakan Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf f UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32 tentang Pemerintahan Daerah bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (<i>conditionally unconstitutional</i>).</p> <p>Menyatakan Menyatakan Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf UU No. 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32 tentang Pemerintahan Daerah tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang tidak memenuhi syarat-syarat: (i) bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (<i>electd officials</i>);</p> <p>(ii) berlaku terbatas jangka waktunya hanya selama 5 (lima) tahun sejakmantan terpidana selesai menjalani hukumannya; (iii) dikecualikan bagi mantan terpidana yang secara terbuka dan jujur mengemukakan kepada publik bahwa yang bersangkutan mantan narapidana; (iv) bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.</p>
13	No.101/PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat	<p>Menyatakan Pasal 4 ayat (1) UU No. 18 Tahun 2003 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945</p>

*Dasar Pertimbangan Hakim MK Membuat Putusan yang Bersifat
Positive Legislature*

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
14	No.102/PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden	<p>Menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 adalah konstitusional sepanjang diartikan mencakup warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dengan syarat dan cara sebagai berikut:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Selain Warga Negara Indonesia yang terdaftar dalam DPT, Warga Negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan menunjukkan Kartu Tanda Penduduk (KTP) yang masih berlaku atau Paspor yang masih berlaku bagi Warga Negara Indonesia yang berada di luar negeri; 2. Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP harus dilengkapi dengan Kartu Keluarga (KK) atau nama sejenisnya;
			<ol style="list-style-type: none"> 3. Penggunaan hak pilih bagi Warga Negara Indonesia yang menggunakan KTP yang masih berlaku hanya dapat digunakan di Tempat Pemungutan Suara (TPS) yang berada di RT/RW atau nama sejenisnya sesuai dengan alamat yang tertera di dalam KTP-nya; 4. Warga Negara Indonesia sebagaimana disebutkan dalam angka 3 di atas, sebelum menggunakan hak pilihnya, terlebih dahulu mendaftarkan diri pada KPSS setempat; 5. Warga Negara Indonesia yang akan menggunakan hak pilihnya dengan KTP atau Paspor dilakukan pada 1 (satu) jam sebelum selesainya pemungutan suara di TPS atau TPS Luar Negeri setempat.

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
15	No.110-111-112-113/ PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 10 Tahun 2008	<p>Menyatakan Pasal 205 ayat (4) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (<i>conditionally constitutional</i>). Artinya, konstitusional sepanjang dimaknai bahwa penghitungan tahap kedua untuk penetapan perolehan kursi DPR bagi parpol peserta Pemilu dilakukan dengan cara sebagai berikut:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Menentukan kesetaraan 50% (lima puluh perseratus) suara sah dari angka BPP, yaitu 50% (lima puluh perseratus) dari angka BPP di setiap daerah pemilihan Anggota DPR; 2) Membagikan sisa kursi pada setiap daerah pemilihan Anggota DPR kepada Partai Politik peserta Pemilu Anggota DPR, dengan ketentuan: 3) Apabila suara sah atau sisa suara partai politik peserta Pemilu Anggota DPR mencapai sekurang-kurangnya 50% (lima puluh perseratus) dari angka BPP, maka Partai Politik tersebut memperoleh 1 (satu) kursi.
			<ol style="list-style-type: none"> 4) Apabila suara sah atau sisa suara partai politik peserta Pemilu Anggota DPR tidak mencapai sekurang-kurangnya 50% (lima puluh perseratus) dari angka BPP dan masih terdapat sisa kursi, maka: <ol style="list-style-type: none"> a) Suara sah partai politik yang bersangkutan dikategorikan sebagai sisa suara yang dipertahankan dalam penghitungan kursi tahap ketiga; dan
			<ol style="list-style-type: none"> b) Sisa suara partai politik yang bersangkutan dipertahankan dalam penghitungan kursi tahap ketiga. <ul style="list-style-type: none"> • Menyatakan Pasal 211 ayat (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (<i>conditionally constitutional</i>). Artinya, konstitusional sepanjang dilaksanakan dengan cara sebagai berikut:

*Dasar Pertimbangan Hakim MK Membuat Putusan yang Bersifat
Positive Legislature*

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
			<p>1) Menentukan jumlah sisa kursi yang belum terbagi, yaitu dengan cara mengurangi jumlah alokasi kursi di daerah pemilihan Anggota DPRD Provinsi tersebut dengan jumlah kursi yang telah terbagi berdasarkan penghitungan tahap pertama.</p> <p>2) Menentukan jumlah sisa suara sah partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Provinsi tersebut, dengan cara:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. Bagi partai politik yang memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, jumlah suara sah partai politik tersebut dikurangi dengan hasil perkalian jumlah kursi yang diperoleh partai politik pada tahap pertama dengan angka BPP. b. Bagi partai politik yang tidak memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, suara sah yang diperoleh Partai Politik tersebut dikategorikan sebagai sisa suara.

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
			<ul style="list-style-type: none"> • Menetapkan perolehan kursi partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Provinsi, dengan cara membagikan sisa kursi kepada partai politik peserta Pemilu Anggota DPRD Provinsi satu demi satu berturut-turut sampai semua sisa kursi habis terbagi berdasarkan sisa suara terbanyak yang dimiliki oleh Partai Politik. • Menyatakan Pasal 212 ayat (3) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (<i>conditionally constitutional</i>). Artinya, konstitusional sepanjang dilaksanakan dengan cara sebagai berikut: • Menentukan jumlah sisa kursi yang belum terbagi, yaitu dengan cara mengurangi jumlah alokasi kursi di daerah pemilihan Anggota DPRD Kabupaten/Kota tersebut dengan jumlah kursi yang telah terbagi berdasarkan penghitungan tahap pertama. • Menentukan jumlah sisa suara sah partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Kabupaten/Kota tersebut, dengan cara: <ol style="list-style-type: none"> a) Bagi partai politik yang memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, jumlah suara sah partai politik tersebut dikurangi dengan hasil perkalian jumlah kursi yang diperoleh partai politik pada tahap pertama dengan angka BPP.

Dasar Pertimbangan Hakim MK Membuat Putusan yang Bersifat
Positive Legislature

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
			<p>b) Bagi partai politik yang tidak memperoleh kursi pada penghitungan tahap pertama, suara sah yang diperoleh partai politik tersebut dikategorikansesbagai sisa suara.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Menetapkan perolehan kursi partai politik peserta pemilu Anggota DPRD Kabupaten/Kota, dengan cara membagikan sisa kursi kepada Partai Politik peserta Pemilu Anggota DPRD Kabupaten/Kota satu demi satu berturut-turut sampai semua sisa kursi habis terbagi berdasarkan sisa suara terbanyak yang dimiliki oleh Partai Politik. • Memerintahkan Komisi Pemilihan Umum melaksanakan penghitungan perolehan kursi DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota tahap kedua hasil pemilihan umum tahun 2009 berdasarkan Putusan Mahkamah ini.
16	No.115/PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan	Menyatakan Pasal 120 ayat (1) dan ayat (2) Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2003 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, konstitusional bersyarat (<i>conditionally constitutional</i>), dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat
17	No.117/PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPR, DPD, dan DPRD	Menyatakan Pasal 14 ayat (1),(2),(3),(4),(5) Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2009 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
18	No.133/PUU-VII/2009	Pengujian UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	Menyatakan Pasal 32 ayat (1) huruf c UU No. 30 Tahun 2002 adalah bertentangan dengan UUD 1945 secara bersyarat (<i>conditionally unconstitutional</i>), kecuali harus dimaknai pimpinan KPK berhenti atau diberhentikan secara tetap setelah dijabat pidana berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap
19	No.006-013-020/PUU-VIII/2010	Pengujian UU No. 4/PNPS/1963 tentang Pengamanan Barang-barang Cetak yang Isinya dapat MenggangguKerertiban Umum <i>jincto</i> Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1969 tentang Pernyataan Berbagai Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden sebagai Undang-Undang	Menyatakan Pasal dan/ayat dalam Undang-Undang Nomor4/PNPS/1963 yang bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat

Dasar Pertimbangan Hakim MK Membuat Putusan yang Bersifat
Positive Legislature

No.	No. Putusan	Perihal	Isi Putusan
20	No.027/PUU-VIII/2010	Pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah	Menyatakan Pasal 218 ayat (3) UU Nomor 10 Tahun 2008 bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (<i>conditionally unconstitutional</i>)
21	No.049/PUU-VIII/2010	Pengujian UU No. 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia	Menyatakan Pasal 22 ayat (1) huruf d UU Nomor 16 Tahun 2004 adalah sesuai dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara bersyarat (<i>conditionally constitutional</i>)

Dasar Pertimbangan Hakim MK dalam Membuat Putusan yang Bersifat *Positive Legislature*

a). Putusan MK Nomor 102/PUU-VII/2009

“Pilpres Boleh Menggunakan Hak Pilih dengan Menunjukkan KTP atau Paspor”, demikian kiranya kalimat untuk menggambarkan amanat Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009. Dalam putusan yang diucapkan di Ruang Sidang Pleno MK pada hari Senin 6 Juli 2009 atau tepatnya dua hari menjelang proses pemungutan suara Pilpres tahun 2009 berlangsung, MK mengabulkan sebagian permohonan Pemohon, yakni Refly Harun dan Maheswara Prabandono, atas pengujian UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Presiden dan Wakil Presiden (Pilpres). Melalui putusan tersebut, MK menyatakan Pasal 28 dan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilu Umum Presiden dan Wakil Presiden adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*).

Dalam permohonan tertanggal 24 Juni 2009, Pemohon⁷ mendalilkan bahwa keberadaan Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) UU 42/2008 berpotensi merugikan hak konstitusional para Pemohon, khususnya hak memilih (*the right to vote*). Pasal 28 UU Pilpres tersebut menyatakan, “Untuk dapat menggunakan hak memilih, Warga Negara Indonesia sebagaimana dimaksud dalam Pasal 27 harus terdaftar sebagai Pemilih.” Sementara Pasal 111 ayat (1) menyatakan, “Pemilih yang berhak mengikuti pemungutan suara di TPS meliputi: (a) Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tetap pada TPS yang bersangkutan; dan (b) Pemilih yang terdaftar pada Daftar Pemilih Tambahan.” Para Pemohon terancam tidak dapat menggunakan hak memilih dalam

⁷ Lihat Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009.

Pilpres yang digelar tanggal 8 Juli 2009 oleh karena namanya tidak tercantum dalam Daftar Pemilih Tetap (DPT).

Menurut Pemohon, kesalahan atau kelalaian penyelenggara Pemilu, pada konteks ini dalam menyusun DPT, seharusnya tidak ditimpakan akibatnya kepada warga negara, karena menyebabkan warga negara kehilangan hak pilihnya. Padahal, hak konstitusional warga negara untuk memilih dan dipilih (*right to vote and right to be candidate*) adalah hak yang dijamin oleh konstitusi, UU, maupun konvensi internasional. Karena itu, pembatasan, penyimpangan, peniadaan, dan penghapusan akan hak tersebut merupakan pelanggaran terhadap hak asasi warga negara. Hal itu pula yang pernah menjadi pertimbangan MK dalam Putusan Nomor 011-017/PUU-I/2003 tanggal 24 Februari 2004. Sehubungan dengan itu, Pemohon menyatakan keberadaan Pasal 28 dan Pasal 111 UU No. 42 tahun 2008 bertentangan dengan Pasal 27 ayat (1) serta Pasal 28D ayat (1) dan ayat (3) UUD 1945. Oleh karena itu, para Pemohon dalam petitum permohonan meminta agar:

“Menyatakan Pasal 28 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4924) bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat; dan Menyatakan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2008 Nomor 176, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4924) bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat,

atau setidaknya-tidaknya menyatakan bahwa Pasal 111 ayat (1) harus dibaca bahwa mereka yang tidak tercantum dalam DPT pun tetap dapat memilih sepanjang telah berusia 17 tahun dan/atau sudah kawin.”

Dalam pertimbangan hukum putusan tersebut, MK menyatakan bahwa hak-hak warga negara untuk memilih telah ditetapkan sebagai hak asasi manusia dan hak konstitusional warga negara (*constitutional rights of citizen*) sehingga oleh karenanya hak konstitusional tersebut tidak boleh dihambat atau dihalangi oleh berbagai ketentuan dan prosedur administratif apapun, dalam hal ini mempersulit warga negara untuk menggunakan hak pilihnya. MK menilai bahwa ketentuan yang mengharuskan seorang warga negara terdaftar sebagai pemilih dalam DPT adalah lebih merupakan prosedur administratif semata dan karenanya pula tidak boleh hal administratif tersebut menafikan hal-hal yang bersifat substansial, yang dalam hal ini adalah hak warga negara untuk memilih (*right to vote*) dalam Pilpres.

Pada sisi lain, dalam konteks Pilpres 2009, mendesakny waktu pelaksanaan pemungutan suara Pilpres menyebabkan pembenahan DPT melalui pemutakhiran data sangat sulit dilakukan oleh KPU. Terkait dengan kondisi tersebut, dalam rangka tetap menjaga pemenuhan hak konstitusional warga negara dan tidak menimbulkan kerugian hak konstitusional warga negara, MK memandang bahwa penggunaan KTP atau Paspor yang masih berlaku untuk memilih adalah solusi yang paling logis, bahkan juga umum diterapkan dalam pemilu di negara-negara lain. Tentu pilihan MK dalam waktu yang sangat mepet ini memiliki banyak resiko dalam penyelenggaraan pemilu, baik di tataran pelaksana pusat sampai di tingkat Tempat Pemungutan Suara (TPS).

Dalam konklusinya MK menyatakan bahwa Permohonan para Pemohon terhadap Pasal 28 dan Pasal 111 UU No. 42 Tahun 2008 beralasan hukum, namun MK menilai bahwa permohonan para Pemohon adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) sepanjang tidak menghilangkan hak pilih warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dalam Pilpres. Menyadari potensi-potensi kekacauan dalam penyelenggaraan pemungutan suara dalam Pilpres tersebut, maka akhirnya MK melekatkan seperangkat amar yang sesungguhnya mengandung muatan *positive legislature* (menemukan norma baru dan bersifat mengatur) yang dituangkan dalam amar putusan.

Menurut Penulis, pertimbangan yang digunakan hakim MK dalam Putusan No. 004/PUU-VII/2009 adalah sebagai berikut.

- (1) Norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, karena kehadiran moral dalam hukum dilambangkan keadilan; dan
- (2) Secara yuridis yang tercantum dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 tahun 2008. Serta Pasal 58 huruf f UU No 12 tahun 2008 menyebabkan pemohon sebagai warga negara Indonesia seumur hidup tidak memungkinkan dirinya menjadi anggota DPR, DPD, DPRD, Kepala daerah dan wakil kepala daerah sehingga secara *expressis verbis* telah melanggar prinsip “persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan” sebagaimana tercantum dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945.

Pada sisi inilah progresivitas putusan MK mengemuka. Dengan alasan mepetnya waktu dan juga karena dimungkinkan

menurut Pasal 54 UU MK, MK menentukan untuk tidak perlu mendengar keterangan Pemerintah maupun DPR dalam persidangan sebagaimana prosedur biasanya. Didasari oleh urgensi perkara, MK memutuskan untuk memeriksa dan memutus secara cepat yakni pada hari yang sama ketika perkara *a quo* diperiksa. Dalam hal ini, menurut hemat Penulis, MK telah melakukan praktik *judicial activism* dalam rangka menegakkan supremasi konstitusi dan demokrasi serta demi menegakkan keadilan substantif.

b). Putusan MK Nomor 4/PUU-VII/2009

Robertus adalah perseorangan warga negara Indonesia, mantan narapidana yang merasa hak konstitusionalnya dilanggar oleh salah satu persyaratan menjadi anggota DPD, DPR, dan DPRD sebagaimana diatur dalam Pasal 12 huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD. Pasal tersebut menyatakan,

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

Lebih lanjut dalam Pasal 50 ayat (1) huruf g juga ditegaskan kembali bahwa

“Bakal calon anggota DPR, DPRD provinsi, dan DPRD Kab./Kota harus memenuhi persyaratan: tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena

melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih”.

Bahkan, dalam Pasal 58 huruf f UU No. 12 Tahun 2008 mengatur pula persyaratan serupa untuk dapat berpartisipasi secara formal dalam pemerintahan daerah.

Menurut Pemohon, keberadaan norma persyaratan tersebut di atas adalah merupakan rumusan Pasal yang masih bersifat umum yang dalam penerapannya dapat menimbulkan ketidakadilan. Keberadaan persyaratan tersebut sangat potensial dan bahkan dapat dipastikan merugikan hak konstitusional Pemohon. Untuk itu, Pemohon mendalilkan bahwa keberadaan pasal-pasal *a quo* dalam kedua UU tersebut pada hakikatnya merupakan bentuk kezaliman, penghukuman, dan pelanggaran hak asasi manusia sepanjang hidup pemohon, padahal seorang mantan narapidana jelas-jelas telah dihukum dan mendapat balasan atas pelanggaran yang pernah diperbuatnya. Dengan mendasarkan pada kondisi tersebut, Robertus menyatakan bahwa keberadaan persyaratan bukan mantan narapidana sebagaimana diatur dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD dan Pasal 58 huruf f UU No. 12 Tahun 2008 adalah bertentangan dengan Pasal 1 ayat (2), Pasal 27 ayat (1), Pasal 28C ayat (2), Pasal 28D ayat (1), dan Pasal 28D ayat (3) UUD 1945, oleh karenanya Robertus memohon agar pasal-pasal *a quo* dinyatakan tidak berkekuatan hukum mengikat.

Dalam persidangan, Pemerintah mendalilkan bahwa norma hukum persyaratan untuk menduduki jabatan-jabatan publik “*tidak pernah dihukum dengan pidana penjara karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*” yang tersebar di berbagai UU, sebelumnya pernah diputus oleh MK, yakni

dalam Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 dan Putusan Nomor 15/PUU-VI/2008 dengan amar putusan permohonan ditolak. Itu sebabnya, Pemerintah menganggap bahwa permohonan Pemohon adalah *nebis in idem*. Keberadaan norma persyaratan tersebut sesungguhnya semata-mata dimaksudkan untuk mendapatkan pemimpin yang memiliki rekam jejak (*track record*) bagus dan tidak tercela. Dengan norma persyaratan itu diharapkan akan dapat dijaring pemangku jabatan publik yang baik, memiliki integritas dan kapabilitas moral yang memadai, mendapatkan kepercayaan dari masyarakat, benar-benar bersih, jujur, dan berwibawa dengan standar persyaratan yang objektif. Oleh karenanya, menurut Pemerintah, pilihan hukum atau *legal policy* yang demikian tidaklah dapat diuji, terlebih jika norma pembatasan tersebut dihubungkan dengan keberadaan Pasal 28J ayat (2) UUD 1945.

Dalam pertimbangan hukum putusan, MK menyatakan bahwa dari perspektif moralitas hukum, yaitu keadilan, rumusan norma yang demikian meskipun telah memenuhi persyaratan prosedural, tidak serta merta dapat dikategorikan sebagai *legal policy* yang tidak dapat diuji konstitusionalitasnya sebagaimana keterangan Pemerintah, karena norma hukum *a quo* jelas tidak memenuhi rasa keadilan. Dalam konklusinya⁸ MK menyatakan,

Norma hukum “tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih” yang terkandung dalam Pasal 12 huruf g dan Pasal 50 ayat (1) huruf g UU 10/2008 serta Pasal 58 huruf f UU 12/2008 jika diberlakukan tanpa syarat-syarat tertentu

⁸ Lihat Putusan MK Nomor 4/PUU-VII/2009

tidak dapat menegasi prinsip persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan serta melanggar hak seseorang atau warga negara atas perlakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum, dan hak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan, yang pada hakikatnya merupakan moralitas hukum dan moralitas konstitusi.

Meskipun demikian, sebagaimana pertimbangan hukum MK dalam Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007, MK menyatakan bahwa untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*) –“hal tersebut tidaklah sepenuhnya diserahkan kepada rakyat tanpa persyaratan sama sekali dan semata-mata atas dasar alasan bahwa rakyatlah yang akan memikul segala resiko pilihannya”. Oleh karena itu, agar rakyat dapat secara kritis menilai calon yang akan dipilihnya, maka MK memberikan pembatasan-pembatasan (pengaturan lebih lanjut), dengan ketentuan bahwa keberadaan pasal-pasal dimaksud harus dianggap inkonstitusional bersyarat (*conditionally unconstitutional*), sepanjang:

- a) berlaku bukan untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih (*elected officials*);
- b) sepanjang tidak dijatuhi pidana tambahan berupa pencabutan hak pilih oleh putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;
- c) berlaku terbatas untuk jangka waktu 5 (lima) tahun setelah mantan terpidana selesai menjalani pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap;

- d) Kejujuran atau keterbukaan mengenai latar belakang jati dirinya sebagai mantan terpidana;
- e) Bukan sebagai pelaku kejahatan yang berulang-ulang.

Dalam hal ini, meskipun tidak melahirkan norma secara tegas, MK telah meneguhkan “tidak mempunyai kekuatan hukum mengikatnya suatu pasal UU yang dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945”, sampai pembentuk UU memperbaiki rumusan atau menggantinya sesuai dengan rumusan norma baru sebagaimana substansi putusan MK. Melalui putusan tersebut, MK mendorong agar pembentuk UU menjadi lebih bersungguh-sungguh untuk meninjau kembali semua peraturan perundang-undangan sepanjang yang berkaitan dengan hak pilih mantan terpidana agar disesuaikan dengan putusan tersebut.

Dalam hal ini, Penulis berpendapat bahwa Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009, didasarkan atas pertimbangan:

- (1) Pasal 28 dan Pasal 111 ayat (1) UU No. 42 tahun 2008 telah menghilangkan hak memilih warga negara yang telah berusia 17 tahun atau sudah kawin. Padahal, hak memilih adalah hak yang dijamin konstitusi, maka penghapusan akan hak dimaksud merupakan pelanggaran terhadap hak asasi manusia dari warga negara;
- (2) Menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat; dan
- (3) Menimbulkan kerugian hak konstitusional warga negara dan di lain pihak tidak melanggar ketentuan peraturan yang berlaku.

c). Putusan MK Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009

Perkara Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009 merupakan permohonan pengujian UU No. 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD, yang diajukan oleh 4 (empat) orang Pemohon sekaligus dalam register perkara yang berbeda. Para pemohon itu adalah (1). Partai Hanura, (2). Ahmad Yani, dkk., yang berkedudukan sebagai Caleg PPP, (3). Partai Gerindra, dan (4). Partai Keadilan Sejahtera. Perkara ini terkesan sangat kental dengan nuansa politik, di samping karena pemohonnya mewakili sebagian partai yang lolos *parliamentary threshold*, juga terdapat nuansa “adu kesaktian” antara MA dan MK. Betapa tidak, meskipun objek pengujiannya berbeda, sesungguhnya, sebelum diuji di MK, MA telah mengadili dan memberikan penafsiran atas norma yang sama yakni melalui Putusan MA No. 15 P/HUM/2009 tanggal 18 Juni 2009 dan Putusan MA No. 16 P/HUM/2009 tanggal 18 Juni 2009 yang menguji legalitas Peraturan KPU Nomor 26 Tahun 2009 terhadap UU No. 10 Tahun 2008. Pada akhirnya, dalam putusannya, MK memberikan penafsiran berbeda terhadap Pasal 205 ayat (4) dan Penjelasan Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 tahun 2008. Hal mana, penafsiran itu berbeda dengan penafsiran MA melalui kedua putusannya.

Dalam permohonannya, Partai Hanura mempersoalkan konstitusionalitas Pasal 205 ayat (4) dan Penjelasan Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3), dan Pasal 212 ayat (3). Menurut Partai Hanura, Pasal 205 ayat (4) dan Penjelasan Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 Tahun

2008 menimbulkan potensi penghitungan ganda (*double counting*) dan memunculkan ketidakpastian hukum. Sementara, terhadap Pasal 212 ayat (3) dan Pasal 211 ayat (3) UU No. 10 Tahun 2008, Partai Hanura mendalilkan bahwa norma yang ada bertentangan dengan sistem pemilu proporsional terbuka sebagaimana dianut oleh UU No.10 Tahun 2008. Pada saat yang sama, Ahmad Yani, dkk. (para caleg PPP) memohon agar Pasal 205 ayat (4) dinyatakan konstitusional bersyarat. Ahmad Yani, dkk. mendalilkan bahwa jika frasa “suara” dalam Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2008 ditafsirkan sebagai hanya sisa suara dari Parpol yang memenuhi BPP, maka akan terjadi disproportionalitas perolehan suara terhadap perolehan kursi sebuah Parpol, dan akan terjadi *double counting*.

Sementara itu, sejalan dengan Partai Hanura dan Ahmad Yani, dkk, Partai Gerindra juga mempersoalkan konstitusionalitas Pasal 205 ayat (4) dan Pasal 212 ayat (3). Dalam petitum pokoknya, Pemohon dalam ha ini memohon agar “setiap suara yang telah diperhitungkan atau dikonversi menjadi kursi tidak dapat diperhitungkan kembali”. Sebagaimana Partai Hanura, Gerindra juga menganggap bahwa, jika frasa “suara” dalam Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2008 ditafsirkan sebagai hanya sisa suara dari Parpol yang memenuhi BPP, maka akan terjadi penghitungan ganda, sedangkan terhadap Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU 10/2008 *mutatis-mutandis* dengan dalil yang dikemukakan Partai Hanura.

Serupa dengan ketiga Pemohon lainnya, PKS mendalilkan bahwa Pasal 205 ayat (4) dalam pelaksanaannya menimbulkan multitafsir terutama dalam memaknai frasa “suara” yang jika ditafsirkan hanya sebagai sisa suara dari Parpol yang memenuhi BPP, maka akan terjadi ketidakadilan, karena terhadap partai besar akan terjadi *overrepresentation*, dan sebaliknya, pada partai kecil akan terjadi *underrepresentation*. Atas

pertimbangan itu, PKS memohon agar Pasal tersebut dinyatakan konstitusional bersyarat sepanjang diartikan bahwa “suara” yang dimaksud dalam Pasal tersebut harus ditafsirkan sebagai “suara parpol di suatu daerah pemilihan setelah dikurangi dengan suara yang digunakan/dikonversikan untuk mendapatkan kursi pada penghitungan perolehan kursi tahap pertama dan suara parpol di suatu daerah pemilihan yang belum memperoleh kursi dalam penghitungan perolehan kursi tahap pertama”.

MK dalam pertimbangan hukumnya menganggap bahwa keberadaan Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3), dan Pasal 212 ayat (3) UU No. 10 Tahun 2008 telah menimbulkan tafsir yang berbeda-beda yang menimbulkan kontroversi tajam di masyarakat. Perbedaan tafsir ini antara lain termuat dalam Peraturan KPU Nomor 15 Tahun 2009, sebagaimana telah diubah dengan Peraturan KPU Nomor 26 Tahun 2009 dan penafsiran yang termuat dalam Putusan MA Nomor 012 P/HUM/2009, Putusan MA Nomor 015 P/HUM/2009, dan Putusan Nomor 016P/HUM/2009.

MK berpandangan bahwa asas pemilu yang dianut oleh UU No. 10 Tahun 2008 adalah asas proporsional terbuka sehingga dikehendaki adanya proporsionalitas atau kedekatan antara persentase perolehan suara dan persentase perolehan kursi dengan deviasi yang sedapat mungkin dihindari. Dengan prinsip tersebut, maka apabila Pasal 205 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2008 yang berkaitan dengan frasa “suara sekurang-kurangnya 50% (lima puluh per seratus) dari BPP DPR” ditafsirkan untuk memperhitungkan kembali perolehan suara secara utuh partai politik yang telah mendapatkan kursi berdasarkan tahap pertama dengan dasar BPP akan menyebabkan terjadinya penghitungan lebih dari satu kali. Oleh karenanya, jika penafsiran ini diterapkan maka tidak sesuai dengan sistem proporsional yang menjadi sistem yang dipilih oleh UU No. 10 Tahun 2008.

Terhadap Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU No. 10 Tahun 2008, MK berpendapat bahwa maksud frasa “*sisa suara*” bukan hanya sisa suara dari perolehan suara partai politik setelah dikonversikan menjadi kursi berdasarkan BPP, akan tetapi juga mencakup perolehan suara partai politik yang tidak memenuhi BPP dan belum digunakan dalam penghitungan kursi tahap sebelumnya. Dengan pertimbangan-pertimbangan tersebut, akhirnya MK berkesimpulan bahwa Pasal 205 ayat (4), Pasal 211 ayat (3) dan Pasal 212 ayat (3) UU No.10 Tahun 2008 adalah konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*) yang berarti tetap konstitusional sepanjang diartikan sebagaimana amar putusan MK.

Dalam hemat Penulis, dasar pertimbangan hakim MK memutus dalam Putusan No 110-111-112-113/PUU-VII/2009 adalah bahwa menurut UUD 1945 dan UU No. 10 Tahun 2004, maupun berdasarkan asas umum dalam pembentukan UU, haruslah dipastikan bahwa isi dan bunyi setiap UU itu jelas dan tidak menimbulkan multitafsir. Hal ini penting untuk memberikan pengakuan, jaminan perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Berdasarkan uraian tersebut, dapat disimpulkan bahwa dasar pertimbangan hakim MK membuat putusan yang bersifat *positive legislature* mencakup dua jenis pertimbangan hukum, yaitu (1) untuk menjamin hak-hak konstitusional warga negara dan (2) pertimbangan argumentasi. Pertimbangan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat. Adanya desakan atau ancaman dari partai politik akan menggagalkan Pemilihan Umum. Pertimbangan tersebut dalam rangka mewujudkan keadilan substantif. Pertimbangan argumentasi yaitu melalui metode penafsiran untuk menemukan hukum. Pada kasus putusan *positive*

legislature yang dikaji dalam penelitian ini, Hakim MK mendasarkan pada penafsiran restriktif dan ekstensif. Penafsiran restriktif yaitu penyempitan arti, dalam hal ini diterapkan dalam Putusan MK No. 4/PUU-VII/2009.

Dalam putusan MK sebelumnya yaitu Putusan Nomor 14-17/PUU-V/2007 tanggal 11 Desember 2007, MK telah menolak permohonan pengujian Pasal 58 huruf f UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, Pasal 6 huruf t UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, Pasal 16 ayat (1) huruf d UU MK, Pasal 7 ayat (2) huruf d UU No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, dan Pasal 13 huruf g UU No. 16 Tahun 2006 tentang Badan Pemeriksa Keuangan (UU BPK) yang kesemuanya memuat norma hukum mengenai syarat “*tidak pernah dijatuhi pidana dengan pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara 5 (lima) tahun atau lebih*”, meskipun formulasinya tidak persis sama. Norma hukum yang terkandung dalam Pasal-Pasal berbagai UU yang dimohonkan pengujian dinyatakan sebagai konstitusional bersyarat (*conditionally constitutional*), yakni dikecualikan untuk tindak pidana yang bersifat kealpaan ringan (*culpa levis*) dan tindak pidana karena alasan perbedaan pandangan politik.

Sementara Putusan MK 4/PUU-VII/2009 menguji Pasal 50 ayat (1) huruf g UU No. 10/2008 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan Pasal 58 huruf f UU No. 12/2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32/2004 tentang Pemerintah Daerah, sehingga meskipun norma yang diuji sama tetapi karena Pasal dan UUs erta pemohonnya berbeda, maka penyempitan arti

dalam Putusan MK No. 4/PUU-VII/2009 dibenarnya. Kekhususan karakter jabatan-jabatan publik tertentu menyebabkan tidak semua jabatan publik dapat demikian saja ditentukan persyaratan dengan menggunakan rumusan norma yang bersifat umum, sehingga perlu pembedaan persyaratan.

Penyempitan makna dari norma "*tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam hukuman penjara 5 tahun atau lebih, dalam putusan sebelumnya tidak termasuk delik culpa dan delik politik*", yang sudah pernah diuji MK. Pasal *a quo* telah mengalami "penyempitan arti" yang kemudian dirujuk dalam putusan MK No. 4/PUU-VII/2009, akan tetapi lebih disempitkan lagi.

Penafsiran ekstensif atau arti tampak pada Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009 dan Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009. Pada Putusan No.102/PUU-VII/2009, norma "*pemilih pemilu Presiden dan Wakil Presiden adalah pemilih yang terdaftar dalam DPT*" mengalami perluasan yaitu meliputi juga warga negara yang tidak terdaftar dalam DPT dapat menggunakan hak pilihnya dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh MK. Pada Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009, norma "*sisa suara*" mengalami perluasan makna yang meliputi sisa suara, baik yang belum digunakan maupun sisa suara yang telah dihitung.

Selain pertimbangan di atas, MK juga mendasarkan pada pertimbangan kebudayaan. MK mempertimbangkan nilai budaya masyarakat dalam memeriksa dan memutuskan perkara. Sebagai contoh, salam perkara PHPU legislatif yang diajukan calon DPD misalnya, terdapat kasus yang cukup menarik perhatian publik yakni adanya putusan sela pemungutan suara dan penghitungan ulang atas

nama Pdt. Ellion Numberi, S.Th. dan Hasbi Sueb, masing-masing merupakan calon anggota DPD dari Provinsi Papua. Dalam perkara ini, MK berkesimpulan bahwa pelaksanaan Pemilu di Kabupaten Yahokimo umumnya tidak dilaksanakan dengan pencontrengan pada surat suara. Penentuan suara hanya dilakukan dengan “kesepakatan warga” atau “aklamasi”, akan tetapi MK berpendapat pemilihan umum dengan “kesepakatan warga” atau “aklamasi” tersebut merupakan model pemilihan yang sesuai dengan kebudayaan dan adat setempat yang harus dipahami dan dihormati. Setelah menilai fakta dan hukum atas kedua kasus tersebut di atas, MK memerintahkan kepada KPU Kabupaten Yahukimo untuk melakukan pemungutan suara dan penghitungan ulang di Kabupaten Yahukimo dan Kabupaten Nias Selatan dalam tenggang waktu 60 hari sejak putusan diucapkan dalam sidang pleno MK yang terbuka untuk umum.

Selanjutnya, pertimbangan putusan MK juga didasarkan dan digali dari nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Menurut Hakim Konstitusi, Ahmad Fadlil Sumadi,⁹ pertimbangan hakim MK membuat putusan ialah *rasio desidendi* yang bisa berdasarkan hukum, bisa argumentasi, atau bisa juga pendapat hakim. Kalau pendapat hakim itu didasarkan peraturan perundang-undangan disebut *rasio legis*. Artinya, dalam hal ini hakim bisa menemukan hukum, terutama kalau memang dalam hukum tertulis belum ada atau tidak jelas.

Studi komparasi terhadap MK di berbagai negara telah menjadi inspirasi MK dalam membuat putusan-putusan yang bersifat *positive legislature*. Hakim Konstitusi Akil Mochtar berpendapat bahwa putusan MK yang bersifat mengatur didasarkan atas hasil studi komparasi di berbagai negara, seperti Amerika Latin, Jerman, dan

⁹ Wawancara dengan Hakim Konstitusi, Ahmad Fadlil Sumadi, tanggal 31 Juli 2010.

Korea. Di negara-negara tersebut, MK biasa membuat putusan yang bersifat mengatur, dengan pertimbangan rasa keadilan dan kemanfaatan yang dituntut oleh warga negaranya, terutama dalam hal terjadi kekosongan hukum (*rehtvacuum*) oleh karena terdapat pasal dalam UU yang dibatalkan.

Karena belum tersedianya UU yang baru pasca suatu UU dibatalkan, bisa saja timbul implikasi dalam pelaksanaan UU tersebut, meskipun ada yang mengatakan, sebenarnya pembentukan Perppu bisa ditempuh untuk mengatasi kekosongan hukum. Akan tetapi, bukankah Perppu diterbitkan hanya pada saat keadaan darurat? Kalau setiap pembatalan norma dalam UU direspon dengan menerbitkan Perppu, bukan tidak mungkin Perppu ini justru menjadi alat kesewenang-wenangan. Belum lagi, Perppu sangat mungkin tidak mendapatkan persetujuan DPR dalam masa persidangan berikutnya, yang artinya problem kekosongan hukum belum berakhir. Untuk itu, MK membuat putusan dengan syarat tertentu, yang kemudian disebut dengan putusan konstitusional bersyarat dan putusan tidak konstitusional bersyarat. Melalui putusan jenis ini, Hakim Konstitusi dapat melakukan inovasi, penemuan, dan terobosan dalam membuat putusan, sepanjang putusan tersebut dilandasi argumentasi kuat untuk memberikan keadilan dan kemanfaatan dalam masyarakat. Artinya, pelanggaran terhadap undang-undang sangat dimungkinkan, selagi pelanggaran itu dilakukan agar putusan MK memenuhi keadilan substantif masyarakat dan mencegah terjadi kekacauan dalam masyarakat.¹⁰ Misalnya, dalam perkara kisruh DPT Pilpres, potensi timbulnya kekacauan dalam masyarakat dikuatkan oleh adanya ancaman dari dua pasangan calon presiden dan wakil presiden untuk

¹⁰ Wawancara dengan Hakim Konstitusi Akil Mochtar, tanggal 12 Agustus 2010.

mengundurkan dari Pilpres jika masalah DPT tidak diselesaikan dalam waktu 2 x 24 jam.¹¹

Sejalan dengan hal tersebut, Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati¹² mengatakan bahwa dasar MK membuat putusan yang bersifat mengatur adalah unsur mendesak, unsur keadilan substansial, serta unsur kemanfaatan. Demikian pula yang dinyatakan oleh Hakim Konstitusi Muhammad Alim¹³ yang menyatakan bahwa putusan yang bersifat mengatur itu didasarkan pada Pasal 45 ayat 1 UU MK, yang intinya MK memutus perkara berdasarkan bukti dan keyakinan (kebenaran materiil), keadilan dan kemanfaatan, serta situasi hukum yang mendesak yang harus diselesaikan.

Menurut Hakim Konstitusi Harjono,¹⁴ dasar hakim MK membuat putusan adalah adanya tuntutan masyarakat untuk menyelesaikan problem hukum yang dialami dengan cara menafsir UUD 1945. Oleh karena itu, putusan MK bukan persoalan benar atau salah, akan tetapi lebih cenderung untuk mewujudkan keadilan

¹¹ Lihat Rita Triana Budiarti, *On the Record Mahfud MD di Balik Putusan Mahkamah Konstitusi*, PT Raja Grafindo Persada dan Konpress, Jakarta, 2010, hlm. 127-128. Pada tayangan berita menjelang tengah malam (Minggu malam, 5 Juli 2009) sungguh membuat saya terpaku di depan televisi. Saya melihat pasangan Megawati-Prabowo dan pasangan Jusuf Kalla-Wiranto bertandang ke kantor PP Muhammadiyah Jakarta, Minggu malam. Mereka diterima oleh Ketua Umum Muhammadiyah Dien Syamsuddin. Pada saat kedua pasangan calon itu bertemu secara terbatas dengan Dien Syamsuddin, tim sukses kedua pasangan yang menunggu di lobi berbicara kepada pers. *Mereka mengancam, "Kalau KPU tidak menyelesaikan masalah DPT dalam tempo 2 x 24 jam, maka kami pasangan Megawati-Prabowo dan Jusuf Kalla-Wiranto mempertimbangkan untuk mengundurkan diri dari pencalonan Presiden"*.

¹² Wawancara dengan Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati, tanggal 30 Juli 2010.

¹³ Wawancara dengan Hakim Konstitusi Muhammad Alim, tanggal 30 Juli 2010

¹⁴ Wawancara dengan Hakim Konstitusi Harjono, tanggal 31 Juli 2010.

dan kemanfaatan masyarakat. Pendapat ini sejalan dengan Komisioner KPU, I Gusti Putu Artha, yang menyatakan bahwa MK mempunyai perluasan wewenang yaitu menafsirkan pasal-pasal dalam UUD 1945 dalam rangka memenuhi keadilan masyarakat, dan KPU membutuhkan hal tersebut untuk dijadikan sebagai dasar hukum KPU dalam bertindak.¹⁵

Berdasarkan beberapa pernyataan tersebut, Penulis menyimpulkan bahwa dasar pertimbangan MK dalam membuat beberapa putusan yang bersifat *positive legislature* adalah (1). keadilan dan kemanfaatan masyarakat, (2). situasi yang mendesak, (3). mengisi *rechtvacuum* untuk menghindari *chaos* atau kekacauan hukum dalam masyarakat. Hal demikian menurut hemat Penulis menjadi niscaya, karena hakim konstitusi perlu membaca UUD dengan *moral reading*. Menurut Satjipto Rahardjo, UUD¹⁶ harus dibaca dan dipahami sebagai suatu tipe hukum atau perundang-undangan yang beda (*distinct*), yang bukan sekedar dokumen hukum biasa, melainkan dokumen moral, dan dokumen antropologi. Karena sifat UUD yang demikian itu, dibutuhkan cara membaca yang khusus, yang oleh Ronald Dworkin disebut *moral reading* atau membaca dengan pendalaman makna.¹⁷ Jadi, UUD 1945 harus dibaca dalam-dalam untuk meresapi maknanya sebagai risalah dan pernyataan moral bangsa Indonesia, yang dalam hal ini disampaikan oleh para penyusun UUD.¹⁸

Dari kenyataan yang ada, Penulis ingin mengatakan bahwa dalam keempat putusan sebagaimana diuraikan di atas, MK telah melakukan penemuan hukum/pembentukan hukum sesuai dengan

¹⁵ Wawancara dengan I Gusti Putu Artha, *Anggota KPU*, tanggal 30 Juli 2010.

¹⁶ Satjipto Rahardjo, *Mendudukan UUD (Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum)*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 2007, hlm 87.

¹⁷ *Ibid*, hlm 89.

¹⁸ *Ibid*, hlm 41.

teori hukum responsif dari John Henry Merryman yang mengatakan bahwa dalam membuat dan membentuk hukum, seorang hakim sering berpikir bahwa peraturan perundang-undangan sebagai salah satu bentuk pelayanan dari fungsi tambahan yang sering kurang akurat.¹⁹ Selanjutnya, hakim dalam melakukan interpretasi harus menerapkan peraturan perundang-undangan yang jarang sekali jelas dalam konteks kasus. Oleh karenanya, hakim harus dapat mengisi celah dan menyelesaikan masalah yang muncul dalam skema perundangan. Hakim harus pula merubah hukum terhadap kondisi atau kenyataan yang berubah-ubah. Peraturan perundang-undangan bukan sesuatu yang pasti dalam penggunaannya, khususnya pada hakim yang bijaksana.²⁰

Putusan yang bersifat *positive legislature* sebagaimana dilakukan MK, oleh Hart dan Dworkin disebut *discretion*. Sebagaimana yang ditegaskan oleh Hari Chand, "*Hart holds the view that in a hard case, judges have a wider discretion. So judges do makes law. Incontrast to Blackstone and Dworkin, Hart holds that judges do not simply find and apply the law; they do make it. Hart further states that the open texture of the law leaves a vast field for judges to display creativity. They must act with impartiality an neutrality, keeping in view the interest of all the affected parties, judges may use general principles as a reasoned basis for decision.*"²¹ Artinya, Hart berpegang pada pandangan bahwa dalam sebuah kasus yang berat, hakim memiliki diskresi yang lebih luas sehingga hakim dapat membuat hukum. Berbeda dengan Blackstone and Dworkin, Hart berpegang bahwa hakim tidak akan semudah itu

¹⁹ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System Western Eurpe and Latin America, Second Edition, Stanford University Press, California, 1985, p. 34.*

²⁰ *Ibid*, hlm 43.

²¹ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, United Print Process Sdn. Bhd., Kuala Lumpur, 2005, hlm 151.

menemukan dan melaksanakan hukum, apalagi mereka benar-benar membuatnya. Selanjutnya Hart mengemukakan bahwa susunan terbuka pada hukum mengabaikan ruang yang luas bagi para hakim untuk memperlihatkan kreativitasnya. Mereka diharuskan bertindak secara adil dan netral untuk menjaga dari kepentingan-kepentingan pihak-pihak terkait. Hakim dapat menggunakan prinsip-prinsip umum sebagai sebuah alasan dasar bagi keputusan.

Ronald Dworkin memiliki pandangan yang berpungguan dengan Hart. Dworkin menyatakan bahwa diskresi yang dimiliki hakim itu terbatas. Hal ini sebagaimana yang dikutip Hari Chand, “Dworkin opposes the view that judge make law. Because a legal system is always founded on principles, therefore judges do not have a strong discretion if the rule fail to give a clear answer, judges do not have a discretion unlimited by any legal standards. The judge’s discretion is to do what is right in consonance with legal principles, legal values and other relevant legal standards.”²² Artinya, Dworkin menyangkal pandangan yang menyatakan bahwa hakim membuat hukum karena sebuah *legal system* selalu dibangun di atas dasar yang kuat. Oleh karenanya, hakim tidak memiliki diskresi yang begitu kuat jika peraturan-peraturan tersebut gagal dalam memberikan jawaban yang jelas, hakim tidak akan memiliki diskresi yang tidak dibatasi dengan kriteria hukum. Kebijakan hakim adalah untuk melaksanakan hak yang sesuai dengan prinsip-prinsip hukum, nilai-nilai hukum, dan standar-standar hukum lain yang relevan. Dalam kaitannya dengan putusan *positive legislature* ini, Penulis lebih sependapat dengan pendapat Dworkin bahwa hakim tidak membuat hukum, tetapi membuat atau menempuh sebuah diskresi.

²² *Ibid*, hlm 152.

Pergeseran Peran MK

Sejak awal keberadaannya, MK didesain untuk mengawal konstitusi dalam arti menjaga agar UU konsisten, sejalan, dan tidak bertentangan dengan UUD. Dalam hal ini, ada semacam sekat konstitusionalisme yang membatasi secara tegas MK sebagai peradilan konstitusi untuk tidak mencampuri ranah kekuasaan legislatif. Karena itu, sebagai lembaga yudikatif MK pada prinsipnya hanya boleh menyatakan bahwa pasal/ayat/bagian atau seluruh UU bertentangan atau tidak bertentangan dengan konstitusi.

Dalam tugas dan kewenangan demikian, seharusnya MK tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur, tidak boleh membatalkan UU atau isi UU yang oleh UUD dinyatakan terbuka (diserahkan pengaturannya kepada legislatif), dan tidak boleh pula membuat putusan yang *ultra petita*, apalagi *ultra petita* yang bersifat *positive legislature*. Sebelum menjadi Hakim Konstitusi, Moh. Mahfud MD., menegaskan bahwa putusan yang mengandung *ultra petita*, termasuk pula putusan *positive legislature*, pada hakikatnya adalah intervensi atas ranah legislatif.²³ Dengan kata lain, pelanggaran terhadap asas ini bisa dikatakan sebagai pencideraan terhadap prinsip pemisahan kekuasaan dan *checks and balances* yang dianut dalam sistem ketatanegaraan Indonesia.

Jika dicermati, kewenangan MK untuk menguji UU terhadap UUD sebagaimana yang dimaksud dalam UUD dan juga UU MK diarahkan untuk mendudukkan MK sebagai *negative legislature*. Namun, jika kemudian ada fenomena pergeseran dari *negative legislature* menjadi *positive legislature*, itu bukan lain karena praktik

²³ Moh. Mahfud MD, *Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi*. Makalah disampaikan di depan Komisi III DPR-RI pada saat *fit and propertest* untuk menjadi hakim konstitusi, tanggal 12 Maret 2008, hlm 4.

dan kebutuhan lapangan menghendaki demikian. Terkait dengan pergeseran MK dari sekedar *negative legislature* menjadi *positive legislature*, Ronald Dworkin²⁴ menyebut bahwa MK telah menerapkan *judicial discretion*. Dengan *judicial discretion*, *positive legislature* bukan kemudian berarti MK memiliki kewenangan legislator sebagaimana lembaga legislatif membuat UU. MK tetaplah lembaga peradilan dengan kewenangan mengadili, dan memutus perkara. Untuk itu, karena *judicial discretion* itu pula, Penulis lebih sepakat menyebut MK itu menemukan hukum, bukan membuat hukum.

Pada sisi yang lain, Hakim Konstitusi Harjono menyatakan bahwa MK tak perlu membuat putusan yang bersifat *positive legislature* melalui putusan *conditionally constitution* manakala MK diberi kesempatan untuk memeriksa *constitutional complaint*. Artinya, hanya dengan kewenangan memeriksa *constitutional complaint* itulah putusan MK yang bersifat *positive legislature* itu dapat tidak dilakukan atau diubah. Menurut Hakim Konstitusi Harjono,²⁵ putusan *conditionally constitution* ini akan ditempuh karena sistem pengujian di Indonesia hanya terbatas pada sistem pengujian UU terhadap UUD yang kemudian mempunyai kekuatan *erga omnes*. Akan tetapi, jika di MK dibuka kesempatan bagi apa yang disebut *constitutional complaint*, maka putusan *positive legislature* ini dapat diubah, meskipun hal ini sulit diwujudkan mengingat diperlukan perubahan konstitusi untuk memberikan kewenangan itu terjadi.

Pergeseran MK, dari apa yang dikatakan oleh Hans Kelsen sebagai “*negative legislation*” menjadi “*positive legislation*” seperti yang dikatakan oleh Christopher Wolfe,²⁶ terjadi seiring menguatnya

²⁴ Hari Chand, *Modern Jurisprudence*, United Print Process Sdn. Bhd., Kuala Lumpur, 2005, hlm 151.

²⁵ Harjono, *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2008, hal. 179.

²⁶ Maruarar Siahaan, *UUD 1945 Konstitusi yang Hidup*, Sekretariat Jenderal dan

prinsip “*judge made law*” di bidang konstitusi. Menurut Wolfe, kenyataan inilah yang sekarang telah diterima di Amerika Serikat. Wolfe menyandarkan pernyataan itu setelah melihat aktivisme hakim dalam penafsiran konstitusi (*judicial activism*) yang berkebalikan dengan sikap yang mengharapkan hakim membatasi diri dalam sikap atau tafsiran (*judicial restraint*). Perkembangan legislasi oleh lembaga legislatif telah menyebabkan pula pertumbuhan secara paralel hukum buatan hakim (*judge made law*). Alasannya, bagaimanapun baiknya kemampuan lembaga legislatif untuk merancang UU, akan tetapi akan selalu dijumpai kesenjangan (*gap*) hukum yang memang harus diisi oleh hakim, termasuk juga karena kekaburan dan ketidakpastian UU.

Dalam pandangan Penulis, pernyataan Christopher Wolfe itulah yang tampaknya juga dianut oleh Hakim MK. Dalam Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, MK menganggap bahwa ketentuan yang mengharuskan seorang warga negara terdaftar sebagai pemilih dalam DPT adalah lebih merupakan prosedur administratif semata, dan karenanya pula, tidak boleh hal prosedural tersebut menafikan hal-hal yang bersifat substansial. Dengan kata lain, DPT yang merupakan administratif prosedural tidak boleh mengalahkan hal substansial, yakni hak warga negara untuk memilih (*right to vote*) dalam Pilpres. MK menyadari betul mepetnya waktu pelaksanaan dapat berpotensi pada kekacauan pelaksanaan pemungutan suara. Selain itu, terjadinya kekosongan hukum dan tuntutan pemenuhan kebutuhan hukum masyarakat menjadi alasan kuat untuk mengeluarkan putusan yang bersifat mengatur. Seperti di MK Federal (*Verfassungsgericht*) Jerman misalnya, meskipun tetap harus selalu mentaati batas-batas politik konstitusi dan politik pembuatan UU yang mandiri, akan tetapi dalam

Kepaniteraan MK, Jakarta, 2008, hlm. 56.

kenyataannya lembaga ini dari waktu ke waktu telah melanggar batas politik konstitusional dan telah menjadi pembuat UU yang mandiri. Dalam pandangan Rupert Scholz, MK Federal Jerman itu dalam hubungannya dengan yurisdiksi yang khusus, dalam banyak hal telah menjadi “super instansi” banding yang sebenarnya sama sekali bukan merupakan tugas dari yurisdiksi konstitusional.²⁷ Namun demikian, patut dipahami bahwa peranan MK Federal Jerman tidak dapat diabaikan secara konstitusional, dan MK Federal Jerman benar-benar telah menjadi pelindung konstitusi yang sesungguhnya.²⁸

Kualitas pengganti pembuat UU tampak jelas pada misalnya keputusan-keputusan dari MK Federal Jerman mengenai blokade duduk dan terutama mengenai pajak kekayaan seperti juga pengenaan pajak kepada keluarga. Dalam hal ini MK Federal Jerman telah membuat putusan mengenai hukum pajak berdasarkan asas, misalnya berkenaan dengan janji perlindungan dari UUD Jerman bagi perkawinan dan keluarga (Pasal 6 ayat (1)) yang sudah menyerobot rincian pembuatan undang-undang sepenuhnya ke dalam kedaulatan pengaturan MK Federal sendiri. Tindakan pengambilan keputusan inilah yang dalam banyak hal dapat dipersamakan dengan dibuatnya putusan konstitusional bersyarat atau tidakkonstitusional bersyarat seperti telah dilakukan oleh MK melalui beberapa putusannya.

Mantan Hakim Agung, sekaligus mantan Hakim MK, Laica Marzuki mengatakan, “biarkan MK membuat putusan yang bersifat mengatur, sebagai inovasi atau pembaharuan sesuai dengan rasa keadilan yang ada dalam masyarakat. Inilah yang disebut “judicial activism”.²⁹ *Black’s Law Dictionary* mendefinisikan *judicial activism* sebagai “*philosophy of*

²⁷ Rupert Scholz, *Mahkamah Konstitusi Republik Federal Jerman: Pancapaian dan Tantangan*, Friedrich-Naumann-Stiftung Indonesia, Jakarta, 2007, hlm 12-13.

²⁸ *Ibid.* hlm 15.

²⁹ Wawancara dengan Laica Marzuki, 12 Agustus 2010.

judicial decision-making whereby judges allow their personal views about public policy, among other factors, to guide their decisions”. Aktivisme yudisial merupakan proses pengambilan putusan pengadilan melalui pendekatan berbeda. Pendekatan ini menurut Satyabrata melebihi filsafat hukum lama, karena dianggap lebih modern dan dekat dengan kehidupan riil masyarakat. Aktivisme yudisial juga dipahami sebagai dinamisme para hakim yang memegang kekuasaan kehakiman ketika membuat putusan tanpa melampaui batas-batas konstitusi.³⁰

Gagasan *judicial activism* sesungguhnya berada pada prinsip yang sama dengan gagasan hukum progresif, yakni dalam hal hukum kehilangan pegangannya, maka para hakim dapat menciptakan hukum sebagai pilihan kreatif demi perlindungan konstitusional. Keadilan untuk manusia sama-sama menjadi episentrum bagi penegakan hukum, khususnya hakim. Hukum akhirnya dilihat sebagai perilaku manusia yang dalam hal ini adalah perilaku hakim-hakim konstitusi dalam mengadili.

Keadilan Substantif sebagai Basis Putusan yang Bersifat *Positive Legislature*

Pengaturan wewenang MK dalam Pasal 24C UUD 1945 yang merupakan bagian konsep *checks and balances* merupakan hasil perkembangan gagasan modern sistem pemerintahan demokrasi yang berdasarkan ide Negara Hukum (*rule of law*), pemisahan kekuasaan (*separation of powers*) serta perlindungan dari pemajuan hak-hak asasi manusia.³¹ Ada 2 (dua) tugas pokok yang diemban melalui *constitutional review*, yaitu:

³⁰ Pan Mohamad Faiz, *Konstitusi dan Aktivisme Yudisial*, Kolom Opini Jurnal Nasional - Selasa, 25 Agustus 2009, hlm 11.

³¹ Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Cetakan ke 2, Jakarta, Konstitusi Press, 2005, hlm 10.

- a. Menjamin berfungsinya sistem demokrasi dalam hubungan perimbang peran (*interplay*) antara cabang kekuasaan legislatif, eksekutif dan lembaga peradilan (*judiciary*). *Constitutional review* dimaksudkan untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan kekuasaan oleh satu cabang kekuasaan.
- b. Melindungi setiap individu warga negara dari penyalahgunaan kekuasaan warganegara yang merugikan hak-hak fundamental mereka yang dijamin oleh konstitusi.

Dalam putusan-putusan yang diuraikan di atas, putusan MK yang bersifat *positive legislature* menempatkan keadilan di atas hukum dan bukan sebaliknya. Putusan-putusan tersebut memperlihatkan pentingnya kreativitas dan kepeloporan hakim dalam penegakan hukum. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain dimaksudkan untuk mengatasi ketertinggalan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum, bahkan bila perlu melakukan *rule breaking*. Terobosan ini diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yaitu hukum yang membuat bahagia.

Dalam beberapa kesempatan, Moh. Mahfud MD, menyatakan bahwa “dalam melaksanakan kewenangannya, MK, memiliki rambu-rambu yang harus ditaati.³² Misalnya, putusan MK tidak boleh berisi

³² Rambu-rambu tersebut sebagaimana pernah disampaikan Mahfud MD dalam adalah acara *fit and proper test* Calon Hakim Konstitusi di DPR terdiri dari 10 macam, sebagai berikut: (1) Dalam melakukan pengujian, MK tidak boleh membuat putusan yang bersifat mengatur; (2) Dalam melakukan pengujian, MK tidak boleh membuat *Ultra Petita*; (3) Dalam membuat putusan, MK tidak boleh menjadikan UU sebagai dasar pembatalan UU lainnya; (4) Dalam membuat putusan, MK tidak boleh mencampuri masalah yang didelegasikan oleh UUD kepada lembaga legislatif untuk mengaturnya dengan UU sesuai dengan pilihan politiknya sendiri; (5) Dalam membuat putusan, MK tidak boleh mendasarkan pada teori yang tidak secara jelas dianut oleh konstitusi; (6) Dalam melakukan pengujian, MK tidak boleh melanggar *asas nemo iudex in causa sua*, yakni memutus hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan dirinya

norma (bersifat mengatur), MK tidak boleh memutus melebihi permohonan (*ultra petita*), atau dalam hal Perselisihan Hasil Pemilihan Umum (PHPU), MK hanya berwenang memutus perselisihan atau kesalahan rekapitulasi penghitungan suara. Namun, praktiknya rambu-rambu tersebut sulit selalu ditaati. MK terkadang, perlu membuat terobosan-terobosan hukum untuk mewujudkan keadilan.³³ Dalam perkembangannya, ada beberapa putusan MK yang bersifat *ultra petita* (tidak diminta) yang mengarah pada intervensi ke dalam bidang legislasi, ada juga putusan yang dapat dinilai melanggar *asas nemo iudex in causa sua* (larangan memutus hal-hal yang menyangkut dirinya sendiri), serta putusan yang cenderung mengatur atau putusan yang didasarkan pada pertentangan antara satu UU dengan UU yang lain, padahal *judicial review* untuk uji materi yang dapat dilakukan oleh MK adalah bersifat vertikal yakni konstitusionalitas UU terhadap UUD, bukan masalah benturan antara satu UU dengan UU yang lain.³⁴

sendiri;(7) Hakim MK tidak boleh berbicara atau mengemukakan opini kepada publik atas kasus konkret yang sedang diperiksa MK, termasuk di seminar dan pidato resmi; (8) Hakim MK tidak boleh mencari-cari perkara dengan menganjurkan siapa pun untuk mengajukan gugatan atau permohonan ke MK; (9) Hakim MK tidak boleh secara proaktif menawarkan diri sebagai penengah dalam silang sengketa politik antara lembaga negara atau antar lembaga-lembaga politik; dan (10) MK tidak boleh ikut membuat opini tentang eksistensi atau tentang baik atau buruknya UUD, atau apakah UUD yang sedang berlaku itu perlu diubah atau dipertahankan. MK hanya wajib melaksanakan atau mengawal UUD yang sudah ada dan berlaku, sedangkan urusan mempertahankan atau mengubah adalah urusan lembaga lain yang berwenang. Lihat dalam Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Isu*, Rajawali Press, Jakarta. 2009, hlm. 278.

³³ Moh. Mahfud MD, Menabrak Rambu-Rambu Demi Keadilan Substantif, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.BeritaInternalLengkap&id=4719>, diunduh tanggal 3 November 2010, hlm 8.

³⁴ Moh. Mahfud MD, *Konstitusi dan Hukum dalam Perdebatan Isu*, Rajawali Press, Jakarta. 2009, hlm. 278.

Pada prinsipnya, dalam menjalankan kewenangannya, terutama menguji UU, MK tidak boleh hanya bersandarkan pada semangat legalitas formal peraturan-peraturan tertulis, melainkan harus mampu menggali dan menghadirkan nilai keadilan substantif bagi masyarakat pencari keadilan. Semangat menegakkan nilai-nilai keadilan substantif tersebut dijawab MK dengan putusan-putusan yang tidak terpasung oleh keterbatasan rumusan normatif UU, misalnya dengan putusan konstitusional bersyarat, tidak-konstitusional bersyarat, putusan sela, putusan yang berlaku surut, dan lain sebagainya.³⁵ Pertanyaan penting yang patut dikemukakan, apakah jenis putusan yang bersifat *positive legislature* dapat digolongkan sebagai tipe putusan yang dilandasi tujuan menegakkan keadilan substantif tersebut. Apakah dengan begitu MK telah menegakkan hukum secara progresif?

Menjawab pertanyaan tersebut, MK lagi-lagi menegaskan³⁶ bahwa bagi MK, nilai keadilan yang ingin dicapai tidak semata-mata keadilan prosedural, yakni keadilan yang “dibaca” melalui teks rumusan UU semata. Sebagaimana amanat Pasal 24 ayat (1) UUD 1945, MK sebagai salah satu pelaku kekuasaan kehakiman bertugas untuk mewujudkan hukum dan keadilan dalam posisi yang sama, tanpa ada salah satu yang lebih diutamakan.³⁷ Keadilan yang ditegakkan adalah keadilan yang substantif, hakiki, dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan sesungguhnya. Karena itulah, hakim-hakim MK tidak akan terbelenggu dengan apa yang ditetapkan dalam teks UU. Pada konteks ini, Hakim MK lebih memilih konteks hukum daripada mengedepankan teks UU. Kenyataan inilah yang menunjukkan adanya ruh penegakan hukum progresif di MK. Menurut Moh.

³⁵ *Ibid*, hlm 11.

³⁶ Mahkamah Konstitusi, *Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif: Laporan Tahunan MKRI Tahun 2009*, Setjen dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2009, hlm 10.

³⁷ *Ibid*, hlm 10.

Mahfud MD, alasan MK 'mengesampingkan' rambu-rambu tersebut adalah berdasar kepada hukum progresif, yakni demi mewujudkan keadilan substantif. Moh. Mahfud MD³⁸ menegaskan, "Kita tidak mau terikat dengan UU yang tidak memberikan jalan hukum. Karena kalau tidak memberi jalan, maka tidak memberi kemanfaatan. Padahal UUD dimana pun selalu bertumpu pada tiga hal: kepastian, keadilan dan kemanfaatan." Untuk mewujudkan hal itu, diperlukan kejelasan dan ketegasan sikap hakim dalam memutuskan. Hakim konstitusi harus bersifat adil dan mampu mengelaborasi pertimbangan hukum dengan fakta-fakta dalam persidangan dalam sebuah putusan sehingga masyarakat di seluruh lapisan, mudah memahami dan merasakan manfaat putusan tersebut.³⁹

Keadilan substantif merupakan wujud keadilan hakiki adalah keadilan yang dirasakan masyarakat sebagai keadilan yang sesungguhnya. Keadilan ini terjelma dalam rasa keadilan yang diakui dan hidup di dalam masyarakat. Keadilan substansial bukan hanya milik mayoritas, melainkan juga mencerminkan perlindungan minoritas.⁴⁰ Memang susah untuk mengukur keadilan seperti itu, karena kadangkala ia berada pada konstruksi-konstruksi sosial yang berbeda satu sama lain. Wilayah keadilan substansial tidak persis sama dengan wilayah hukum positif sebagai basis keadilan prosedural. Namun, ukuran penerimaan pihak-pihak terkait maupun masyarakat secara luas bisa menjadi tolok ukur dipenuhinya keadilan tersebut. Sebaliknya, keadilan prosedural (*legal justice*) hanya hadir karena

³⁸ Moh. Mahfud MD, *Menabrak Rambu-Rambu Demi Keadilan Substantif*, <http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/index.php?page=website.BeritaInternalLengkap&id=4719>, akses tanggal 3 November 2010. hlm 6.

³⁹ *Ibid*, hlm 6.

⁴⁰ Mahkamah Konstitusi, *Mengawal Demokrasi Menegakkan Keadilan Substantif: Laporan Tahunan MKRI Tahun 2009, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK, Jakarta, 2009*, hlm 10.

semata-mata dibaca dari teks peraturan. Keadilan ini lebih mudah diukur karena prosesnya yang mekanistik, logis, dan terukur. Namun yang pasti, jika keadilan prosedural yang dipilih dan dikedepankan bukan tidak mungkin malah akan menciderai keadilan substansial.

Dalam pandangan Satjipto Rahardjo, kehadiran hukum modern telah mereduksi makna keadilan itu sendiri. Hukum modern berada di persimpangan, sebab antara keadilan yang diputuskan dan hukum dalam penerapan terdapat perbedaan yang sangat besar. Keadaan yang gawat tersebut tampil dengan menyolok pada waktu membicarakan “supremasi hukum” yakni apakah yang dimaksud dengan supremasi hukum itu, supremasi keadilan atau supremasi UU? Pertanyaan tersebut memunculkan pengertian-pengertian seperti “*formal justice*” atau “*legal justice*” di satu pihak dan “*substansial justice*” di pihak lain.

Salah satu gagasan mengenai keadilan yang banyak dirujuk adalah gagasan John Rawls mengenai keadilan sebagai *fairness* sebagai upaya mewujudkan semangat egalitarian pada struktur masyarakat. Menurut John Rawls, pembagian nilai-nilai sosial yang primer (*primary social good*) disebut adil jika pembagiannya dilakukan secara merata, kecuali jika pembagian yang tidak merata merupakan keuntungan bagi setiap orang. Nilai-nilai sosial yang primer yang dimaksud adalah kebutuhan dasar yang sangat dibutuhkan untuk bisa hidup pantas sebagai manusia dan warga masyarakat. Kebutuhan dasar itu antara lain hak-hak dasar, kebebasan, kesejahteraan, dan kesempurnaan.

Keadilan di atas, menurut John Rawls akan dicapai jika struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*) yang disepakati dalam situasi kontrak menguntungkan semua pihak. Pandangannya mengenai situasi kontrak dalam membangun masyarakat memang bukanlah gagasan baru. Hal itu telah banyak ditawarkan oleh para pemikir pendahulunya, seperti Thomas Hobbes, John Locke, dan

J.J. Rousseau. Hanya saja, situasi kontrak masyarakat menurut John Rawls adalah 'sintesis' dan teori kontrak sosial sebelumnya cenderung utilitarianistik di satu sisi dan intuistik di lain sisi, di mana masing-masing memiliki cacat mendasar. Utilitarianisme telah memunculkan sikap-sikap pembenaran orang kuat yang tak adil terhadap orang lemah, dan mengancam hak-hak individu, sedangkan pandangan intuistik terjebak dalam subjektivisme moral, dan karenanya mengancam rasionalitas keadilan.

Selanjutnya dikatakan, bidang utama prinsip keadilan adalah struktur dasar masyarakat (*basic structure of society*) yang meliputi institusi sosial, politik, hukum, ekonomi, karena struktur institusi itu mempunyai pengaruh mendasar terhadap prospek kehidupan individu. Problem utama keadilan ialah merumuskan dan memberikan alasan pada sederet prinsip-prinsip yang harus dipenuhi oleh sebuah struktur dasar masyarakat yang adil, yaitu bagaimana prosedur merumuskan hukum yang mencerminkan rasa keadilan/aspirasi masyarakat.

Prinsip keadilan menurut John Rawls, haruslah berdasar pada asas hak, bukan manfaat. Jika asas manfaat yang menjadi dasar, maka ia akan mengabaikan prosedur yang *fair*: hal yang dianggap utama adalah hasil akhirnya yang memiliki banyak manfaat untuk sebanyak mungkin orang tanpa mengindahkan cara dan prosedurnya (*the greatest good for the greatest number*). Sebaliknya, prinsip keadilan yang berdasarkan pada asas hak akan melahirkan prosedur yang *fair* karena berdasar pada hak-hak (individu) yang tak boleh dilanggar (hak-hak individu memang hal yang dengan gigih diperjuangkan untuk melawan kaum utilitarian). Dengan menghindari pelanggaran terhadap hak semua orang sesungguhnya juga akan menciptakan prosedur yang adil (*fair*), apapun manfaat yang dihasilkannya. Lantas yang menjadi pertanyaan adalah mekanisme yang bagaimanakah

yang kondusif untuk menciptakan prosedur yang *fair* tersebut? John Rawls menyatakan, bahwa prosedur harus dibuat pada posisi asli yang diandaikan ada oleh orang-orang yang tak memihak, yang berada di balik selubung ketidaktahuan. Menurut John Rawls, *two principles of justice* adalah:

- a. *Each person has the same inderfeasible claim to a fully adequate scheme of equal basic liberties, which scheme is compatible with the same scheme of liberties for all; and*
- b. *Social and economic inequalities are to satisfy two conditions: First, they are to be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they are to be the greatest benefit of the least-advantaged members of society (the difference principle).*⁴¹

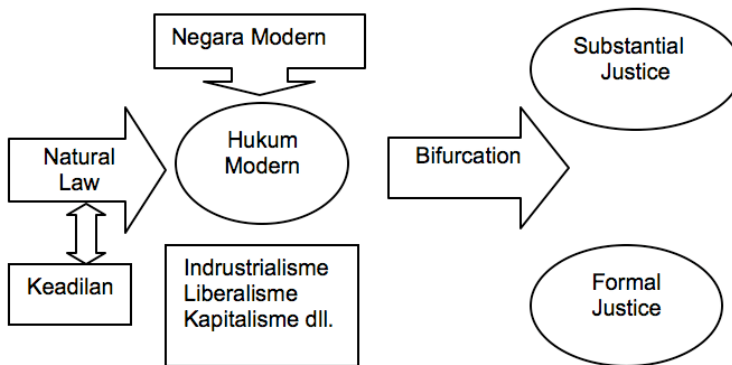
Secara lebih spesifik, John Rawls menyebut dua prinsip keadilan, yaitu *pertama*, setiap orang mempunyai hak yang sama atas kebebasan-kebebasan dasar yang paling luas yang dapat dicocokkan dengan kebebasan-kebebasan yang sejenis untuk semua orang. *Kedua*, ketidaksamaan sosial dan ekonomis diatur sedemikian rupa sehingga menguntungkan terutama orang-orang yang minimal beruntung, dan serentak juga melekat pada jabatan-jabatan dan posisi-posisi yang terbuka bagi semua orang dalam keadaan yang menjamin persamaan peluang yang *fair*.

Pendapat yang lebih dekat dengan bahasan mengenai keadilan prosedural dan keadilan substantif salah satunya disampaikan Magnis Suseno. Menurut Franz Magnis Suseno, pengertian keadilan dapat

⁴¹ John Rawls, *Justice as Fairness Restatement*, edited by Erin Kelly, The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, London, England, 2001, hlm. 52. Lihat juga Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan Dasar-Dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara*, Terjemahan dari judul *Theori Of Justice* ditulis oleh John Rawls, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2006, hlm 72.

dilihat dalam 2 (dua) arti pokok, yaitu keadilan dalam arti formal dan keadilan dalam arti materiil. Keadilan dalam arti formal adalah keadilan dalam arti bahwa hukum itu berlaku secara umum, sedangkan keadilan dalam arti materiil adalah keadilan dalam arti bahwa setiap hukum harus sesuai dengan cita-cita keadilan masyarakat.⁴² Kondisi ini digambarkan sebagai berikut:⁴³

Bagan 2 Persimpangan Makna Keadilan



Bagi bangsa Indonesia, reformasi, terutama reformasi hukum pada intinya merupakan usaha membangun hukum dengan lebih mendahulukan nilai-nilai keadilan di masyarakat. Menurut Qodry Azizy,⁴⁴ di era reformasi hukum seperti sekarang ini, konsekuensi yang paling menonjol ialah berkembangnya paham *rechtvindig-plus* atau *legal realism-plus* secara lebih kuat. Dengan demikian,

⁴² Franz Magnis Suseno, *Etika Politik*, hlm. 81.

⁴³ Otje Salman Soemadiningrat, *Menuju Pemikiran Hukum Progresif di Indonesia*, Makalah tidak diterbitkan, 2007, hlm 8.

⁴⁴ Qodri A. Azizy, *Hukum Nasional Eklektisisme Hukum Islam dan Hukum Umum*, PT Mizan Publika, Jakarta, 2004, hlm 255.

pertanggungjawaban negara tidak bisa lagi disandarkan pada semata-mata pada *legal formal* yang dibangun melalui pemahaman positivisme hukum sebagaimana yang dikatakan John Austin dan Hans Kelsen ketika memaknai hukum. Pada praktiknya, pada saat proses pengambilan kebijakan masih berlangsung, masyarakat telah berkembang lebih jauh menuntut pada terwujudnya nilai-nilai keadilan yang benar-benar ingin dirasakan oleh masyarakat. Hal ini merupakan salah satu makna tanggung jawab model pemerintahan yang sesuai dengan maksud dan tujuan *good governance* yaitu suatu pertanggungjawaban negara kepada bangsa dan rakyat. Menurut Qodri Azizy, selama berpuluh-puluh tahun Indonesia telah disuguhi oleh tuntutan rasa keadilan masyarakat yang sangat kurang terealisasi, kalau tidak dikatakan belum terwujud secara proporsional. Dalam pandangan Esmi Warassih,⁴⁵ pembangunan selama ini ternyata menciptakan ketidakberdayaan, baik secara individual maupun kelompok di segala bidang kehidupan masyarakat (*social, economic and political disempowerment*). Ketidakberdayaan ini membatasi akses masyarakat ke sumber daya negara, mempersulit keadilan hukum, dan hilangnya *bargaining power* sehingga rakyat semakin lemah terhadap praktik permintaan uang suap dalam menghadapi suatu persengketaan yang berakhir pada ketidakberdayaan masyarakat.

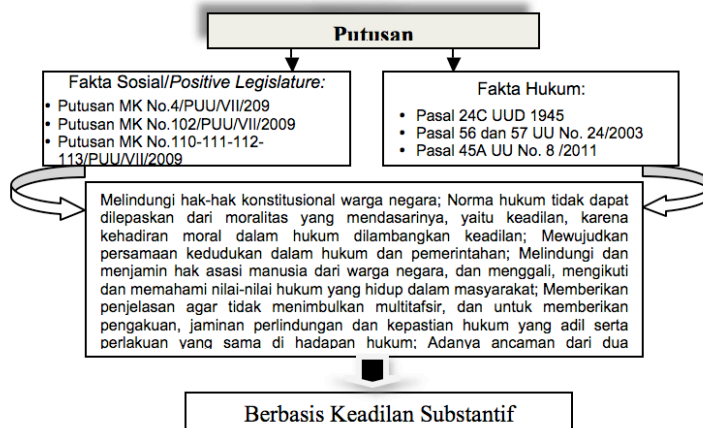
Salah satu hal yang patut direnungkan adalah sebagaimana dinyatakan oleh Koento Wibisono Siswomiharjo dalam seminar “Supremasi Hukum dalam Negara Demokrasi Menuju Indonesia Baru”⁴⁶ bahwa revitalisasi Pancasila sebagai dasar negara mempunyai makna bahwa Pancasila harus diletakkan dalam keutuhannya dengan

⁴⁵ Esmi Warassih, *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, PT Suryandaru Utama, Semarang, 2005, hlm 176.

⁴⁶ Koento Wibisono Siswomiharjo, *Supremasi Hukum dalam Negara Demokrasi Menuju Indonesia Baru*, Makalah disampaikan pada Seminar yang diselenggarakan Fakultas Hukum Undip, Kamis 27 Juli 2000 di Semarang, hlm 12.

Pembukaan UUD 1945 dan dieksplorasi sebagai paradigma dalam dimensi yang melekat padanya. Artinya dalam hal ini, terkait dengan pembentukan hukum, diperlukan upaya untuk mendudukkan para pihak dalam alur berpikir sesuai dengan nilai-nilai luhur pedoman hidup bangsa Indonesia Pancasila yang telah dirumuskan dan disepakati oleh para pendiri negara Indonesia sebagai⁴⁷ *modus vivendi* (pedoman hidup) bagi bangsa Indonesia yang pluralistik.

Pembentukan hukum oleh hakim MK, khususnya dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature* berbasis keadilan substantif, dapat digambarkan dengan alur pola sebagai berikut.



Dari alur pola di atas dapat ditegaskan kembali bahwa pembentukan hukum oleh MK atas kasus-kasus konkret terfokus pada upaya untuk merespon dan melindungi kepentingan masyarakat. Langkah ini antara lain dimaksudkan untuk memanusiakan sistem yang membungkam kaum termarginalkan, dan untuk itu diperlukan bentuk-bentuk perlawanan dan perjuangan secara politis yang menekankan hak-hak mereka sebagai manusia warga negara yang

⁴⁷ Qodri A. Azizy, *Hukum Nasional...*, *Op.Cit.*, hlm 21.

tersingkir. Keadilan substantif dalam konteks Negara Hukum Indonesia ialah keadilan yang sesuai dengan keadilan sosial. Konsep keadilan sosial yang dimaksud di sini tidak mungkin dilepaskan dari sudut falsafah Pancasila, yaitu suatu pemikiran yang menempatkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia sebagai tujuan akhir berbangsa dan bernegara. Terwujudnya keadilan sosial akan diharapkan paralel dengan terciptanya masyarakat Indonesia yang sejahtera. Keadilan dalam Pancasila ini mengandung prinsip bahwa setiap orang di Indonesia akan mendapat perlakuan yang adil baik dalam bidang hukum, politik, ekonomi, dan kebudayaan.

Keadilan sosial dalam sudut pandang Pancasila, dapat dipahami dari kedudukan Pancasila sebagai sumber tertib hukum yang tertinggi. Sjachran Basah mengatakan bahwa Negara Hukum Indonesia merupakan negara kemakmuran berdasarkan hukum dilandasi Pancasila, baik sebagai dasar negara maupun sebagai sumber dari segala sumber hukum dengan menolak absolutisme dalam segala bentuk. Kedudukan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara tercantum dalam Pasal 2 UU No. 10 Tahun 2004 tentang Tata Cara Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Dalam Penjelasan pasal tersebut dinyatakan bahwa penempatan Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum negara sesuai dengan Pembukaan UUD 1945 yang menempatkan Pancasila sebagai dasar dan ideologi negara serta sekaligus dasar filosofis bangsa dan negara, sehingga setiap materi muatan peraturan perundang-undangan tidak boleh bertentangan dengan nilai-nilai dasar yang terkandung dalam Pancasila.

Nilai dasar yang terkandung dalam Pancasila sebagaimana dimaksud di atas didasarkan pada alasan bahwa Pancasila telah ditetapkan sebagai dasar negara dan ideologi nasional bangsa Indonesia.

Hal ini membawa konsekuensi logis bahwa nilai-nilai dasar Pancasila harus dijadikan landasan pokok atau landasan fundamental bagi penyelenggaraan Negara Indonesia. Operasionalisasi dari nilai dasar tersebut adalah dalam penyusunan norma hukum di Indonesia, norma dasar atau landasannya adalah Pancasila. Negara Indonesia memiliki hukum nasional yang merupakan satu kesatuan sistem hukum. Sistem hukum Indonesia itu bersumber dan berdasar pada Pancasila sebagai norma dasar bernegara. Pancasila, dalam sistem hukum Indonesia, berkedudukan sebagai *ground norm* (norma dasar) atau *staatfundamental norm* (norma fundamental negara) dalam jenjang norma hukum di Indonesia.⁴⁸

Nilai-nilai dasar itu sifatnya abstrak dan tidak normatif, karena itu isinya belum dapat dioperasionalkan. Agar dapat dioperasionalkan dan eksplisit, perlu dijabarkan ke dalam nilai instrumental. Contoh nilai instrumental tersebut adalah UUD 1945 dan peraturan perundang-undangan lainnya. Sebagai nilai dasar, nilai-nilai tersebut menjadi sumber nilai, artinya dengan bersumber pada kelima nilai dasar di atas dapat dibuat dan dijabarkan nilai-nilai instrumental penyelenggaraan Negara Indonesia. Nilai-nilai Pancasila selanjutnya dijabarkan dalam berbagai peraturan perundang-undangan, ketetapan, keputusan, kebijaksanaan pemerintah, program-program pembangunan, dan peraturan-peraturan lain, yang pada hakikatnya merupakan nilai instrumental sebagai penjabaran dari nilai-nilai dasar Pancasila, termasuk diantaranya putusan MK. Nilai-nilai dasar Pancasila tersebut harus menjadi pedoman dan memberi arah bagi penyelenggaraan dalam berbagai bidang, termasuk bidang hukum. Keadilan substantif sebagai basis putusan Mahkamah Konstitusi pada

⁴⁸ Lihat Kuntjoro Purbopranoto, *Hak-Hak Azasi Manusia dalam Pancasila*, Pradnya Paramita, Jakarta, 1983, hlm. 49.

asasnya terkandung pada nilai-nilai dasar dari Pancasila khususnya nilai dasar keadilan sebagaimana termuat pada sila kedua dan kelima seperti dapat diuraikan di bawah ini.

Nilai adil pada sila kedua mengandung arti kesadaran sikap dan perilaku sesuai dengan nilai-nilai moral dalam hidup bersama atas dasar tuntunan hati nurani dengan memperlakukan sesuatu hal sebagaimana mestinya. Maknanya antara lain: (1) Mengakui dan memperlakukan manusia sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa; (2) Mengakui persamaan derajat, persamaan hak, dan kewajiban asasi setiap manusia, tanpa membeda-bedakan suku, keturunan, agama, kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit, dan sebagainya; (3) Mengembangkan sikap saling mencintai sesama manusia; (4) Mengembangkan sikap saling tenggang rasa dan tepa selira; (5) Mengembangkan sikap tidak semena-mena terhadap orang lain; (6) Menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan; (7) Gemar melakukan kegiatan kemanusiaan; (8) Berani membela kebenaran dan keadilan; (9) Bangsa Indonesia merasa dirinya sebagai bagian dari seluruh umat manusia; dan (10) Mengembangkan sikap hormat-menghormati dan bekerjasama dengan bangsa lain.

Nilai adil ini dalam hal pelaksanaan kewenangan MK memberikan arah bahwa segala bentuk putusan harus didasarkan pada keadilan substantif, yaitu keadilan yang diterima oleh sebagian besar masyarakat. Nilai keadilan pada sila kelima mengandung makna: bersikap adil terhadap sesama; menghormati hak-hak orang lain; menolong sesama; menghargai orang lain; melakukan pekerjaan berguna bagi kepentingan umum dan bersama.⁴⁹ Prinsip ini menghendaki putusan MK harus selalu dilandasi rasa adil bagi setiap orang ditujukan untuk tercapainya derajat kesejahteraan bagi

⁴⁹ *Ibid.* hlm 49.

seluruh rakyat Indonesia. Perwujudan nilai-nilai itu dalam putusan MK antara lain untuk menjamin hak-hak konstitusional warganegara agar tidak dirugikan, kesejahteraan atau keadilan yang diterima oleh semua warga negara. Putusan-putusan yang didasarkan pada pemahaman nilai-nilai keadilan dalam masyarakat akan menjelma menjadi putusan yang bernilai keadilan substantif. Dalam perspektif hukum progresif, inilah yang disebut dengan keadilan yang pro rakyat dan keadilan yang membahagiakan manusia. Keringnya pertimbangan hukum dari nilai-nilai kemasyarakatan karena lebih mengutamakan pada aspek normatif, akan menjadikan keringnya filosofi keadilan yang sifatnya substansial.

Dari perspektif teori bekerjanya hukum oleh Robert B. Seidman dan William J. Chambliss⁵⁰, dapat dijelaskan bahwa tindakan yang akan diambil oleh lembaga pembuat UU sebagai respons terhadap peraturan hukum, sangat tergantung dan dikendalikan oleh berfungsinya peraturan hukum yang berlaku dengan segenap sanksi-saksinya, dari seluruh kompleks kekuatan sosial, politik, dan lain sebagainya yang bekerja atas mereka, serta dari umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi. Teori bekerjanya hukum ini dapat memberi gambaran bahwa pembentukan putusan MK yang bersifat *positive legislature* sesungguhnya tidak hanya dikendalikan oleh peraturan hukum yang ada (konstitusi maupun UU) saja, tetapi dikendalikan juga oleh kekuatan sosial dan politik, dalam arti harapan-harapan publik atas keadilan. Kekuatan sosial ataupun kehendak sosial yang tercermin pada tuntutan keadilan sosial jelas perlu dipertimbangkan dalam membuat putusan. Kekuatan sosial berkenaan dengan keadilan yang diharapkan

⁵⁰ Satjipto Rahadjo, *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*, Banyumedia Publishing, Malang, 2009, hlm. 74.

masyarakat yaitu keadilan substantif. Dengan demikian keadilan substantif merupakan aspek utama yang harus dipertimbangkan oleh MK dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature*.

Dalam putusan UU Pilpres, *ratio decidendi* dalam putusan MK mendasarkan bahwa hak-hak warga negara untuk memilih dan hak konstitusional warga negara (*constitutional rights of citizen*) sehingga hak konstitusional tersebut di atas tidak boleh dihambat atau dihalangi oleh berbagai ketentuan dan prosedur administratif apapun yang mempersulit warga negara untuk menggunakan hak pilihnya, adalah pemikiran yang sesungguhnya keluar dari konteks *legal justice* atau keadilan prosedural semata. Terobosan hukum (*rule breaking*) yang dilakukan MK pada hari-hari terakhir menjelang pelaksanaan pemungutan suara Pilpres jelas keluar dari logika pemikiran hukum positif. Bagaimana mungkin MK mengeluarkan putusan yang harus segera dilaksanakan oleh penyelenggara Pilpres dalam waktu yang mendesak. Dengan persiapan yang relatif lama saja masih terjadi kecolongan dalam hal kecacatan administratif dalam penetapan DPT apalagi terhadap ketentuan baru dalam penggunaan KTP dan Paspor yang begitu mepetnya dengan pelaksanaan pemungutan suara. Inilah yang disebut sebagai terobosan hukum yang bernuansa progresif. Ekspektasi publik terhadap kelemahan penyelenggara Pilpres yang bisa saja berimplikasi pada runtuhnya legitimasi calon Presiden dan Wakil Presiden terpilih menjadi pupus. Tidak ada ruang lagi untuk mendalilkan bahwa ada tindakan masif menghilangkan hak konstitusional warga negara untuk memilih.

Putusan MK yang bersifat mengatur dalam pengujian UU, baik pada UU Pilpres maupun pada putusan tentang perhitungan tahap kedua penetapan calon legislatif dalam perspektif hukum responsif John Henry Marryman dan responsifnya Nonet dan

Selznick,⁵¹ menunjukkan bahwa para Hakim Konstitusi telah menunjukkan sikap yang mampu mengadopsi paradigma baru dan meninggalkan paradigma lama. Dari paradigma positivisme yang berorientasi pada formalistik-legalistik menuju paradigma *post positivisme* dengan nuansa hukum progresifnya. Hukum tidak lagi dilihat sebagai entitas yang berdiri sendiri, melainkan dia harus mampu berinteraksi dengan entitas lain dengan tujuan pokok, untuk mengadopsi kepentingan-kepentingan yang ada di masyarakat. Hukum tidak hanya dilihat dari kacamata teks UU belaka, melainkan menghidupkannya dalam kontekstualitasnya. Sikap hakim konstitusi dalam beberapa putusan yang bernuansa mengatur menunjukkan bahwa tidak selalu mendasarkan pada pertimbangan yuridis dan otonom teks UU, melainkan mencoba melihat sebuah persoalan dari berbagai perspektif dalam rangka untuk mewujudkan apa yang disebut keadilan substantif.

⁵¹ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive, Law, Harper and Row*. Terjemahan Mutaqien, Raisul, Hukum Responsif. Nusamedia, Bandung, 2008, hlm. 97.

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

BAB IV

**PELAKSANAAN PUTUSAN MK
YANG BERSIFAT *POSITIVE LEGISLATURE* MELALUI
FUNGSIONALISASI JARINGAN SOSIAL**



**Jaringan Sosial dalam Pelaksanaan Putusan MK yang Bersifat
*Positive Legislature***

1. Jaringan Sosial sebagai Bagian Modal Sosial

Isu tentang modal sosial (*social capital*) selalu mengemuka dalam setiap perbincangan tentang pembangunan. Modal sosial dinilai sebagai faktor penentu keberhasilan pembangunan suatu negara. Secara sederhana, Francis Fukuyama menyebut modal sosial sebagai serangkaian nilai-nilai atau nilai-nilai informal yang dimiliki bersama di antara para anggota suatu kelompok yang memungkinkan terjalannya kerjasama di antara mereka.¹ Karena itulah, Fukuyama menegaskan bahwa modal sosial adalah sebuah “*sine quanon*” bagi pembangunan.

¹ Francis Fukuyama, *The Great Disruption, Hakikat Manusia dan Rekonstruksi Tatahan Sosial*, dialihbahasakan oleh Ruslani, CV Qalam Press, Yogyakarta, 2002, hlm. 22.

Dalam realitas sosial, modal sosial merupakan sumber daya yang dapat dipandang sebagai investasi untuk mendapatkan sumber daya baru. Modal sosial ini terkandung dalam interaksi sosial, dan merupakan atribut dari suatu struktur sosial. Karena sifatnya yang demikian, maka penampakan modal sosial lebih sulit ditangkap, meskipun fungsionalitasnya mudah dirasakan. Menurut Jousairi Hasbullah, inti telaah modal sosial terletak pada bagaimana kemampuan masyarakat dalam suatu entitas atau kelompok untuk bekerjasama membangun suatu jaringan untuk mencapai tujuan bersama.²

Para pengkaji modal sosial seperti Robert D. Putnam, Francis Fukuyama, James Coleman, dan lain-lain menjelaskan bahwa dimensi modal sosial cukup luas dan kompleks, karena konsep modal sosial lebih menekankan pada potensi kelompok, dan pola-pola hubungan antar individu dalam suatu kelompok dan antar kelompok dengan ruang perhatian pada jaringan sosial, norma, nilai, dan kepercayaan antar sesama yang lahir dari anggota kelompok dan menjadi norma kelompok.

Modal sosial dapat didefinisikan baik dari segi nilai-nilai, jaringan, dan *output*.³ Para ahli yang mendefinisikan dari segi nilai (norma), sebagaimana Fukuyama, cenderung berfokus pada pentingnya kepercayaan antar pribadi untuk menyatukan orang dan memfasilitasi transaksi ekonomi dan politik. Nilai-nilai lain yang penting adalah perasaan yang kuat dalam kesetaraan politik dan keterlibatan masyarakat. Masyarakat dengan tingkat modal sosial yang tinggi melihat satu sama lain dalam persamaan politik, terikat

² Jousairi Hasbullah, *Sosial Capital Menuju Keunggulan Budaya Manusia Indonesia*, MR-United Press, Jakarta, 2006, hlm. 9.

³ Tom W. Rice, *Sosial Capital and Government Performance in Iowa Communities*, *Journal of Urban Affairs*, Volume 23, Number 3-4, pages 375-389. Urban Affairs Association, Iowa, 2001, hlm. 376.

bersama oleh hubungan horizontal dan kerjasama timbal balik, bukan oleh otoritas hubungan vertikal dan ketergantungan, dan mereka aktif dalam urusan umum, merasa mempunyai kewajiban untuk meningkatkan terpenuhinya kebutuhan publik.⁴ Semua nilai-nilai ini adalah karakteristik tingkat individu yang umumnya dipandang memberikan manfaat bagi masyarakat ketika hal itu tersebar luas.

Modal sosial dari segi jaringan, merujuk kepada tumpang hubungan yang terbentuk melalui jaringan (misalnya, kelompok asosiasi, club,) dari individu-individu yang menyediakan infrastruktur yang dibutuhkan manusia untuk mencapai tujuan-tujuan ekonomi, politik, dan sosial. Dibandingkan dengan nilai-nilai yang tidak berwujud, jaringan merupakan sesuatu yang konkret dan dapat diamati.⁵ Perbedaan lain adalah bahwa nilai-nilai terkait dengan modal sosial biasanya diasumsikan sebagai bangunan dari suatu masyarakat yang baik dan sejahtera.⁶

Modal sosial juga dapat didefinisikan dari sisi output sebagaimana yang dikatakan oleh Coleman, bahwa "*Social capital is productive, making possible the achievement of certain ends that in its absence would not be possible*".⁷ Tujuan ini mungkin bersifat fisik, seperti fasilitas rekreasi masyarakat yang dibangun oleh para relawan, atau mungkin berupa sesuatu yang kurang nyata. Menurut Robert D. Putnam sebagaimana dikutip Thomas Cusack, "*Social capital is defined as a feature of society that promotes social efficiency by way of facilitating coordinated actions*".⁸ Lebih lanjut dikatakan Putnam,

⁴ Robert D. Putnam, *Making Democracy Work*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1993, hlm, 88.

⁵ Tom W. Rice, *Social Capital and Government Performance in Iowa Communities*, *Journal of Urban Affairs*, Volume 23, Number 3-4, hlm. 376.

⁶ Robert D. Putnam, *Op.Cit.* hlm. 200.

⁷ Tom.W.Rice, *Op.Cit.*, hlm. 377.

⁸ Thomas R. Cusack, *Social Capital, Institutional Structures, and Democratic Performance: A Comparative Study of German Local Governments*, European

ada sejumlah aset dari modal sosial yang saling bergantung. Putnam menekankan ada 3 (tiga), yaitu:

*“First, there is trust which is held to be an “essential component of social capital” because it facilitates the cooperation necessary for coordination within society. Second, there is the norm of generalized reciprocity, which facilitates the resolution of dilemmas of collective action” it is described as a “highly productive component of sosial capital.” Third, there are networks of civics engagement which are also said to constitute “an essential component of sosial capital”.*⁹

Tiga unsur utama modal sosial, yaitu (1) saluran-saluran informasi dalam suatu komunitas; (2) Struktur otoritas; dan (3) kondisi batas. Saluran informasi berfungsi sebagai jaringan pertukaran ide, aspirasi, dan perasaan antar individu anggota komunitas. Sementara itu, struktur otoritas berfungsi untuk memelihara ketertiban dan stabilitas, di samping sebagai alat pengawas atas kegiatan para anggotanya. Selanjutnya, kondisi batas lebih kepada status individu dalam mengekspresikan, loyalitas dan kesepakatan, yang bentuknya dapat berupa batas-batas kultural, simbol-simbol dan praktik-praktik yang membedakan dari yang lain.¹⁰

Dengan demikian, konsep modal sosial lebih menekankan pada potensi kelompok dan pola-pola hubungan antar individu dalam suatu kelompok, antar kelompok dengan ruang perhatian pada jaringan sosial, norma, dan nilai. Kepercayaan antar sesama yang lahir dari anggota kelompok menjadi norma kelompok. Senada dengan pandangan yang luas ini, Bank Dunia mendefinisikan modal sosial

Journal Of Political Research, p. 35:1-34, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 1999, hlm. 4.

⁹ *Ibid*, hlm 4.

¹⁰ Garuda Wiko, *Rekonstruksi Regulasi Pengelolaan dan Pemanfaatan Sumber Daya Kelautan, Suatu Analisis Sosio-Legal terhadap Peraturan Sektor Perikanan di Kalimantan Barat*, Disertasi Program Doktor UNDIP, Semarang, 2006, hlm. 19.

sebagai sesuatu yang merujuk ke dimensi institusional, hubungan-hubungan yang tercipta, dan norma-norma yang membentuk kualitas dan kuantitas hubungan sosial dalam masyarakat. Modal sosial bukan sekedar deretan jumlah institusi atau kelompok yang menopang (*underpinning*) kehidupan sosial, melainkan dengan spektrum yang lebih luas, yaitu sebagai perekat (*social glue*) yang menjaga kesatuan anggota kelompok secara bersama-sama.¹¹

Sementara itu, James Coleman, mendefinisikan konsep modal sosial sebagai varian entitas yang terdiri dari beberapa struktur yang memfasilitasi tindakan dari para pelakunya, apakah dalam bentuk personal atau korporasi dalam suatu struktur sosial. Dengan demikian modal sosial inheren dalam struktur relasi antar individu. Struktur relasi dan jaringan inilah yang menciptakan iklim saling percaya, membawa saluran informasi, dan menetapkan norma-norma dan sanksi sosial bagi anggotanya.¹²

Modal sosial diartikan sebagai segala hal yang berkaitan dengan kerjasama dalam masyarakat untuk mencapai kualitas hidup yang lebih baik, dan ditopang oleh nilai-nilai dan norma-norma yang menjadi unsur-unsur utamanya seperti *trust* (rasa saling mempercayai), imbal-balik, aturan-aturan kolektif dalam suatu masyarakat dan sejenisnya. Ada beberapa unsur pokok modal sosial, yaitu: (1) partisipasi dalam suatu jaringan; (2) *reciprocity*; (3) *trust*; (4) norma sosial; (5) nilai-nilai; dan (6) tindakan yang proaktif.

Durkheim mengemukakan tentang tinggi rendahnya kohesi sosial masyarakat, antara lain sebagai berikut. Masyarakat tradisional yang diidentifikasi mempunyai populasi yang kecil masih menggunakan teknologi yang sederhana, hubungan interaksi antar

¹¹ Jousairi Hasbullah, *Social Capital Menuju Keunggulan Budaya Manusia Indonesia*, MR- United Press, Jakarta, 2006, hlm. 6.

¹² *Ibid*, hlm. 7.

anggota masyarakat tinggi dan intensif, cenderung memiliki kohesi sosial yang tinggi. Sementara itu masyarakat modern yang kompleks dengan populasi yang tinggi berteknologi maju, cenderung memiliki kohesi sosial yang rendah.¹³

Indonesia dalam beberapa hal dikatakan telah dan sedang menuju ke masyarakat dengan karakteristik modern, sehingga apabila digunakan teori Durkheim, maka dapat diduga dan dirasakan bahwa kohesi sosial anggota masyarakatnya mengalami penurunan. Karena itu, ketika modal sosial merupakan faktor penting yang menentukan keberhasilan pembangunan, sementara karena perkembangan sosial, ekonomi, dan politik telah mengakibatkan menurunnya modal sosial, maka salah satu jalan yang harus ditempuh adalah membangkitkan kembali munculnya modal sosial di tengah-tengah masyarakat, khususnya jaringan sosial untuk kepentingan pelaksanaan Putusan MK yang bersifat mengatur.

2. Jaringan Sosial Diperlukan dalam Mendukung Pelaksanaan Putusan MK yang Bersifat *Positive Legislature*

Putusan MK bersifat final dan mengikat.¹⁴ Demikian ketentuan yang ada dalam UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK. Selanjutnya Pasal 47, menyatakan bahwa “Putusan MK memperoleh kekuatan hukum tetap sejak selesai diucapkan dalam sidang pleno terbuka untuk umum”. Sifat final dan mengikat Putusan MK itu mencakup semua pengujian termasuk dalam pengujian UU. Seperti yang dikatakan oleh Harjono, hakim MK, bahwa Putusan MK itu mengikat dan final, jadi secara

¹³ Geral Turkel, *Law and Society; Critical Approach*, Allyn & Bacon, A Simon & Schuster Company, United States Of America, 1995, hlm. 28-33.

¹⁴ Pasal 10 UU MK, “Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk: a. menguji undang-undang...”

materiil putusan MK itu setara dengan UU, karena itu Putusan MK bisa langsung dilaksanakan tanpa harus menunggu perubahan UU.¹⁵ Idealnya putusan MK ditandaklanjuti dengan perubahan UU oleh pembentuk UU.¹⁶ Misalnya, Putusan MK No. 5/PUU-V/2007 yang memperbolehkan calon perseorangan dalam Pemiluakada. Putusan ini kemudian ditindaklanjuti oleh Pembentuk UU dengan membentuk UU No.12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua Atas UU No. 32 Tahun 2004, yang antara lain mengatur tentang calon perseorangan dalam Pemiluakada.

Sehubungan dengan pelaksanaan Putusan MK, dalam hal ini yang bersifat *positive legislature*, mengacu pada teori bekerjanya hukum dalam masyarakat bahwa berlakunya hukum dipengaruhi oleh kekuatan personel, ekonomi, sosial, budaya dan politik maka salah satu kekuatan sosial di sini adalah jaringan sosial. Secara umum jaringan dapat dipahami sebagai organisasi formal, dapat pula jaringan dipahami sebagai hubungan yang informal diantara berbagai organisasi yang masing-masing bersifat hierarki, tetapi berhubungan satu dengan yang lain. Jika jaringan dipahami sebagai modal sosial, maka jaringan sosial merupakan hubungan moral kepercayaan. Jaringan sebagai modal sosial adalah sekelompok agen-agen individual yang berbagi norma-norma atau nilai-nilai informal melampaui nilai-nilai atau norma-norma yang penting untuk transaksi-transaksi kebutuhan. Modal sosial merupakan jaringan-jaringan, nilai-nilai, dan kepercayaan yang timbul diantara anggota komunitas yang fungsinya memfasilitasi koordinasi dan kerjasama untuk manfaat bersama

Jaringan sosial dimaksudkan sebagai hubungan sosial antara seorang manusia dengan manusia lainnya. Anggota dari jaringan sosial

¹⁵ Wawancara dengan Hakim Konstitusi Harjono, tanggal 31 Juli 2010.

¹⁶ Lihat Pasal 10 ayat (2) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

ini bisa berupa sekumpulan orang yang mewakili titik-titik hubungan sosial. Satu titik atau pelaku hubungan sosial tidak harus diwakili dengan satu orang, tetapi juga bisa berupa sekumpulan orang, seperti organisasi, instansi, pemerintah atau negara. Selanjutnya hubungan sosial atau saling keterhubungan menurut Van Zanden¹⁷, merupakan interaksi sosial yang berkelanjutan relatif lama atau permanen yang akhirnya diantara mereka, terikat satu sama lain dengan atau oleh seperangkat harapan yang relatif stabil. Perhatian utama teori jaringan adalah relasi sosial atau pola objektif dari ikatan yang menyatukan anggota masyarakat (individu dan kolektif).¹⁸ Aktor jaringan itu bisa individu bisa kelompok dan masyarakat. Mengacu pendapat Van Zanden¹⁹ tersebut, KPU dapat dikatakan merupakan suatu organisasi atau instansi yang di dalamnya ada jaringan sosial.

Salah satu teori yang relevan untuk membahas fungsi jaringan sosial ialah teori Cybernetics sebagaimana yang dikemukakan Wiener. Teori ini merupakan teori pesan searah, yaitu proses komunikasi (sistem komunikasi), antara pemberi pesan dengan penerima pesan. Pemberi pesan merupakan pihak pertama yang memberi pesan kepada pihak kedua (penerima pesan), yang mengakibatkan timbulnya reaksi pada pihak kedua untuk memberikan informasi kepada pihak pertama. Tanpa adanya pesan dari pihak pertama, pihak kedua tidak akan memberi reaksi kepada pihak pertama. Pihak pertama melalui pesan yang diberikannya, juga berkedudukan sebagai pusat energi yang mendorong pihak kedua untuk bereaksi dan sebagai pengendali (*controller*) yang mengakibatkan pihak kedua hanya melakukan

¹⁷ *Ibid*, hlm 13.

¹⁸ Nurhadi, *Teori Sosiologi: Dari Teori Sosiologi Klasik Sampai Perkembangan Mutakhir Teori Sosial Posmodern*, Kreasi Wacana, Yogyakarta, 2009, hlm 470.

¹⁹ Rudy Agusyanto, *Jaringan Sosial dalam Organisasi*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm 13.

kegiatan (*reaksi*) sejumlah kehendak pihak pertama, karenanya teori ini disebut juga teori energi searah, atau juga teori kontrol searah.

Hakikat dari suatu sistem komunikasi adalah sistem perintah searah, dan sistem pengendalian searah. Sistem komunikasi itu merupakan proses hubungan antara ‘pemberi pesan’ yaitu MK dengan ‘penerima pesan’ yaitu anggota jaringan sosial. Jaringan sosial dalam KPU dan diteruskan kepada jaringan sosial dalam KPUD-KPUD²⁰, selanjutnya ke jaringan sosial PPK, dan yang paling rendah pada tingkat KPPS, serta didukung oleh warga negara. Jawaban (pesan balik) dari jaringan sosial semata-mata dianggap sebagai reaksi (akibat) yang disebabkan oleh adanya aksi (pemberian pesan) dari MK untuk melaksanakan putusan yang telah ditetapkan.

Berfungsinya jaringan sosial dalam pelaksanaan Putusan MK yang bersifat *positive legislature* ini ditunjukkan oleh jaringan sosial dalam KPU. Hal ini sebagaimana dikatakan anggota KPU, Andi Nurpati, bahwa KPU bahu-membahu dalam mensosialisasikan putusan MK ini, terlebih waktu pelaksanaannya yang tinggal beberapa jam lagi. Sosialisasi Putusan MK tersebut bukanlah hal gampang untuk dilaksanakan mengingat luasnya wilayah negara Indonesia.²¹ Menurut Ketua KPU, Abdul Hafiz Anshari AZ, KPU melaksanakan putusan MK yang bersifat mengatur tersebut karena putusan MK adalah hukum yang wajib dilaksanakan. Pendapat ini dipertegas oleh Anggota KPU, I Gusti Putu Artha, yang mengatakan bahwa KPU langsung melaksanakan putusan MK karena putusan itu merupakan tafsir dari MK dan tidak ada pasal yang dibatalkan, sehingga KPU

²⁰ Lihat Putusan MK No. 110-111-112-113/PUU/VII/2009. Di dalam putusan ini dinyatakan “...memerintahkan kepada KPU untuk melakukan penghitungan suara”.

²¹ “Implikasi Pasca Putusan MK soal KTP dan Paspor”, 6 Juli 2009, www.kanalpemilu.com, diunduh 3 September 2009, hlm 5.

langsung melaksanakan. Menurut Putu Artha, Putusan MK tersebut merupakan terobosan hukum untuk mengatasi masalah, karena itu Putusan MK dapat langsung dilaksanakan tanpa menunggu UU direvisi dahulu karena sudah jelas aturannya.²² Menurut Putu Artha, hal yang berbeda dilakukan manakala ada norma/pasal yang dibatalkan MK sehingga timbul kekosongan hukum, maka KPU tidak bisa langsung melaksanakan.²³ Artinya, dalam hal ini ada 2 (dua) macam pelaksanaan putusan MK. Manakala putusan MK itu bersifat *non self executing*, maka pelaksanaannya harus menunggu perubahan UU. Sementara, untuk putusan MK yang bersifat *self executing*, putusannya langsung dilaksanakan. Dalam hal ini, karena putusan MK mengenai pembolehan menggunakan KTP dan Paspor dalam Pilpres 2009 bersifat *self executing*, KPU dapat langsung melaksanakan cukup dengan mengeluarkan surat edaran.²⁴ Hal ini dilakukan setelah sebelumnya KPU menggelar rapat pleno pada 6 Juli tahun 2009 untuk menindaklanjuti putusan MK tersebut. Hasilnya, rapat pleno sepakat untuk melaksanakan putusan MK yang bersifat mengatur tersebut dengan alasan supaya tidak terjadi kekosongan hukum dan demi memenuhi tuntutan keadilan masyarakat.²⁵

Pada 7 Juli 2009, KPU menginstruksikan kepada masyarakat yang hendak menggunakan hak pilih dengan menggunakan KTP atau Paspor untuk segera mendaftarkan diri mengingat pemilih yang tidak terdaftar dalam DPT cukup banyak dan kemungkinan akan meningkat. Sementara itu, masyarakat juga turut berpartisipasi dalam pelaksanaan putusan MK tersebut. Ada sebanyak 382.540 pemilih

²² Wawancara dengan Anggota KPU, Endang Sulastri, pada 29 Juli 2010.

²³ Wawancara dengan Anggota KPU, I Gusti Putu Artha, pada 30 Juli 2010.

²⁴ Wawancara dengan Ketua KPU Abdul Hafiz AZ, pada 30 Juli 2010. Lihat pula Petunjuk teknis pasca Putusan MK No. 102/PUU-II/2009 yang dikeluarkan oleh KPU dengan Nomor Surat 1232/KPU/VII/2009 tanggal 6 Juli 2009.

²⁵ Wawancara dengan Ketua KPU Abdul Hafiz AZ, pada 30 Juli 2010.

di seluruh wilayah Indonesia yang menggunakan hak pilih dengan menggunakan KTP pada Pemilu Presiden dan Wakil Presiden 2009,²⁶ dengan rincian sebagai berikut.

Tabel 7 Rekapitulasi Jumlah Pemilih yang Menggunakan KTP dalam Pilpres Tingkat Nasional Tahun 2009

No	Provinsi	Jumlah Pemilih Dalam Daftar Pemilih Tetap	Jumlah Pemilih dalam DPT yang Menggunakan Hak Pilih	Jumlah Pemilih yang Menggunakan KTP
1	Nangroe Aceh	3.008.235	2.309.256	50.065
2	Sumatra Utara	9.472.577	6.058.836	24.494
3	Sumatra Barat	3.321.507	2.341.797	12.754
4	Riau	3.647.420	2.414.969	2.675
5	Jambi	2.198.902	1.621.858	3.428
6	Sumatra Selatan	5.314.087	3.969.388	7.228
7	Bengkulu	1.273.212	88.922	1.173
8	Lampung	5.496.836	4.127.993	2.012
9	Bangka Belitung	833.096	572.737	1.662
10	Kepulauan Riau	1.243.586	760.629	6.013
11	DKI Jakarta	7.668.058	5.178.575	60.453
12	Jawa Barat	30.124.175	23.079.427	50.395
13	Jawa Tengah	26.323.595	18.630.444	35.995
14	DI Yogyakarta	2.780.987	2.101.357	3.606
15	Jawa Timur	29.770.268	20.922.324	49.010
16	Banten	7.152.428	5.308.663	34.399
17	Bali	2.696.817	1.990.901	9.356

²⁶ Lihat Berita Acara No. 129/BA/KPU/VII/2009 tentang Rekapitulasi Hasil Penghitungan Perolehan Suara Pilpres Tingkat Nasional Tahun 2009.

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

No	Provinsi	Jumlah Pemilih Dalam Daftar Pemilih Tetap	Jumlah Pemilih dalam DPT yang Menggunakan Hak Pilih	Jumlah Pemilih yang Menggunakan KTP
18	NTB	3.242.086	2.441.809	7.121
19	NTT	2.813.603	2.230.681	4.887
20	Kalimantan Barat	3.217.953	2.364.248	3.039
21	Kalteng	1.607.949	1.052.557	3.113
22	Kalsel	2.593.599	1.817.122	4.185
23	Kalimantan Timur	2.474.351	1.652.264	10.430
24	Sulawesi Utara	1.743.009	1.303.089	1.993
25	Sulawesi Tengah	1.760.709	1.374.758	3.407
26	Sulawesi Selatan	5.834.408	4.324.844	20.294
27	Sulawesi Tenggara	1.558.299	1.131.362	3.176
28	Gorontalo	710.097	577.859	1.146
29	Sulawesi Barat	786.556	595.060	791
30	Maluku	1.062.380	807.991	0
31	Maluku Utara	739.218	567.298	240
32	Papua	2.184.177	1.870.090	0
33	Papua Barat	573.356	429.287	0
34	Luar Negeri	1.147.660	351.640	-
Total		176.375.196	127.163.035	382.540

Sumber: Berita Acara KPU No. 129/BA/KPU/VII/2009

Dari Tabel 7 di atas, dapat dikemukakan bahwa jumlah pemilih yang menggunakan KTP dalam Pilpres 2009 mencapai sebanyak 3%o pemilih dari total jumlah pemilih nasional. Hal

tersebut sekaligus menunjukkan bahwa masyarakat mendukung dan melaksanakan Putusan MK sebagai yang mengakui dan melindungi hak konstitusionalnya, terutama dalam hal ini hak untuk memilih.

Untuk level KPUD, menurut Ida Budhiati, Ketua KPUD Jawa Tengah, menyatakan bahwa KPUD melaksanakan Putusan MK tentang penggunaan KTP dalam Pilpres, dengan pertimbangan hasil rapat pleno dari dewan kehormatan yang sudah dibentuk sekaligus mempertimbangkan untuk memberi peluang kepada warga negara untuk menggunakan hak pilihnya dalam Pilpres. Kalau warga negara tidak diberi kesempatan memilih akan sangat mungkin terjadi permasalahan hukum di masyarakat, sedangkan lembaga legislatif tidak mungkin bisa mengubah aturan dalam waktu yang sangat cepat.²⁷ Hal demikian juga disampaikan, Ali, Anggota KPUD Magelang, bahwa jaringan sosial dalam KPUD melaksanakan putusan MK tersebut karena sesuai kultur masyarakat dan sesuai tuntutan masyarakat atau dengan istilah lain demi keadilan yang dituntut masyarakat²⁸, dan ada tuntutan masyarakat khususnya dalam pemenuhan hak konstitusional sesuai rasa keadilan masyarakat dan waktunya mendesak.²⁹

Berdasar data yang diperoleh, untuk Provinsi Jawa Tengah saja, terdapat 35.995 orang yang menggunakan hak pilih dengan menggunakan KTP pada Pilpres 2009,³⁰ dengan rincian sebagaimana tabel berikut.

²⁷ Wawancara dengan Ketua KPU Provinsi Jateng, Ida Budhiati, pada 28 Juni 2010.

²⁸ Wawancara dengan Anggota KPU Kabupaten Magelang, Ali, pada 14 Juli 2010.

²⁹ Wawancara dengan Ketua KPU Kota Surakarta, Didik, pada 9 Juli 2010.

³⁰ Berdasarkan wawancara dengan anggota jaringan sosial (KPUD Jateng) dan laporan dari KPUD Jateng pada 30 Juni 2010.

Tabel 8 Rekapitulasi Jumlah Pemilih yang Menggunakan KTP pada Pemilu Presiden dan Wakil Presiden di Jawa Tengah Tahun 2009

No.	KPU Kabupaten/ Kota	Pemilih yang Menggunakan Hak Pilih	Pemilih yang Menggunakan KTP					
			Laki- laki	%	Perem- puan	%	Jml	%
1	Kab Cilacap	958.076	1.166	0,12	1.287	0,13	2.453	0,26
2	Kab Banyumas	927.776	666	0,07	706	0,08	1.372	0,15
3	Kab Purbalingga	483.998	387	0,08	398	0,08	782	0,16
4	Kab Banjarnegara	506.747	241	0,05	211	0,04	452	0,09
5	Kab Kebumen	674.263	427	0,06	507	0,08	934	0,14
6	Kab Purworejo	425.626	208	0,05	287	0,07	495	0,12
7	Kab Wonosobo	465.888	373	0,08	430	0,09	803	0,17
8	Kab Magelang	732.036	486	0,07	589	0,08	1075	0,15
9	Kab Boyolali	564.924	321	0,06	381	0,07	702	0,12
10	Kab KlATEN	721.206	357	0,05	484	0,07	841	0,12
11	Kab Sukoharjo	473.742	716	0,15	925	0,20	1641	0,35
12	Kab Wonogiri	583.981	179	0,03	187	0,03	366	0,06
13	Kab Karanganyar	487.054	409	0,08	507	0,10	916	0,19
14	Kab Sragen	510.968	411	0,08	450	0,09	861	0,17

*Pelaksanaan Putusan MK yang Bersifat Mengatur
Melalui Fungsionalisasi Jaringan Sosial*

No.	KPU Kabupaten/ Kota	Pemilih yang Menggunakan Hak Pilih	Pemilih yang Menggunakan KTP					
			Laki- laki	%	Perem- puan	%	Jml	%
15	Kab Grobogan	726.776	383	0,05	406	0,06	789	0,11
16	Kab Blora	496.355	240	0,05	244	0,05	484	0,10
17	Kab Rembang	350.319	81	0,02	106	0,03	187	0,05
18	Kab Pati	689.230	224	0,03	234	0,03	458	0,07
19	Kab Kudus	415.607	222	0,05	286	0,07	508	0,12
20	Kab Jepara	573.816	312	0,05	274	0,05	586	0,10
21	Kab Demak	557.023	441	0,08	453	0,08	894	0,16
22	Kab Semarang	551.921	435	0,08	487	0,09	922	0,17
23	Kab Temanggung	462.619	79	0,02	104	0,02	183	0,04
24	Kab Kendal	539.643	327	0,06	425	0,08	752	0,14
25	Kab Batang	419.158	310	0,07	346	0,08	656	0,16
26	Kab Pekalongan	447.908	236	0,05	204	0,05	440	0,10
27	Kab Pemalang	672.501	757	0,11	799	0,12	1556	0,23
28	Kab Tegal	728.419	1.165	0,16	1.133	0,16	2298	0,32
29	Kab Brebes	911.510	1.707	0,19	1.672	0,18	3379	0,37
30	Kota Magelang	72.571	93	0,13	143	0,20	236	0,33

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

No.	KPU Kabupaten/ Kota	Pemilih yang Menggunakan Hak Pilih	Pemilih yang Menggunakan KTP					
			Laki- laki	%	Perem- puan	%	Jml	%
31	Kota Surakarta	302.805	500	0,17	573	0,19	1073	0,35
32	Kota Salatiga	101.951	100	0,10	104	0,10	204	0,20
33	Kota Semarang	862.166	2.752	0,32	3.153	0,37	5905	0,68
34	Kota Pekalongan	155.837	143	0,09	122	0,08	265	0,17
35	Kota Tegal	136.726	262	0,19	265	0,19	527	0,39
	Jumlah	18.691.146	17.116	0,09	18.879	0,10	35.995	0,19

Dari Tabel 8 dapat diketahui bahwa jumlah pemilih yang menggunakan KTP dalam Pilpres 2009 di Jawa Tengah sebanyak 0,19% dari seluruh jumlah pemilih. Sekali lagi, hal ini menunjukkan bahwa masyarakat, khususnya masyarakat Jawa Tengah mendukung pelaksanaan Putusan MK yang mengakui hak konstitusionalnya.

Uraian di atas menunjukkan bahwa jaringan sosial dalam organisasi (dalam hal ini KPU dan diteruskan kepada jaringan sosial dalam KPUD-KPUD, selanjutnya ke jaringan sosial PPK, dan yang paling rendah pada tingkat KPPS, serta didukung oleh warga negara), serta jaringan sosial lainnya merasakan bahwa putusan MK tersebut sesuai dengan rasa keadilan masyarakat, sesuai dengan nilai, norma yang dijadikan pedoman oleh masyarakat. Dalam hal ini, jaringan sosial lebih merupakan hubungan moral kepercayaan.³¹ Jaringan sebagai modal sosial adalah sekelompok agen-agen individual yang berbagi norma-norma atau nilai-nilai informal melampaui nilai-nilai atau norma-norma yang penting untuk transaksi-transaksi kepentingan/kebutuhan biasa. Norma-norma dan nilai-nilai ini bisa berkembang dari norma resiprositas sederhana yang dimiliki bersama di antara dua orang teman hingga sistem nilai yang kompleks yang diciptakan oleh organisasi formal atau non formal, misalnya organisasi formal, lembaga-lembaga swadaya masyarakat untuk mencapai tindakan terkordinasi atas dasar nilai-nilai bersama.³²

Dukungan jaringan sosial dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat *positive legislature* diberikan karena menganggap putusan-putusan tersebut sesuai dengan nilai dan norma dalam jaringan sosial di atas, menunjukkan adanya faktor non-hukum. Dalam hemat Penulis,

³¹ Francis Fukuyama, *The Great Disruption Human Nature and The Reconstitution of Social Order*, Profile Books, London. 2000, Terjemahan Ruslani, *The Great Disruption*, C.V. Qalam, Yogyakarta, 2002, hlm. 324.

³² *Ibid*, hlm. 325.

inilah peran dan fungsi jaringan sosial. Putusan-putusan MK ini tidak akan dapat dilaksanakan hanya dengan mengandalkan faktor hukum saja. Dengan kata lain, tanpa daya dukung jaringan sosial, putusan MK ini musthail dilaksanakan secara baik dan semestinya. Hal ini persis yang dikemukakan Satjipto Rahardjo bahwa kepatuhan pada putusan MK sangat tergantung pada penghormatan atas prinsip umum *rule of law*, konstitusionalisme, dan budaya hukum yang telah terbangun. Kepatuhan tersebut bukan lagi semata-mata bersifat hukum, karena faktor politik, sosiologis, dan budaya turut berperan. Meskipun disebutkan bahwa putusan MK secara yuridis sudah final, tetapi secara sosiologis belum karena Putusan MK masih harus berhadapan, bahkan terkadang harus berkonfrontasi dalam relasi kekuasaan dengan kekuatan-kekuatan yang berseberangan. Dalam hal ini, tercipta kondisi yang terbuka bagi interaksi putusan MK dengan kekuatan-kekuatan dalam masyarakat. Atau dengan kata lain, akan terjadi adu kekuatan antara pihak-pihak yang berseberangan dengan putusan MK.³³

Dalam konteks ini, jaringan sosial menjadi instrumen efektif dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat *positive legislature*, karena jaringan sosial ini pula yang mendorong tumbuhnya penghormatan budaya hukum yang melalui segenap sistem nilai dan tujuan-tujuan dalam jaringan sosial. Kesesuaian antara Putusan MK dengan sistem nilai dan tujuan-tujuan jaringan sosial itulah yang membuat putusan MK relatif lebih mudah dipatuhi dan dilaksanakan. Adalah tepat adanya manakala hukum dikatakan sebagai sebuah produk kebudayaan. Karena kebudayaan merupakan suatu "*blueprint of behaviour*" yang mencakup sistem tujuan-tujuan dan nilai-nilai yang memberikan pedoman-pedoman tentang apa yang harus dilakukan,

³³ Maruarar Siahaan, *Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi tentang Mekanisme Checks and Balances di Indonesia)*, Ringkasan Disertasi. Undip, 2010, hlm 73.

boleh dilakukan, dan apa yang dilarang maka hukum merupakan pencerminan nilai-nilai yang terdapat di dalam masyarakat.³⁴

Fungsionalisasi Jaringan Sosial dalam Pelaksanaan Putusan MK yang Bersifat *Positive Legislature*

Persoalan terkait dengan pelaksanaan Putusan MK setidaknya mencakup 3 (tiga) aspek, yaitu:³⁵

- (1) Aspek ketentuan dalam peraturan perundang-undangan.

Pada aspek pertama ini, problem yang menonjol ialah putusan MK acapkali melampaui batasan ketentuan UU yang kemudian menimbulkan permasalahan normatif. Jika UU MK membatasi amar putusan MK terdiri atas tiga jenis yaitu menolak, mengabulkan, atau tidak menerima, maka putusan MK yang menyatakan *conditionally constitutional* atau *conditionally unconstitutional* merupakan problem pada aspek ini.

- (2) Aspek putusan yang dikeluarkan.

Pada aspek kedua, putusan yang dikeluarkan, muncul beberapa persoalan, antara lain³⁶ putusan MK tidak menyelesaikan masalah tetapi justru menimbulkan masalah baru, untuk mewujudkan perubahan sebagaimana yang ditetapkan dan dikehendaki oleh putusan MK diperlukan

³⁴ RM. Sudikno Mertokusumo, *Meningkatkan Kesadaran Hukum Masyarakat*, Makalah, disadur dari internet, diunduh pada 10 Januari 2011, hlm 6.

³⁵ P3KHAM, *Laporan Kegiatan Pelaksanaan FGD*, Universitas Sebelas Maret, Surakarta, 2006, hlm. 5.

³⁶ Jamal Wiwoho, *Efektivitas Putusan Mahkamah Konstitusi terhadap Penyelenggaraan Pemerintahan*, Makalah disampaikan pada Seminar "Implikasi Putusan MK terhadap Sistem Perundang-Undangan, Kerjasama MK dan P3KHAM LPPM UNS, Surakarta, 17 Maret 2007, hlm 7.

proses perdebatan yang panjang, seperti halnya yang terjadi dalam proses pembentukan UU yang baru.³⁷

- (3) Aspek implementasi putusan atau respon para pihak (pemohon, pemerintah dan DPR), serta masyarakat terhadap putusan yang dikeluarkan.

Pada aspek ini, setidaknya dijumpai 2 (dua) masalah, yaitu:³⁸*Pertama*, delegitimasi putusan, hal ini dapat dilihat dari sejauhmana tingkat ketaatan para pihak, terutama pemerintah dan pihak-pihak yang terkait putusan lainnya untuk mematuhi dan melaksanakan putusan MK. *Kedua*, tidak adanya sanksi yang tegas bagi siapa saja yang tidak mematuhi putusan MK tersebut. Sehubungan dengan delegitimasi putusan, menurut Maruarar Siahaan,³⁹ kendala atau kesulitan dalam implementasi putusan MK lebih dikarenakan adanya pemahaman bahwa penyelenggara kekuasaan eksekutif dan legislatif yang diawasi dan dikontrol oleh Hakim MK bertentangan dengan demokrasi. Dalam hal ini, produk penyelenggara kekuasaan eksekutif dan legislatif berupa undang-undang dapat dibatalkan oleh sembilan orang hakim yang tidak dipilih oleh rakyat. Mengapa penyelenggara kekuasaan eksekutif dan legislatif yang dipilih secara langsung oleh rakyat justru diawasi dan dikontrol oleh Hakim MK yang tidak dipilih secara langsung oleh rakyat? Karena pemikiran seperti itu, tidak jarang putusan MK diabaikan, terlebih lagi untuk putusan yang dipandang merugikan kepentingan politik mereka. Lembaga legislatif maupun lembaga eksekutif selaku

³⁷ Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Cet.1, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 60.

³⁸ Jamal Wiwoho, *Op.Cit.* hlm.7.

³⁹ Maruarar Siahaan, *Undang-Undang Dasar 1945 Konstitusi yang Hidup*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm. 54.

pembentuk UU justru mewacanakan atau menunjukkan serangan balik untuk mengurangi kewenangan MK.⁴⁰ Karena MK dianggap terlalu sering membuat putusan kontroversial, ada yang mengibaratkan MK sebagai monster. Oleh karena itu, Agun Gunandjar, memandang perlunya larangan memutus yang mengandung *ultra petita* bagi MK dalam rangka mencegah MK berbuat semaunya, sehingga melanggar asas-asas hukum yang berlaku. Apabila tidak dicegah, dikhawatirkan cepat atau lambat akan menjelma menjadi lembaga tertinggi negara yang baru.⁴¹ Akhirnya, serangan balik itu tampak misalnya pada upaya pembentuk UU untuk membatasi kewenangan MK melalui pengesahan UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK. Salah satu contohnya, Pasal 45A dinyatakan, "*Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh Pemohon atau melebihi Permohonan Pemohon, kecuali terhadap hal tertentu terkait dengan pokok Permohonan*".⁴²

Kesulitan implementasi putusan MK antara lain juga karena ada beberapa UU yang sudah dibatalkan, akan tetapi tidak jelas kelanjutan tindaklanjutnya oleh Pembentuk UU yang imbasnya terjadi kekosongan hukum. Selain itu, ada pula UU yang telah dibatalkan, tetapi masih tetap digunakan sebagai kaidah hukum yang berlaku, UU Minyak dan Gas contohnya. Atau sebagai contoh lain, putusan MK tentang

⁴⁰ Maruarar Siahaan, *UUD 1945 sebagai Konstitusi yang Hidup*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, hlm. 54.

⁴¹ Agun Gunanjar, *Jangan Sampai MK Merasa Sebagai Lembaga Tertinggi Negara: Revisi UU MK*, diunduh dari laman <http://www.hukumonline/detail.asp?id=18042&cl=Berita>., tanggal 29 November 2009, hlm 4.

⁴² Lihat UU No. 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

pengujian UU APBN yang menyangkut anggaran 20% pendidikan. Dalam beberapa kali pengujiannya, putusan MK diabaikan oleh pihak eksekutif dan legislatif, dan baru pada tahun 2009 amanat konstitusi mengenai anggaran pendidikan minimal 20% baru terwujud. Hal serupa terjadi pula dalam Putusan MK Nomor 058-059-060-063/PUU-II/2004, dan No. 008/PUU-III/2005 tentang pengujian UU Sumber Daya Air, yang juga tidak dilaksanakan oleh Pemerintah pada tataran peraturan pelaksanaan maupun implementasi di lapangan yang tetap saja cenderung melegalkan privatisasi sumberdaya air.⁴³ Demikian pula, Putusan MK No. 003/PUU-IV/2006 tentang Pembatalan Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1), UU RI No 31 tahun 2009. Dalam praktik di lapangan, para jaksa dalam pelaksanaan tugas jaksa penyidikan dan/atau penuntutan kasus korupsi di Jawa Tengah tidak merujuk dan memperhatikan putusan tersebut.⁴⁴

Ringkasnya, Penulis hendak mengatakan bahwa putusan MK cenderung tidak berwatak implementatif. Seringkali putusan MK dihadang oleh hambatan dan rintangan yang mengganggu dan menghambat pelaksanaan putusan tersebut. Memang, akan selalu ada pihak-pihak yang tidak puas dengan putusan MK, terlebih lagi ketika MK menerapkan prinsip *rule*

⁴³ Lihat Suteki, *Rekonstruksi Politik Hukum tentang Hak Menguasai Negara Atas Sumber Daya Air Berbasis Nilai Keadilan Sosial (Studi Privatisasi Pengelolaan Sumber Daya Air)*, Disertasi PDIH Undip, Semarang, 2008, hlm. 283. Menurut Suteki, telah terjadi deviasi politik hukum atas hak menguasai negara sebagaimana digariskan dalam Pasal 33 UUD 45.

⁴⁴ Lihat Rahmad Bowo S, dkk, *Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi No 003/PUU-IV/2006 Mengenai Pembatalan Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1), UU No. 31 tahun 2009 dalam Perkara Tindak Pidana Korupsi di Jawa Tengah*, Penelitian Kerjasama MK RI dan PSHK Unisulla, Semarang, 2007, hlm 65.

breaking, seperti halnya yang terlihat dalam putusan yang bersifat *positive legislature*. Biasanya, mereka datang dari kalangan penganut mazhab dan paradigma pemikiran positivistik hukum, yang harus diakui saat ini masih mendominasi sebagian besar praktisi dan akademisi hukum Indonesia. Kritik terhadap putusan MK bahkan kadangkala muncul demikian keras Ramlan Surbakti misalnya, menyatakan kecenderungan MK mengambil keputusan berupa *positive legislation* sangat berbahaya karena dua alasan, yaitu (1). MK yang seharusnya jadi pengawal konstitusi justru akan jadi perusak konstitusi karena mengambil alih tugas DPR, dan (2). MK akan jadi saluran kepentingan politik golongan atau kelompok yang gagal memasukkan kepentingannya menjadi bagian UU.⁴⁵

Lain lagi menurut Adnan Buyung Nasution yang menyatakan beberapa putusan MK telah melebihi *petitum*. Oleh karena itu, MK dapat dikatakan telah melanggar doktrin yang berlaku umum. MK yang demikian ini amat berbahaya bagi konsep negara hukum itu sendiri, karena akan membangunkan ular tidur dari aliran pikiran dan kekuatan-kekuatan politik di negara yang sejak semula menolak adanya lembaga MK, karena berpegang teguh pada asas *volkssoevereniteit* (asas kedaulatan rakyat).⁴⁶ Adnan Buyung dalam hal ini lebih condong pada prinsip supremasi parlemen dalam sistem ketatanegaraan. Dalam hal ini Adna Buyung menyatakan bahwa MK harus menyadari dirinya bahwa dasar kelahirannya (*raison d'être*) adalah untuk menjaga kehidupan konstitusional di negara

⁴⁵ Ramlan Surbakti, <http://cetak.kompas.com/read/2010/08/09/02404681/mahkamahkonstitusi.pembuat.>, hlm 2.

⁴⁶ Adnan Buyung Nasution, "Quo Vadis Hukum dan Peradilan di Indonesia", Kompas, 22 Desember 2006, hlm 13.

Indonesia, tegasnya untuk menjaga agar tidak ada satu UU pun yang melanggar konstitusi. Dengan perkataan lain, itulah dasar filosofis negara konstitusional di mana MK merupakan bentengnya.

Berkebalikan dengan pandangan-pandangan yang resisten tersebut, jaringan sosial lebih melihat bukan pada sifat putusan, apakah itu *ultra petita* atau merangsek ke ranah legislatif, melainkan lebih pada sisi kemanfaatan putusan yang memang dirasakan sesuai dengan nilai-nilai dan rasa keadilan dalam masyarakat. Karena itulah, jaringan sosial setuju dengan adanya putusan MK yang bersifat *positive legislature* terutama untuk mengisi kekosongan hukum dan mewujudkan keadilan masyarakat. Sebenarnya di dalam KPU sendiri sempat terjadi perdebatan panjang antara untuk bertindak langsung melaksanakan putusan MK atau menunggu penggantian UU. Karena itu, KPU berharap seharusnya pembentuk UU segera menindaklanjuti setiap putusan MK yang menghendaki tindaklanjut legislasi. Malahan, agar KPU mantap dan jelas, putusan MK yang bersifat mengatur sebaiknya diatur dalam UU MK.⁴⁷ Agar MK tidak menjadi diktator, dalam arti hakim tidak sebebas-bebasnya membuat putusan yang bersifat mengatur, maka perlu diatur asal tidak menimbulkan masalah dan dibatasi supaya tidak keluar dari konteks perkara yang sedang dibahas.⁴⁸ Meskipun sebenarnya, hakim MK memiliki landasan untuk membuat putusan yang bersifat *positive legislature* karena hakim itu bisa menjalankan peraturan,

⁴⁷ Wawancara dengan Ketua KPU, Abdul Hafiz Anshary AZ, pada 30 Juli 2010.

⁴⁸ Wawancara dengan Yance Aryona, Mahasiswa Pasca Sarjana UI dan aktivis LSM Jaringan Pembaharuan Hukum Indonesia, Peneliti Epistema Insitut, Jakarta, pada 30 Mei 2011.

menafsirkan peraturan kalau peraturannya belum jelas, atau membuat hukum kalau belum ada aturannya, namun hakim MK tetap saja perlu dibatasi supaya tidak sewenang-wenang dalam membuat putusan.⁴⁹

Kembali ke putusan MK yang bersifat *positive legislature*, apabila dilihat dari kacamata *legal formal*, memang putusan tersebut tidak berdasar hukum atau melanggar hukum. Akan tetapi, kalau dilihat dari kacamata keadilan substantif, maka putusan yang bersifat mengatur sangat penting untuk dilakukan, bahkan tidak bisa dikatakan melanggar hukum. Untuk itu, menurut Penulis, supaya putusan MK itu ada dasar hukumnya dan tidak dipertanyakan lagi oleh para pihak, maka putusan MK tersebut perlu diatur dalam UU MK.⁵⁰

Salah satu dasar MK membuat putusan yang bersifat putusan *positive legislature* ialah untuk mengisi kekosongan hukum, terutama yang terjadi setelah MK membatalkan suatu norma dalam UU. Jika MK tidak bertindak demikian hanya sangat mungkin akan terjadi kekosongan hukum. Andi Tri Haryono, Ketua LSM DEWA ORGA (*Democracy Watch Organization*), mengatakan bahwa putusan MK yang *positive legislature* sesungguhnya merespon keinginan masyarakat dalam rangka melaksanakan *check and balances* antar lembaga negara, namun demikian perlu diatur dan dibatasi agar tidak kebablasan.⁵¹ Sejalan dengan pendapat itu, Arief Hidayat, Ketua

⁴⁹ Wawancara dengan Siti Maria Rahman Herawati, Direktur Lembaga Bantuan Hukum Kota Semarang 30 Mei 2011.

⁵⁰ Wawancara dengan Rahmat Bowo, Anggota Asosiasi Pengajar HTN-HAN Jawa Tengah dan Dewan Etik LSM Patiro (Pusat Telaah Informasi Regional) yang bergerak di bidang Kebijakan Publik dan Transparansi, Kota Semarang, pada 31 Juli 2010.

⁵¹ Wawancara dengan Andi Tri Haryono, Ketua LSM DEWA ORGA (*Democracy Watch Organization*) Jawa Tengah, pada 11 Agustus 2010.

Asosiasi Pengajar HTN-HAN Jawa Tengah, menyatakan bahwa sudah saatnya MK membuat putusan yang merespon dan mengakomodir kebutuhan masyarakat sesuai keadilan yang hakiki hidup dalam masyarakat.⁵²

Penulis sepakat dengan pendapat demikian, karena menurut pandangan Penulis, pendapat yang menentang putusan MK yang bersifat *positive legislature* tampaknya lebih didasari oleh dominasi pemikiran *normative-legalistik*, sehingga putusan-putusan MK yang tidak sejalan dengan teks UU dianggap membahayakan hukum itu sendiri. Pendapat yang demikian ini karena tidak melihat secara arif kemanfaatan dari putusan MK yang bersifat *positive legislature* yang secara faktual dapat mengisi kekosongan hukum dan mencegah terjadinya kekacauan (*chaos*) dalam masyarakat.

Dalam perspektif implementasi, faktor non-hukum terhadap keberhasilan pelaksanaan putusan MK yang bersifat *positive legislature*, tampak dari adanya perdebatan di dalam KPU antara langsung melaksanakan putusan MK atau menunggu penggantian UU. Artinya, ada yang mengatakan seharusnya DPR segera menindaklanjuti putusan MK tersebut, agar supaya KPU mantap dan jelas, oleh karena itu putusan MK yang bersifat mengatur sebaiknya diatur dalam UU MK.⁵³ Dari sudut pandang Penulis, pernyataan tersebut menunjukkan bahwa aspek hukum yaitu putusan MK yang bersifat *positive legislature* tidak menyebabkan jaringan sosial langsung melaksanakan, tetapi lebih pada aspek non-hukumnya yaitu

⁵² Wawancara dengan Arief Hidayat, Ketua Asosiasi Pengajar HTN-HAN Jawa Tengah, pada 1 Agustus 2010.

⁵³ Wawancara dengan Ketua KPU, Abdul Hafiz Anshary AZ, pada 30 Juli 2010.

adanya faktor sosial, yaitu kesesuaiannya dengan nilai-nilai yang ada pada jaringan sosial. Seperti misalnya, ditegaskan oleh Ali dan Didik, bahwa jaringan sosial dalam KPUD melaksanakan putusan MK tersebut karena sesuai kultur masyarakat dan sesuai tuntutan masyarakat atau dengan istilah lain demi keadilan yang dituntut masyarakat.⁵⁴ Selain itu, ada tuntutan masyarakat, khususnya dalam pemenuhan hak konstitusional sesuai rasa keadilan masyarakat, terlebih lagi waktunya sangat mendesak.⁵⁵

Model Fungsionalisasi Jaringan Sosial dalam Pelaksanaan Putusan MK yang Bersifat Positive Legislature

Terkait dengan pelaksanaan putusan MK, sebagaimana telah disinggung sebelumnya, terdapat dua jenis putusan MK. Pertama, putusan yang bersifat *self executing*. Artinya, putusan MK dapat dilaksanakan tanpa pengaturan lebih lanjut oleh lembaga negara yang berwenang. Kedua, putusan yang bersifat *non self executing* yakni putusan yang membutuhkan pengaturan lebih lanjut dalam pelaksanaannya. Dalam kaitan ini, Ali Safaat⁵⁶ menyatakan, “bahwa mengingat norma dalam UU adalah satu kesatuan sistem, maka ada pelaksanaan putusan yang harus melalui tahapan-tahapan tertentu, tergantung pada substansi putusan. Ada putusan yang dapat dilaksanakan langsung tanpa harus dibuat peraturan baru atau perubahan, ada pula yang memerlukan pengaturan lebih lanjut

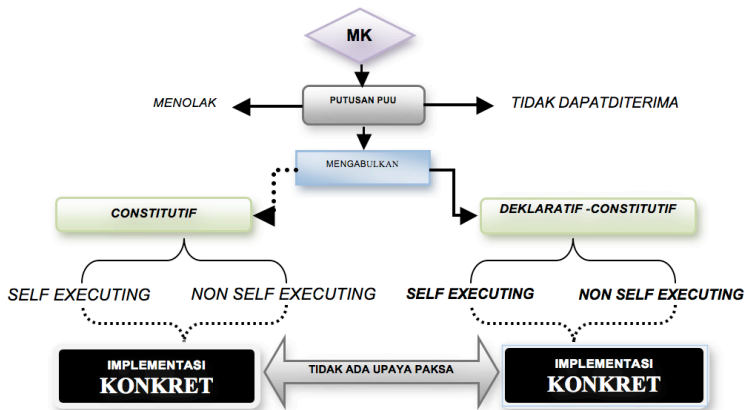
⁵⁴ Wawancara dengan Anggota KPU Kabupaten Magelang Ali, pada 14 Juli 2010.

⁵⁵ Wawancara dengan Ketua KPU Kota Surakarta, Didik, pada 9 Juli 2010.

⁵⁶ M. Ali Safaat, *Kekuatan Mengikat dan Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi*, <http://anomalisemesta.blogspot.com/2009/02/kekuatan-mengikat-dan-pelaksanaan.html>.

terlebih dahulu oleh lembaga yang berwenang. Dengan demikian, baik putusan MK yang memerlukan pengaturan atau perubahan UU maupun putusan yang sifatnya *self executing* keduanya tetaplah membutuhkan tindak lanjut implementasinya dalam kasus-kasus konkret oleh pihak-pihak yang berwenang. Model pelaksanaan putusan MK dalam pengujian UU tersebut dapat disajikan pada bagan di bawah ini.

Bagan 4 Model Pelaksanaan Putusan MK



Mengapa Putusan MK dapat bersifat *non-self executing* atau *self executing*? Alasannya ialah karena norma dalam UU adalah satu kesatuan sistem yang terkait dengan peraturan perundang-undangan lainnya. Oleh karenanya, ada pelaksanaan putusan yang harus melalui tahapan-tahapan tertentu, ada pula yang dapat berlangsung tanpa tahapan yang rumit, bergantung pada substansi putusan itu sendiri. Putusan yang langsung dapat dilaksanakan adalah putusan membatalkan norma tertentu yang tidak mengganggu sistem norma yang ada karenanya tidak memerlukan pengaturan lebih lanjut.⁵⁷

⁵⁷ M. Ali Safa'at, *Kekuatan Mengikat Putusan MK*, diunduh dari laman: <http://anomalisemesta.blogspot.com/2009/02/kekuatan-mengikat-dan-pelaksanaan>.

Tindaklanjut putusan MK yang seperti ini dapat berupa UU, Perppu, PP, ataupun peraturan pelaksanaan lainnya dari instansi yang terkait, misalnya Peraturan KPU. Hanya saja yang harus dicatat, dibutuhkan atau tidaknya peraturan pelaksanaan, putusan MK tetap membutuhkan pelaksanaan dalam tataran konkret.

Pada konteks putusan MK yang bersifat *positive legislature* putusan MK akan bersifat *constitutif*, dalam arti putusan MK akan melahirkan keadaan hukum baru yang bersifat mengatur. Putusan MK dalam perkara pengujian seharusnya itu disampaikan kepada DPR, DPD, Presiden, dan MA⁵⁸, namun pada kenyataannya, MK memerintahkan juga kepada KPU untuk melaksanakannya.⁵⁹ Hal ini misalnya terdapat dalam Putusan No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009. Atas dasar itu, jaringan sosial dalam organisasi (KPU, KPUD Provinsi, dan KPUD Kabupaten/Kota) melaksanakan putusan-putusan tersebut meski sebelumnya didahului oleh perdebatan untuk memutuskan langsung melaksanakan putusan MK atau menunggu UU direvisi dahulu. Perdebatan itu terjadi karena aktor di dalam jaringan sosial belum memiliki persepsi yang sama tentang Putusan MK tersebut, dalam hal ini adalah Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009. Setelah disepakati, kemudian KPU melaksanakan putusan MK tersebut untuk mencegah kekosongan hukum yang berpotensi mengakibatkan *chaos*.

Langkah tersebut diteruskan kepada KPUD Provinsi dan KPUD Kota/Kabupaten. Ida Budhiati mengatakan, pelaksanaan putusan MK tersebut merupakan perintah dari KPU Pusat yang

hlm 1.

⁵⁸ Lihat Pasal 59 Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

⁵⁹ Lihat amar putusan MK Nomor 110-111-112-113/PUU-VII/2009. KPU dalam penelitian ini adalah merupakan jaringan sosial dalam organisasi.

harus dilaksanakan.⁶⁰ Nuswantoro Dwi Warno, Anggota KPUD Provinsi Jawa Tengah⁶¹ menyatakan, pelaksanaan putusan MK yang dalam putusannya mengatur itu selain merupakan karena perintah KPU pusat, juga karena disertai pertimbangan rasa keadilan warga masyarakat, khususnya dalam rangka memenuhi hak konstitusional warga untuk menentukan pemimpinnya. Hal serupa diikuti juga anggota jaringan sosial dalam KPUD Kota/Kabupaten. Mereka pun melaksanakan putusan MK tersebut karena ada perintah dari KPU Pusat. Dalam hal ini, Ali⁶² mengatakan, pihaknya melaksanakan putusan MK karena ada edaran resmi dari KPU Pusat⁶³ untuk melaksanakan putusan MK tersebut. Hal tersebut menunjukkan bahwa jaringan sosial dalam organisasi yang sebenarnya tidak memiliki fungsi melaksanakan putusan MK yang dalam putusannya bersifat *positive legislature* ikut melaksanakan putusan MK, yaitu karena adanya perintah dan menganggap bahwa putusan tersebut sesuai dengan rasa keadilan warga masyarakat khususnya dalam rangka memenuhi hak konstitusional warga negara.

Untuk membahas model fungsionalisasi jaringan sosial dalam implementasi putusan MK, Penulis mengacu pada teori bekerjanya hukum menurut Robert B. Seidman dan William J. Chambliss, teori Komunikasi dari Wiener, dan jaringan sosial dari Francis Fukuyama. Berikut ini disusun model fungsionalisasi jaringan sosial putusan MK yang dalam putusannya mengatur.

⁶⁰ Wawancara dengan Ketua KPUD Provinsi Jateng, Ida Budhiati, pada 28 Juni 2010.

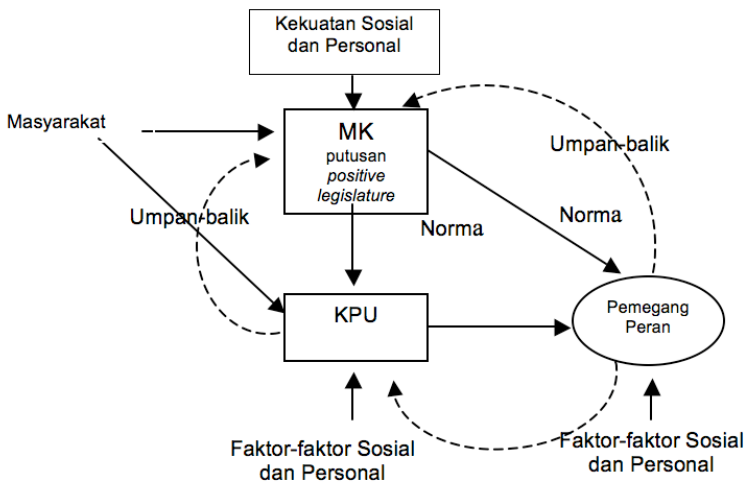
⁶¹ Wawancara dengan Anggota KPUD Provinsi Jawa Tengah, Nuswantoro Dwi Warno, pada 28 Juni 2010.

⁶² Wawancara dengan Anggota KPUD Kabupaten Magelang, Ali, pada 14 Juli 2010.

⁶³ Wawancara dengan Ketua KPUD Kota Surakarta, Didik, pada 9 Juli 2010.

Teori Bekerjanya Hukum menurut Robert B. Seidman dan William J. Chambliss

Menurut teori ini, pembentukan dan bekerjanya hukum tidak akan terlepas dari pengaruh atau asupan kekuatan-kekuatan sosial dan personal, kekuatan sosial politik. Teori bekerjanya hukum ini dapat menjelaskan bagaimana pengaruh dari personal, lingkungan ekonomi, sosial, budaya, serta politik dalam proses pembentukan dan implementasinya. Itulah sebabnya kualitas dan karakter hukum juga tidak lepas dari pengaruh bekerjanya kekuatan-kekuatan sosial dan personal tersebut terutama kekuatan-kekuatan politik pada saat hukum itu dibentuk. Teori bekerjanya hukum menurut Robert B. Seidman dan William J. Chambliss, dapat digambarkan sebagai berikut.



Dari bagan di atas dapat dibuat penjelasan mengenai bekerjanya putusan MK yang dipengaruhi oleh jaringan sosial sebagai bagian dari modal sosial, sebagai berikut.

- (1) Terdapat beberapa putusan MK yang bersifat mengatur guna menegakkan keadilan substantif (*substantive constitutional justice*), dengan *ratio decidendi* bahwa putusan tersebut dikeluarkan dalam keadaan yang mendesak serta demi menghindari *rechttvacuum*. Oleh karenanya, dalam kondisi tersebut, tampak MK seolah-olah masuk dalam kedudukan sebagai *positive legislator*.
- (2) Setiap putusan MK merupakan hukum yang berkedudukan setara dengan UU. Putusan itu merupakan UU dalam arti *in concreto*. Oleh karena itu, putusan MK juga memiliki kekuatan mengikat sebagaimana UU bagi pihak-pihak yang terkait dengan putusan tersebut.
- (3) Dalam pembuatan putusan, hakim berperan sebagai telinga sosial yang mendengarkan tuntutan dan suara hati masyarakat yang disuarakan melalui LSM, media massa, ormas, orpol, dan lain sebagainya, sehingga diharapkan akan menjadi pertimbangan putusan yang pada akhirnya menjadikan putusan berperspektif *social justice*.
- (4) Oleh karena kekuatan mengikat hukum berdasarkan prinsip supremasi konstitusi, maka putusan MK haruslah dijalankan oleh pemegang peran, meskipun putusan MK tidak memiliki aparat pemaksa, dalam arti tidak ada sarana hukuman/sanksi yang diberikan langsung kepada pihak pemegang peran yang tidak mau melaksanakan putusan. Pemegang peran di sini terdiri atas seluruh jaringan sosial, baik kehendak-kehendak personal, jaringan informal, misalnya LSM, media massa, Paguyuban-paguyuban, ormas, dan lain sebagainya, serta organisasi formal, misalnya Pemerintah, KPU, DPR, DPRD, dan lain sebagainya.

- (5) MK dalam hal ini memiliki peran ganda, baik sebagai pembentuk norma sekaligus juga sebagai penegak norma. Sementara, KPU hanya berperan sebagai lembaga pelaksana dan penegak norma dalam tataran kasus konkret atas pengujian UU yang terkait.
- (6) Ketiadaan mekanisme hukum pemaksa yang secara langsung dapat memaksa pihak-pihak terkait dengan putusan MK menjadikan putusan MK dalam banyak hal menjadi tidak memiliki kekuatan eksekusi dalam tataran kasus konkret, terlepas apakah putusan bersifat *self executing* atau *non self executing*.
- (7) Ketiadaan mekanisme tersebut menyebabkan MK membutuhkan asupan nonhukum dalam rangka bekerjanya hukum yang telah dibentuknya. Bekerjanya hukum tersebut sangat dipengaruhi oleh bekerjanya jaringan sosial sebagai bagian dari modal sosial
- (8) Bekerjanya jaringan sosial sebagai bagian dari *social capital* membutuhkan unsur-unsur pokok wajib ada menyertai putusan MK yang bersifat mengatur tersebut. Unsur-unsur pokok pendukung tersebut adalah adanya nilai bersama, aturan bersama, solidaritas sosial, adanya koordinasi-kerjasama, dan adanya tujuan bersama yang hendak dicapai. Dalam hal ini jaringan sosial sebagai bagian dari modal sosial adalah merupakan hubungan moral kepercayaan.⁶⁴

Dalam Putusan Nomor 102/PUU-VII/2009, terlihat 3 (tiga) hal menarik. *Pertama*, putusan MK ini karena sudah membuat norma sedemikian teknisnya, maka tidak diperlukan peraturan pelaksanaan

⁶⁴ Francis Fukuyama, *The Great Disruption Human Nature and The Reconstitution of Social Order*, Profile Books, London. 2000, Terjemahan Ruslani, 2002, *The Great Disruption*, C.V.Qalam, Yogyakarta, hlm. 324.

lebih lanjut. Kalaulah diperlukan, sebagaimana kebutuhan di lapangan, maka KPU hanya menggunakan kewenangan *pseudo wetgeving/ beleids regel*, yang berbentuk juklak-juknis, surat edaran ataupun yang sejenisnya. Tindakan inilah yang kemudian diambil oleh KPU dalam masa-masa mendekati hari pemungutan suara. Artinya, dalam tataran ini tidak ada permasalahan yang berarti, tidak memerlukan campur tangan DPR maupun Pemerintah sebagai pembentuk UU yang mungkin akan memerlukan waktu yang relatif lama, termasuk juga KPU yang memiliki delegasi perundang-undangan untuk membuat Peraturan KPU dalam hal terjadi kekosongan hukum dalam pelaksanaan Pemilu.

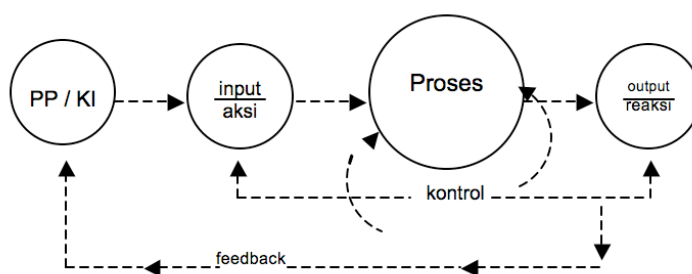
Kedua, putusan MK ini relatif tidak mengganggu sistem norma yang ada karenanya tidak memerlukan pengaturan lebih lanjut. Salah satu masalah yang mungkin terjadi adalah adanya *ghost voter* yang diakibatkan oleh kepemilikan KTP atau Paspor ganda. Sistem penggunaan kartu pemilih dan undangan pencoblosan pun harus disadari karena sesungguhnya tidak menghilangkan keberadaan fenomena *ghost voter* ini juga.

Ketiga, putusan MK ini yang sifatnya *erga omnes* mengikat semua pihak, tidak hanya pemerintah dan DPR, akan tetapi lebih daripada itu terkait semua pihak yang ada kaitannya dengan pelaksanaan UU Pilpres dan Putusan MK yang dijatuhkan. Putusan ini memiliki implikasi yang sangat luas dalam tataran implementasi konkretnya, oleh karena melibatkan tidak hanya ribuan, akan tetapi jutaan orang. Oleh karena itu, tanpa adanya jaringan sosial yang bekerja, mustahil putusan MK ini dapat diimplementasikan dengan sukses di lapangan.

Teori Komunikasi menurut Wiener

Teori Komunikasi menurut *Cybernetics*⁶⁵ dapat disajikan dengan gambar sebagai berikut.

Gambar 1
Desain Proses Sistem Komunikasi Menurut *Cybernetics*



Dalam kaitan dengan pelaksanaan putusan MK oleh jaringan sosial, bagan di atas dapat dijelaskan sebagai berikut.

- (1) Hakikat dari suatu sistem komunikasi adalah sistem perintah searah, dan sistem pengendalian searah. Sistem komunikasi itu merupakan proses hubungan antara ‘pemberi pesan” yaitu MK dengan “penerima pesan” yaitu anggota jaringan sosial dalam organisasi.
- (2) Putusan MK No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009 dalam amar putusannya memerintahkan KPU untuk melaksanakan penghitungan kursi DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota tahap kedua hasil Pemilu tahun 2009 berdasarkan putusan MK ini.

⁶⁵ Norbert Wiener, *The Human Use of Human Beings, Cibernetic and Society*, Doubleday & Company, Inc, New York 1950 dalam Lili Rasjidi, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rosda Karya, Bandung, 1993, hlm. 44 – 63.

- (3) Dalam implementasi Putusan MK No. 102/PUU-VII/2009 jaringan sosial dalam organisasi (KPU) mengeluarkan petunjuk teknis⁶⁶ penggunaan KTP bagi warga negara Indonesia yang belum terdaftar dalam DPT Pemilu Pilpres 2009, yang disampaikan kepada KPUD Provinsi dan KPUD Kabupaten/Kota.
- (4) Jaringan sosial dalam organisasi (KPUD Provinsi dan KPUD Kabupaten/Kota) memproses input/perintah karena sesuai dengan norma bersama dan nilai keadilan dalam masyarakat jaringan sosial dalam organisasi (KPUD Provinsi dan KPUD Kabupaten/Kota) pun melaksanakannya.

Konsep Jaringan Sosial sebagai bagian Modal Sosial

Menurut Fukuyama,⁶⁷ berfungsinya jaringan sosial terkait dengan nilai-nilai dan norma-norma sekelompok individual hingga sistem nilai yang kompleks yang diciptakan oleh organisasi formal atau non formal, misalnya lembaga-lembaga swadaya masyarakat untuk mencapai tindakan terkoordinasi atas dasar nilai-nilai bersama. Bekerjanya jaringan sosial dalam melaksanakan putusan MK ini tentu bukanlah persoalan yang mudah karena diperlukan asupan unsur-unsur lain dari modal sosial. Modal sosial merupakan jaringan-jaringan, nilai-nilai, dan kepercayaan yang timbul di antara para anggota komunitas, yang fungsinya memfasilitasi koordinasi dan kerjasama untuk manfaat bersama (*trust, value, norms, and networks that facilitate cooperation for mutual benefit*).⁶⁸

⁶⁶ Lihat Surat KPU No. 1232/KPU/VII/2009 tentang Petunjuk teknis pasca Putusan Mahkamah Konstitusi No. 102/PUU-VII/2009 tanggal 6 Juli 2009.

⁶⁷ Ruslani, *The Great Disruption*, C.V.Qalam, Yogyakarta, 2002, hlm. 325.

⁶⁸ Robert D. Putnam, *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*, Princeton University Press, Princeton, 1993, hlm. 167.

(1) *Trust*

Trust merupakan sikap saling mempercayai di masyarakat yang memungkinkan masyarakat tersebut saling bersatu dengan yang lain memberikan pada peningkatan modal sosial.⁶⁹ Dalam kaitannya dengan putusan MK yang dalam putusannya mengatur, seperti memperbolehkan KTP dan Paspor untuk memilih, maka kepercayaan juga harus dibangun antara organisasi-organisasi, baik formal, informal maupun dengan masyarakat itu sendiri sebagai kepercayaan kolektif yang bersumber dari kepercayaan individu. Tingkat kepercayaan antara satu anggota masyarakat dengan anggota lainnya terhadap kelompoknya akan mendukung partisipasi masyarakat dalam rangka membangun kemajuan bersama, sebaliknya kehancuran tingkat kepercayaan akan menjadi problem sosial yang bisa menghambat pengembangan tujuan-tujuan bersama. Dalam hal ini moral kepercayaan KPU sampai jaringan formalnya ke bawah, maupun masyarakat secara luas harus terbentuk sebagai prasyarat dilaksanakannya putusan MK yang bersifat mengatur. Kepercayaan juga harus dibangun oleh MK sebagai pihak yang mengeluarkan putusan-putusan agar mencerminkan keadilan yang relatif sama antara para hakim dan masyarakat.

(2) *Values*

Nilai adalah suatu ide yang telah turun-temurun dianggap benar dan penting bagi anggota masyarakat. Nilai senantiasa memiliki konsekuensi yang *ambivalent*, dari optik yang satu dianggap positif tetapi dari optik yang lain negatif. Nilai senantiasa berperan penting bagi kehidupan manusia dalam

⁶⁹ Francis Fukuyama, *Trust: Social Virtues and Creation of Prosperity: Trust: Social Virtues and Creation of Prosperity*: NY, Free Press, 1995, hlm. 78.

bermasyarakat. Biasanya terdapat nilai-nilai tertentu yang mendominasi ide yang berkembang. Dominasi tersebut akan mempengaruhi dan membentuk *the rule of conduct, the rules of behaviour*, dan secara bersama-sama akan membentuk *cultural pattern*. Mengacu pada teori ini dapat ditunjukkan bahwa berfungsinya jaringan sosial (dalam hal ini dalam KPU, jaringan sosial lainnya, sekaligus juga masyarakat) yang mendukung pelaksanaan putusan MK menganggap putusan MK yang bersifat *positive legislature* sesuai dengan nilai-nilai atau norma-norma masyarakat. Nilai inilah yang diidentifikasi sebagai nilai keadilan substantif dan nilai-nilai demokrasi substansial.

(3) Fasilitasi kerjasama yang proaktif

Dalam perspektif modal sosial, tindakan proaktif memiliki tingkat kualitas yang lebih tinggi apabila dibandingkan dengan partisipasi dalam suatu jaringan. Tindakan proaktif tidak hanya menuntut seseorang untuk terlibat, melainkan juga mencari jalan bagi keterlibatan mererka dalam suatu kegiatan masyarakat. Kerjasama yang proaktif sesungguhnya telah terfasilitasi sebelumnya oleh adanya jaringan formal yang didukung oleh adanya sumberdaya dan sumberdana yang memadai dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat mengatur.

(4) *Mutual benefit* (tujuan bersama)

Tujuan bersama adalah pengikat bagi berlakunya suatu sistem hukum. Tujuan bersama yang hendak dicapai oleh Putusan MK yang memperbolehkan penggunaan KTP dan Paspor untuk memilih, penghitungan suara tahap kedua, dan diperbolehkannya mantan narapidana untuk menjadi calon anggota jabatan publik yang dipilih, jelas dilandaskan pada prinsip-prinsip kedaulatan

rakyat. Ia tidak ditujukan untuk menguntungkan kepentingan kelompok tertentu, melainkan bagi semua apakah itu partai yang berkuasa, pihak oposisi dan bahkan golongan non partisan. Legitimasi bagi Presiden dan Wakil Presiden terpilih menjadi dampak yang paling nyata dari serangkaian keuntungan yang saling timbal-balik satu sama lain.

(5) *Norms*

Norma merupakan sekumpulan aturan yang hidup dan diakui sebagai kaedah bagi suatu entitas sosial dalam bermasyarakat. Keberadaan norma bersama ini menjadi landasan bagi pemahaman bersama dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat mengatur. Norma dalam pelaksanaan putusan MK ini telah diinsyafi sebagai norma bersama tanpa adanya resistensi dari sebagian besar jaringan yang bekerja untuk melaksanakan putusan MK. Norma inilah yang ditemukan dari substansi amar putusan MK tersebut.

Berlakunya putusan MK memerlukan dukungan dari kekuatan-kekuatan lain selain hukum dengan sanksi-sanksinya. Kekuatan lain yang diperlukan untuk berlakunya putusan MK berupa kekuatan sosial, politik, serta adanya umpan balik yang datang dari pemegang peran dan birokrasi. Mengingat dikeluarkannya putusan MK yang berorientasi pada kebutuhan dan kepentingan masyarakat yang sangat mendesak dan supaya tidak menimbulkan konflik, maka kekuatan sosial memegang peranan penting pula dalam mendukung berlakunya putusan MK. Hal ini sejalan dengan pendapat Brian Z. Tamanaha⁷⁰ bahwa hukum dan masyarakat memiliki bingkai yang disebut "*the-law-society framework*" yang memiliki karakteristik hubungan tertentu.

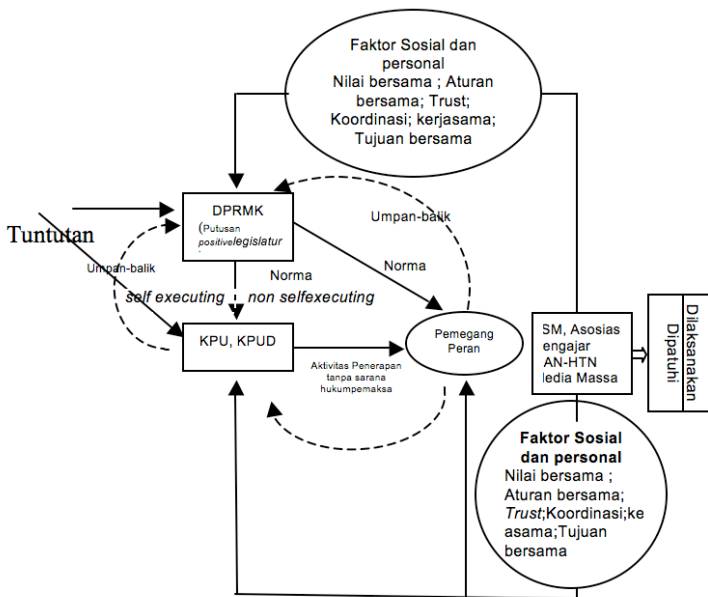
⁷⁰ Donald Black, *The Behaviour Of Law*, Academic Press, New York, 1976, hlm 61.

Hubungan tersebut ditunjukkan dengan 2 komponen dasar. Komponen pertama terdiri dari 2 (dua) tema pokok yaitu ide yang menyatakan bahwa hukum adalah cermin masyarakat, dan ide bahwa fungsi hukum adalah untuk mempertahankan “social order”. Komponen ke dua terdiri dari 3 (tiga) elemen, yaitu *custom*, *morality*, dan *positive law*.

Berdasarkan Teori Bekerjanya Hukum dari Robert B. Seidman dan William J. Chambliss, dan Teori Jaringan Sosial sebagai bagian modal sosial dapat dibangun model fungsionalisasi jaringan sosial dalam pelaksanaan Putusan MK yang dalam putusan yang bersifat *positive legislature* sebagai berikut.

Bagan 5

Model Fungsionalisasi Jaringan Sosial dalam Pelaksanaan Putusan MK yang Bersifat *Positive Legislature*



Keterangan:

Berlakunya putusan MK yang bersifat mengatur tidak memiliki daya dukung, karena itu agar putusan tersebut didukung oleh jaringan sosial, maka model fungsionalisasi yang ditawarkan adalah sebagai berikut.

- (1) Harus ada pejabat yang mengeluarkan regulasi dalam bentuk peraturan perundang-undangan terkait dengan putusan MK yang bersifat *non self-executing*, jadi pelaksanaan putusannya harus menunggu perubahan peraturan terlebih dahulu, baru putusan itu bisa dilaksanakan.
- (2) Adanya kebijakan dari MK yang memerintahkan kepada jaringan sosial dalam organisasi untuk melaksanakan putusan MK yang bersifat mengatur, terkait dengan putusan MK yang bersifat *self-executing*, dan kebijakan KPU membuat surat edaran untuk melaksanakan keputusan MK terkait dengan hak pilih warga negara dengan menggunakan KTP bagi warga negara yang berada di Indonesia dan warga negara yang berada di luar negeri dengan menggunakan paspor, penghitungan tahap kedua suara pemilihan legislatif, dan diperbolehkannya mantan narapidana mencalonkan diri untuk jabatan-jabatan publik yang dipilih dengan syarat-syarat tertentu yang diatur.
- (3) Agar fungsionalisasi jaringan sosial dapat berjalan dengan baik, maka ada prasyarat minimal, yaitu:
 - a. Adanya Putusan MK yang dapat memenuhi rasa keadilan masyarakat.
 - b. Adanya usaha membangkitkan masyarakat untuk memenuhi apa yang sudah diputuskan oleh MK.

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

- c. Putusan MK yang dapat memenuhi keadilan yang relatif sama antara hakim dan masyarakat.
- d. Jaringan sosial sebagai bagian modal sosial mempunyai kepercayaan dan keinginan yang tinggi untuk mewujudkan keadilan masyarakat.

BAB V

POTRET KONSTRUKSI REGULASI KEWENANGAN MK DALAM PENGUJIAN UNDANG-UNDANG



Putusan yang bersifat *positive legislature* telah dipraktikkan dan menjadi yurisprudensi sejak tahun 2004. Menurut Hakim Konstitusi Akil Mochtar dengan mengatakan bahwa perluasan kewenangan MK dalam membuat putusan, tidak perlu diatur secara formal dalam undang-undang. Alasannya menurut Akil Mochtar, putusan yang bersifat mengatur akan selalu muncul untuk memenuhi kebutuhan, terutama untuk mengisi kekosongan hukum, Untuk itu, praktik putusan yang bersifat mengatur tersebut dibiarkan saja mengalir sebagai suatu dinamika perkembangan hukum.¹ Senada dengan pendapat Akil Mochtar, Laica Marzuki, mantan Hakim Konstitusi menyatakan bahwa putusan MK yang bersifat mengatur tidak perlu diatur secara formal dalam UU. Biarkan saja itu berkembang sesuai dengan dinamika perkembangan dalam masyarakat. Menurut Laica, hal semacam inilah yang disebut *judicial activism*.² Demikian pula

¹ Wawancara dengan Hakim Konstitusi Akil Mochtar, tanggal 12 Agustus 2010.

² Wawancara dengan Laica Marzuki, Mantan Hakim Konstitusi, 12 Agustus

menurut Hakim Konstitusi Ahmad Fadlil Sumadi,³ bahwa putusan MK yang bersifat mengatur tidak perlu diatur biar saja mengalir mencari keadilan sesuai tuntutan masyarakat.

Berdasarkan pendapat-pendapat itu maka karena telah berkembang dalam praktik, maka putusan MK yang bersifat mengatur tersebut tidak perlu diatur secara formal dalam UU. Dan atas dasar itu, Penulis berpendapat agar putusan MK yang bersifat *positive legislature* seharusnya tidak dilarang. Jika dilarang, sangat mungkin MK terbelenggu oleh hukum yang tidak adil dan pada akhirnya akan terjebak pada positivesme dan legisme hukum. Hal demikian memungkinkan potensi kerugian kepentingan banyak pihak, karena sangat mungkin dengan teks amar putusan yang positivistik dan legsi itu malah menjadi kontraproduktif. Sebagai peradilan konstitusi yang menguji norma, dalam hal ini norma UU terhadap norma UUD, MK membutuhkan dibukanya seluas mungkin praktikkan *judicial activism*. Tujuannya agar norma-norma konstitusi dapat ditegakkan sesuai dengan prinsip penegakan hukum dan keadilan serta independensi hakim yang bertanggungjawab.

Kondisi tersebut justru mendapat tentangan oleh DPR. Menurut DPR, Putusan MK tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh pemohon atau melebihi Permohonan pemohon, kecuali terhadap hal itu tertentu yang terkait dengan pokok Permohonan. Oleh karena itu, dalam UU No. 8 tahun 2011 tentang Perubahan atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang MK, hal tersebut dituangkan dalam Pasal 45A.⁴ Salah satu

2010.

³ Wawancara dengan Hakim Konstitusi Ahmad Fadlil Sumadi, tanggal 12 Agustus 2010.

⁴ Pasal 45 A Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 menyatakan: "Putusan Mahkamah Konstitusi tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta

argumentasinya, sebagaimana yang dikatakan mantan Ketua Bales FX Soekarno, pengaturan mengenai putusan MK tersebut dalam rangka memperjelas hukum acara dan kewenangan MK agar tidak ada lagi pandangan MK seolah-olah lembaga *superbody*.⁵ Terhadap pendapat demikian, Penulis menyatakan, kekerasan teks UU yang antara lain melarang MK melembagakan praktik *judicial activism* tersebut bisa jadi malah menjadikan ketidakbermanfaatan putusan dalam hal-hal yang memang sangat mendesak dan pengaturan demi menghindari kekosongan hukum. Namun demikian, menurut Penulis, yang perlu mendapatkan perhatian di sini ialah praktik *judicial activism* bisa bermakna positif dalam hal dapat menghadirkan keadilan yang hakiki, atau bisa juga bermakna negatif dan destruktif manakala digunakan untuk memelihara konservatisme lembaga peradilan atau memuluskan preferensi subjektif para elit maupun para hakim sendiri.

Singkatnya, Penulis menyimpulkan bahwa membatasi secara restriktif dengan mengakomodir ketentuan mengenai larangan pembuatan putusan yang bersifat mengatur bagi hakim konstitusi adalah bentuk gagasan konservatif, akan tetapi, memberikan kebebasan yang seluas-luasnya tanpa batasan yang rasional juga dapat memberikan kecenderungan terbentuknya lembaga peradilan yang otoriter (*judicial authority*) yang pada akhirnya juga dapat menciderai prinsip *check and balances* dan rasa keadilan itu sendiri. Dengan demikian, *judicial activism* dan *judicial self-restraint* sebaiknya tidak perlu ditempatkan sebagai dogma yang saling bertentangan, sebab keduanya merupakan komponen yang

oleh pemohon atau melebihi Permohonan pemohon, kecuali terhadap hal itu tertentu yang terkait dengan pokok Permohonan.”

⁵ FX Soekarno, *Jangan Sampai MK Merasa Sebagai Lembaga Tertinggi Negara: Revisi UU MK*, Artikel, www.hukumonline.com, diunduh tanggal 22/11/07. hlm 4.

krusial dalam fungsi kekuasaan kehakiman.⁶ Adanya perpaduan aliran pemikiran hukum yang beragam, seperti aliran positivis yang konservatif ataupun progresif, patut dipertahankan karena memiliki nilai lebih masing-masing dalam nuansa “pertarungan” pertimbangan hukum pada saat merancang suatu putusan pengadilan.

Dalam perspektif hukum progresif, sesungguhnya perubahan terhadap UU MK tidak berangkat dari kebutuhan atau keharusan yang mutlak. Hukum progresif menekankan proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, tetapi pada kreativitas pelaku hukum dalam konteksnya, dalam berbagai kasus yang ditangani. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada tanpa menunggu perubahan peraturan.⁷ Sebaliknya, ajaran hukum progresif juga tidak menafikkan sama sekali perihal pentingnya revisi suatu peraturan manakala memang terbukti tidak mendukung upaya penegakan hukum yang adil. Berkaca pada realita penegakan hukum di atas, maka dapat pula ditawarkan gagasan pembatasan kekuasaan MK melalui perubahan progresif UU MK sebagai salah satu alternatif pembenahan sistem peradilan tata negara di Indonesia.

Memang, berkebalikan dengan pendapat yang selama ini ada, Penulis lebih menganggap pentingnya rekonstruksi kewenangan MK dalam pengujian UU, khususnya dalam putusan yang bersifat *positive legislature*. Dalam konteks penegakan hukum, setidaknya terdapat empat alasan mengapa diperlukan perubahan UU MK yang memberikan kewenangan bagi hakim konstitusi

⁶ Pan Mohamad Faiz, Loc.Cit., hlm 37.

⁷ Bernard L. Tanya, dkk., *Teori Hukum. Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, CV. Kita, Surabaya, 2006, hlm 213.

untuk membuat putusan yang bersifat *positive legislature*. Pertama, demi menghindarkan perdebatan berkepanjangan terkait dengan tindakan *positive legislature* yang selama ini ditempuh. Dengan dilegalkannya *positive legislature*, maka diharapkan akan lebih menjadikan persamaan persepsi (terutama pihak legislator) terhadap pelaksanaan putusan-putusan MK yang mengandung norma pengaturan ataupun petunjuk perubahan.

Kedua, tradisi hukum yang dianut di Indonesia masih dipengaruhi oleh *civil law system*, yang lebih melihat peraturan perundang-undangan sebagai sumber hukum utama. *Ketiga*, dengan dilegalkannya putusan yang bersifat mengatur, maka sudah seharusnya pula ditentukan batas-batas yang rasional bagi hakim MK dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature*. Hal ini penting untuk dilakukan mengingat kedudukan MK jelas tidak boleh menjadi pembuat UU yang mandiri. Artinya, MK dapat membantu badan legislatif dalam memenuhi fungsinya, tetapi mereka tidak dapat menggantikan Legislatur dan memberlakukan UU, dan tidak juga memiliki kebijaksanaan berbasis politik dalam rangka menciptakan norma-norma hukum atau ketentuan yang tidak dapat dimanifestasikan dari Konstitusi itu sendiri.⁸ Batas-batas pemisahan kekuasaan dan *check and balances* tetaplah harus ditegaskan. *Keempat*, dengan menghadirkan aturan yang progresif, maka diharapkan bisa lebih mendorong terwujudnya penegakan hukum yang progresif.

⁸ Allan R. Brewer-Carías, *Constitutional Courts As Positive Legislators In Comparative Law*, Presentation of the General Report on XVIII International Congress of Comparative Law of the International Academy of Comparative Law, at the George Washington University Law School, Washington, July 27, 2010, hlm 11.

Spirit hukum progresif⁹ sangat relevan untuk melakukan rekonstruksi kewenangan MK dalam pengujian UU. Spirit pembebasan dalam hal ini adalah spirit pembebasan dari kewenangan MK dalam pengujian UU yang hanya sebagai *negative legislator* yang tercermin pada tipe, cara berpikir, asas dan teori yang selama ini dipakai. Terkait dengan kewenangan MK yang dalam putusannya mengatur maka pembebasan telah dilakukan terhadap tipe, cara berpikir, asas, dan teori mengenai dasar, subjek, tujuan, dan substansi putusan MK yang bersifat mengatur tersebut dari penggunaan konsep yang selama ini dipakai. Pengutamaan kesejahteraan kepada rakyat dan keadilan merupakan realisasi dari hukum progresif, oleh karena itu, pemakaian teori hukum progresif sangat relevan untuk melakukan rekonstruksi terhadap kewenangan MK dalam pengujian UU yang putusannya bersifat *positive legislature*. Rekonstruksi terhadap kewenangan MK dalam PUU yang tidak hanya sebagai “*negative legislator*,” tetapi juga “*positive legislator*” yang berbasis keadilan substantif.

Konstruksi kewenangan MK dalam pengujian UU yang dalam putusannya mengatur yang telah berkembang sejak tahun 2004 belum memiliki dasar hukum dalam hukum acara MK. Namun demikian putusan tersebut menjadi pengisi kekosongan hukum dan mencegah terjadinya *chaos* dalam masyarakat serta dilaksanakan oleh jaringan sosial dan masyarakat. Buktinya, meski menyimpang dari ketentuan dalam Pasal 56 dan Pasal 57 UU

⁹ Spirit hukum progresif mencakup: pertama, pembebasan terhadap tipe, cara berpikir, asas dan teori yang selama ini dipakai; kedua, pembebasan dari kultur penegakan hukum (*administration of justice*) yang selama ini berkuasa dan menghambat usaha hukum untuk menyelesaikan persoalan. Lihat, Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Buku Kompas*, Jakarta, 2007, hlm 15-16

No. 24 tahun 2003 tentang MK jo Pasal 45A UU No. 8 tahun 2011 tentang Perubahan atas UU No. 24 tahun 2003, namun kenyataannya, putusan tersebut tetap dilaksanakan oleh jaringan sosial dalam organisasi dan didukung oleh masyarakat.

Dalam kenyataan seperti diuraikan di atas, hukum responsif¹⁰ sangat relevan pula untuk melakukan rekonstruksi kewenangan MK dalam pengujian UU. Hukum yang responsif adalah hukum yang siap mengadopsi paradigma baru dan meninggalkan paradigma lama. Artinya, hukum tidak lagi dilihat sebagai entitas yang berdiri sendiri, melainkan dia harus mampu berinteraksi dengan entitas lain dengan tujuan pokok, untuk mengadopsi kepentingan-kepentingan yang ada di masyarakat. Atas dasar hal tersebut, tidaklah mengherankan manakala hukum bisa berinteraksi dengan politik, dan hukum yang demikian akan lebih mampu memahami atau menginterpretasi ketidaktaatan dan ketidakteraturan yang terjadi di masyarakat. Dengan demikian, dalam hukum yang responsif tidak lagi selalu mendasarkan pada pertimbangan yuridis, melainkan mencoba melihat sebuah persoalan dari berbagai perspektif dalam rangka mengejar apa yang disebut “keadilan substantif”.

Dengan menggunakan kerangka teori hukum progresif dan hukum responsif, maka dapat diilustrasikan pembentukan konstruksi kewenangan MK dalam PUU sebagai berikut.

¹⁰ Hukum responsif menempatkan hukum sebagai sarana respons terhadap ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi publik. Sesuai dengan sifatnya yang terbuka, maka tipe hukum ini mengedepankan akomodasi untuk menerima perubahan-perubahan sosial demi mencapai keadilan dan amansipasi publik. Lihat Philippe Nonet dan Philippe Selznick, *loc cit.* hlm. 97.

Tabel 9 Dialog Kewenangan MK dalam pengujian UU: *Ideal*
dan *Existing*

Komponen	Konstruksi Ideal	Konstruksi Eksisting (Realitas)
Dasar	Nilai-nilai dasar hukum yaitu: nilai keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.	Keyakinan hakim dan keadilan substantif.
Subjek	Kewenangan MK dalam PUU, sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 dan Pasal 57 UU No. 24 tahun 2003 tentang MK	Kewenangan MK dalam PUU, sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 dan Pasal 57 UU No. 24 tahun 2003 tentang MK
Tujuan	Putusan MK dalam PUU yang mencerminkan tujuan hukum.	Putusan MK dalam PUU bertujuan memenuhi hak konstitusional warga negara.
Substansi	Adanya aturan dalam Hukum Acara MK yang memberi kewenangan kepada MK dalam PUU yang putusannya mencerminkan nilai keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum.	<ul style="list-style-type: none"> • Putusan MK tidak boleh memuat amar putusan yang tidak diminta oleh Pemohon atau melebihi permohonan Pemohon (Pasal 45A UU No. 8 tahun 2011). • MK sebagai <i>negative legislator</i> • Putusan <i>positive legislature</i> terbentuk karena kebebasan dan keyakinan hakim dalam membentuk dan menafsirkan hukum.
Konsekuensi	Putusan MK bersifat final dan mengikat.	Putusan <i>positive legislature</i> didasarkan keyakinan hakim bersifat final dan mengikat.

Berdasarkan ilustrasi ragam di atas dapat dirumuskan konstruksi baru kewenangan MK dalam pengujian undang-undang berbasis keadilan substantif. Potret konstruksi tersebut sebagai berikut.

Tabel 10 Konstruksi Kewenangan MK dalam pengujian UU
Konstruksi Baru

Komponen	Konstruksi Baru
Dasar	Kebutuhan masyarakat akan keadilan substantif.
Subjek	Kewenangan MK dalam PUU, sebagaimana tercantum dalam Pasal 56 dan Pasal 57 UU No. 24 tahun 2003 tentang MK, dan Pasal 5 ayat (1) UU No. 48/2009 yang menyatakan bahwa “ <i>Hakim sebagai penegak hukum dan keadilan wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat</i> ”.
Tujuan	Agar MK dalam membuat putusan yang bersifat <i>positive legislature</i> mempunyai dasar hukum dan tidak dipertanyakan oleh masyarakat.
Substansi	<ol style="list-style-type: none"> 1. Kewenangan MK dalam PUU tidak hanya sebagai <i>negative legislator</i>, tetapi juga diberi peluang untuk membuat putusan yang mengatur (<i>positive legislature</i>) sebagai bagian dari <i>ultra petita</i>. 2. Dalam hal MK membuat putusan yang mengatur, dapat diatur dalam Hukum Acara MK atau Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK), dengan syarat: (1) Waktunya mendesak dan tidak mungkin lembaga pembuat UU membuatnya; (2) Kalau tidak dibuat putusan yang mengatur akan terjadi kekosongan hukum (<i>recht vacuum</i>) yang memungkinkan terjadi <i>chaos</i> dalam masyarakat. 2. Supaya MK dalam membuat putusan yang bersifat mengatur mempunyai dasar hukum, sehingga tidak dipertanyakan lagi oleh masyarakat.
Konsekuensi	Putusan MK dalam PUU yang dalam putusannya mengatur, bersifat final dan mengikat masyarakat umum. Hakim MK dapat membuat putusan yang bersifat <i>positive legislature</i> berbasis keadilan substantif, dengan syarat kondisi mendesak untuk dilaksanakan, dan kalau tidak ditindaklanjuti dengan pengaturan akan terjadi (<i>recht vacuum</i>), serta sangat dimungkinkan akan terjadi <i>chaos</i> dalam masyarakat. Putusan hakim tidak tergantung dari otonomi hukum yang tertulis tetapi didasarkan pada keadilan substantif.

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

BAB VI

PENUTUP



Proses peradilan tata negara dilakukan sebisa mungkin untuk memenuhi keadilan substantif sehingga jika diperlukan, lompatan hukum atau terobosan hukum (*rule breaking*) dapat dilakukan agar putusan mendatangkan kemanfaatan dan kemaslahatan bagi masyarakat. Kontruksi *rule breaking* tersebut. Selain didasarkan pada kebutuhan masyarakat akan keadilan substantif, juga karena sesuai dengan ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU No. 48 Tahun 2009, hakim wajib menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum yang hidup dalam masyarakat.

Pada konteks MK, Hakim MK membuat putusan yang bersifat *positive legislature* sebagai perwujudan dari diskresi hakim yang tidak dapat digolongkan sebagai intervensi terhadap ranah legislasi. Namun demikian, di sisi lain,

membiarkan diskresi tanpa batasan dan aturan membuka celah kemungkinan hakim akan melakukan sebebas-bebasnya yang itu sangat berbahaya, karena bukan tidak mungkin, hakim dapat mengambil alih fungsi legislasi.

Dalam pandangan Penulis, implikasi praktis dari pernyataan tersebut, harus ada rambu pembatas yang diatur dalam Hukum Acara MK yang mengatur antara lain: (1) hakim berpandangan masalah tersebut waktunya mendesak; (2) Terjadi kekosongan hukum jika tidak dibuat putusan yang bersifat *positive legislature* yang dapat menyebabkan *chaos* dalam masyarakat; (3) Adanya kemanfaatan, kemaslahatan, dan keadilan substantif yang didasarkan pada tuntutan dan kebutuhan masyarakat yang ingin dicapai; (4) Supaya putusan tersebut memiliki dasar hukum serta tidak dipertanyakan lagi oleh publik; (5) Putusan MK yang bersifat *positive legislature*, dilaksanakan hanya untuk satu kali dan/atau sampai pembentuk UU, membuat penggantinya; (6) Hakim MK harus menggunakan "*moral reading*" dalam membaca norma hukum yang diujikan, sehingga dapat lebih berhati-hati dan selektif dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature*, karena putusan ini bersifat mengatur, final dan mengikat bagi masyarakat umum. Artinya, kalau putusan itu sesuai dengan kebutuhan masyarakat maka putusan itu akan diterima dan sebaliknya kalau putusan itu tidak sesuai maka putusan itu secara sosiologis akan mengalami penolakan dan resistensi.

Hakim MK membuat putusan yang bersifat *positive legislature* dalam pengujian UU, didasarkan atas pertimbangan dan argumentasi hukum. Dalam pengambilan putusan, hakim menggunakan beberapa penafsiran sebagai metode penemuan hukum. Mengingat Hakim MK memiliki kebebasan untuk

menafsirkan, maka “*judicial activism*” penting dilakukan semata-mata agar tujuan hukum tercapai dan tidak dilarang oleh Hukum Acara MK. Hakim melihat praktik di beberapa negara lain, seperti Jerman, Austria, Amerika, dimana di negara-negara tersebut hakim biasa membuat putusan positif legislator, oleh karena itulah MK membuat putusan yang bersifat mengatur dengan syarat demi keadilan substantif yaitu keadilan yang hakiki dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan yang sesungguhnya yang diakui dan hidup dalam masyarakat.

Penulis ingin menunjukkan bahwa dalam memeriksa, mengadili, dan memutuskan perkara, Hakim MK tidak hanya mendasarkan bunyi UU, tetapi lebih mengutamakan untuk mewujudkan kebahagiaan, kesejahteraan, kemanfaatan, dan keadilan substantif masyarakat. Dasar pertimbangan hukum dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature*, yaitu:

- (1) melindungi hak-hak konstitusional warga negara;
- (2) mewujudkan persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan;
- (3) melindungi dan menjamin hak asasi manusia dari warga negara;
- (4) memberikan penjelasan agar tidak menimbulkan multitafsir;
- (5) memberikan pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Sementara, dasar pertimbangan filosofis dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature*, yaitu:

- (1) dengan menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat;

- (2) norma hukum tidak dapat dilepaskan dari moralitas yang mendasarinya, yaitu keadilan, karena kehadiran moral dalam hukum dilambangkan keadilan.

Terakhir, dasar pertimbangan sosiologis, dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature*, yaitu:

- (1) norma yang diuji oleh MK berada dalam kondisi mendesak untuk segera dilaksanakan, karena adanya ancaman politik dari dua pasangan calon Presiden dan Wakil Presiden untuk mengundurkan diri dari Pemilu;
- (2) adanya kekosongan hukum (*rehtvacuum*), dan dibutuhkan KPU sebagai dasar hukum untuk melaksanakan Pemilu dan penghitungan suara. Jika dalam waktu yang relatif pendek tidak mungkin DPR dapat menerbitkan pengaturan tersebut, dan jika tidak diatur dimungkinkan akan terjadi *chaos* dalam masyarakat.

Dalam hal ini, jaringan sosial diperlukan dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat *positive legislature*, karena putusan tersebut merupakan vonis. Vonis itu terkait dengan makna dalam perundang-undangan untuk menyatakan bertentangan atau tidak dengan konstitusi dan mempunyai kekuatan mengikat. Jaringan sosial menjadi instrumen yang efektif dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat *positive legislature*. Pelaksanaan putusan MK yang bersifat mengatur ini sangat tergantung pada penghormatan budaya hukum yang telah terbangun dalam masyarakat, yakni penghormatan putusan MK yang bersifat *positive legislature* terhadap sistem nilai dan tujuan-tujuan dalam jaringan sosial. Hukum (putusan MK) yang sesuai dengan sistem nilai dan

tujuan-tujuan itu akan dipatuhi, karena hukum adalah produk kebudayaan. Kebudayaan mencakup suatu sistem tujuan-tujuan dan nilai-nilai. Hukum merupakan pencerminan nilai-nilai yang terdapat di dalam masyarakat. Kebudayaan merupakan suatu "blueprint of behaviour" yang memberikan pedoman-pedoman tentang apa yang harus dilakukan, boleh dilakukan, dan apa yang dilarang.

Jaringan sosial menjadi instrumen yang efektif dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat *self executing* (dalam hal ini putusan *positive legislature*), namun dalam pelaksanaannya jaringan sosial menganggap perlu adanya pengaturan sebagai dasar hukum mengenai kewenangan MK dalam membuat putusan yang bersifat *positive legislature* tersebut.

Putusan MK dalam beberapa perkara yang diasumsikan dengan pengaturan dirasakan bermanfaat, adil, dan mengikat, serta KPU (jaringan sosial dalam organisasi) membutuhkan untuk mengisi kekosongan hukum, sehingga melaksanakan putusan MK yang bersifat mengatur, serta didukung oleh masyarakat melalui media jaringan sosial.

Model fungsionalisasi jaringan sosial dalam pelaksanaan putusan MK yang bersifat mengatur, agar putusan MK tersebut dijalankan oleh jaringan sosial, adalah sebagai berikut.

- (1) Adanya pengakuan jaringan sosial secara formal terlebih dahulu dari lembaga yang mempunyai kewenangan menjalankan urusan yang berkaitan dengan putusan MK yang bersifat mengatur. Pengakuan dari lembaga tersebut diwujudkan dalam bentuk tertulis, yang bisa berwujud:
 - (a) Peraturan perundang-undangan, yang bisa berbentuk Peraturan Pemerintah (PP); Peraturan Presiden

- (Perpres); (b) Peraturan Kebijakan, yang bisa berbentuk: surat edaran, juklak, juknis, dan juga instruksi untuk memfungsionalisasikan jaringan sosial dalam melaksanakan putusan MK yang bersifat *positive legislature*.
- (2) Adanya upaya dari lembaga atau pemerintah untuk menjalankan putusan MK dan kemudian lembaga tersebut memerintahkan kepada jaringan sosial untuk melaksanakan putusan MK tersebut.
 - (3) Jaringan sosial formal dalam hal ini KPU, KPUD, mengkomunikasikan kepada masyarakat, karena putusan tersebut didasarkan pada rasa keadilan bersama, nilai dan tujuan bersama dan juga solidaritas bersama, serta didukung oleh pers dan media, sehingga putusan MK yang bersifat *positive legislature* tersebut berjalan dengan baik dan lancar.
 - (4) Fungsionalisasi jaringan sosial formal termasuk *civil society*, LSM (Lembaga Swadaya Masyarakat) dapat dilakukan dengan cara melalui putusan MK yang *positive legislature* yang sesuai dengan rasa keadilan bersama, nilai dan tujuan bersama, dan juga solidaritas yang ada dalam jaringan sosial sebagai bagian modal sosial.

Memperhatikan beberapa simpulan di atas, maka Penulis merumuskan rekomendasi sebagai berikut.

- (1) Hukum Acara MK diharapkan tidak hanya memberi kewenangan kepada MK sebagai *negative legislature*, tetapi dimungkinkan juga diberi peluang untuk membuat putusan *positive legislature* yang dapat memenuhi tuntutan masyarakat dan rasa keadilan substantif masyarakat, sehingga warga masyarakat benar-benar nyaman dan tidak dirugikan hak-

hak konstitusionalnya. Koreksi atas kesalahan putusan MK yang bersifat *positive legislature* secara substansinya dapat melalui legislatif dan eksekutif sebagai lembaga pembuat UU, meskipun secara prosedural tidak benar karena putusan MK itu sifatnya final dan mengikat.

- (2) Pemerintah hendaknya berupaya memasukkan usulan perubahan pada Hukum Acara MK yang memberikan kewenangan kepada MK untuk membuat putusan yang bersifat *positive legislature* pada program legislasi nasional. Agar penggunaan *positive legislature* tidak dilakukan secara terbuka atau sebebaskan-bebasnya, maka kriteria pembatas atau katup pengamanannya adalah:
 - a. *Positive legislature* digunakan dalam kondisi mendesak.
 - b. DPR tidak mungkin dapat membuat aturan dalam waktu yang relatif singkat.
 - c. Dimungkinkan akan terjadi *chaos* dalam masyarakat.
 - d. Putusan MK yang bersifat *positive legislature*, dilaksanakan hanya untuk satu kali dan/atau sampai pembentuk UU, membuat penggantinya.
 - e. Kematangan hakim dalam membaca teks norma itu, maksudnya hakim membaca teks norma tersebut dengan hati nurani, semata-mata demi kepentingan umum (*moral reading*).
 - f. Dibutuhkan hakim-hakim MK yang negarawan.
- (3) Warga negara wajib mentaati putusan MK yang bersifat *positive legislature*, karena pada prinsipnya putusan MK adalah bersifat final dan mengikat sehingga secara materiil kedudukan putusan MK setara dengan UU.

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

- (4) Rekrutmen Hakim MK yang akan datang, khususnya yang berasal dari DPR dan Pemerintah perlu diseragamkan, dalam arti tidak diseleksi sendiri oleh DPR dan Pemerintah sendiri, tetapi perlu dibentuk Tim Independen terlebih dahulu untuk menyeleksi calon-calon Hakim MK beserta persyaratannya, baru kemudian dipilih oleh DPR dan Pemerintah.

DAFTAR PUSTAKA



- Abdullah. 2008. *Pertimbangan Hukum Putusan Pengadilan*.
Surabaya: PT Bina Ilmu Offset.
- Agusyanto, Ruddy. 2007. *Jaringan Sosial dalam Organisasi*. Jakarta:
PT Raja Grafindo Persada.
- Ali, Achmad. 1996. *Menguk Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis
dan Sosiologis)*. Jakarta: Chandra Pratama,.
- Asshiddiqie, Jimly. 2006. *Konstitusi dan Konstitusionalisme di
Indonesia*. Jakarta: MKRI dan Pusat Studi Hukum Tata
Negara FH UI.
- _____.2005. *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai
Negara*. Jakarta: Konstitusi Press.

- Arifin, Tatang M. 1996. *Pokok-pokok Teori Sistem*. Jakarta: Rajawali Pers.
- Badriyah, Siti Malikhatun. *Penemuan Hukum dalam Konteks Pencarian Keadilan*. Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- Bellah, Robert N. 1992. *Religi Tokugawa: Akar-akar Budaya Jepang, Edisi Bahasa Indonesia*, Oleh W. Hafidz. Jakarta: Karti Sarana & Gramedia.
- Benda, Ernest. 2000. *Pelaksanaan Keputusan Mahkamah Konstitusi di Negara-Negara Transformasi dengan Contoh Indonesia*, Jakarta: Konrad Adenauer Stiftung.
- Black, Donald. 1967. *The Behaviour of Law*, New York: Academic Press.
- Budiarti, Rita Triana. 2010. *On the Record Mahfud MD di Balik Putusan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada dan Konpress.
- Brewes-Carias, Allan R. 1989. *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge: University Press.
- Campbell, Bonita J. 1979. *Understanding Information System, Foundation of Control*, New Delhi: Prentice-Hall of India.

- Capra, Fritjof. 2007. *The Turning Point*. diterjemahkan oleh M. Toyyibi. Cetakan ke-7. Yogyakarta: Jejak.
- Chand, Hari. 2005. *Modern Jurisprudence*. Kuala Lumpur: United Print Process Sdn. Bhd.
- Cotterrell, Roger. 1992. *The Politics of Jurisprudence, A Critical Introduction in Legal Philosophy*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Curzon, L.B. 1979. *Jurisprudence*, M&E Handbook.
- Darmaputera, Eka. 1988. *Pancasila Identitas dan Modernitas: Tinjauan Etis dan Budaya*, Jakarta: BPK Gunung Mulia.
- Fauzan, Ahmad. 2004. *Himpunan Undang-Undang Lengkap tentang Badan Peradilan*, Jakarta: Yrama Widya.
- _____, 2006. *Hukum Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press. Citra Media.
- Friedman, Lawrence M. 1975. *The Legal System, a Social Science Perspective*, New York, Russel Sage Foundation.
- Diterjemahkan oleh Khozim, M. 2009. *Sistem Hukum: Perspektif Ilmu Sosial*, Nusa Media, Bandung: Nusamedia.

- Friedrich, Carl J. 1967. *Constitutional Government and Democracy, Theory and Practice in Europe and America*. Waltham. Mass Blaidell Publishing Company.
- Fukuyama, Francis. 1995. *Trust: Social Virtues and Creation of Prosperity*. NY: Free Press.
- _____. 2002. *The Great Disruption*. Yogyakarta: CV Qalam.
- Hamzah, Andi. 1997. *Kamus Hukum*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Hadjon, PM. 1985. *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu.
- _____,1993. *Pengantar Hukum Administrasi Negara*, Yogyakarta: UGM University Press.
- Harjono. 2008. *Konstitusi Sebagai Rumah Bangsa*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK.
- Hasbullah, Jousairi. 2006. *Social Capital Menuju Keunggulan Budaya Manusia Indonesia*. Jakarta: MR-United Press.
- Hidayat, Arief. 2009. *Kebebasan Berserikat di Indonesia: Suatu Analisis terhadap Perubahan Sistem Politik Terhadap Penafsiran Hukum*. Semarang: Badan Penerbit Undip.

- Hutchinson, Terry. 2002. *Researching and Writing in Law*.
Pyramont-NSW.
- Kelsen, Hans. 1975. *General Theory of Law and State*. New
York: Russel dan Rusel.
- _____ 2007. *Teori Hukum Murni: Dasar-Dasar Ilmu
Hukum Normatif*. Bandung: Nusamedia dan Nuansa.
- Mahfud MD, Moh. 1999. *Pergulatan Politik dan Hukum di
Indonesia*. Yogyakarta: Gama Media.
- _____ 1999. *Membangun Politik Hukum Menegakkan
Konstitusi*, Jakarta: LP3ES.
- _____ 2006. *Politik Hukum di Indonesia*. Jakarta:
LP3ES.
- _____ 2007. *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca
Amandemen*, Jakarta: LP3ES.
- _____ 2009. *Konstitusi dan Hukum dalam Kontroversi
Isu*, Jakarta: Rajawali Press.
- Magnis-Suseno, Franz. 1991. *Etika Dasar Masalah-Masalah
Filsafat Moral*, Yogyakarta: Kanisius.

- Manullang, E. Fernando M. 2007. *Menggapai Hukum Berkeadilan (Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomy Nilai)*. Jakarta: Kompas.
- Merryman, John Henry. 1985. *The Civil Law Tradition An Introduction to The Legal System of Western Europe and Latin America*, Second Edition. California: Stanford University Press.
- Mertokusumo, Sudikno. 1984. *Bunga Rampai Ilmu Hukum*.
Dihimpun oleh Kuncoro Basuki & Retno
_____ 2001. *Hukum Acara Perdata Indonesia*.
Yogyakarta: Liberty.
- Meuwissen. 2008. *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum, dan Filsafat Hukum*, dialihbahasakan oleh Sidharta, B. Arief. Bandung: PT Rafika Aditama.
- Moelyatno. 1980. *Asas-asas Hukum Pidana*. Semarang: (tanpa penerbit).
- Nonet, Philipe dan Selznick, Philipe. 1978. *Law and Society in Transition: Toward Responsive, Law, Harper and Row*,
Terjemahan Muttaqien, Raisul. 2008. *Hukum responsif*.
Bandung: Nusamedia.

- Nurhadi. 2009. *Teori Sosiologi: dari Teori Sosiologi Klasik Sampai Perkembangan Mutakhir Teori Sosial Postmodern*. Yogyakarta: Kreasi Wacana.
- Pontier, J.A. 2008. *Penemuan Hukum*, dialihbahasakan oleh Sidharta, B. Arief. Bandung: Jendela Mas Pustaka.
- Purbopranoto, Kuntjoro. 1983. *Hak-Hak Azasi Manusia dalam Pancasila*. Jakarta: Pradnya Paramita.
- Putnam, Robert D. 1993. *Making Democracy Work: Civic Tradition in Modern Italy*. Princeton: Princeton University Press.
- Rahardjo, Satjipto. 1980. *Hukum dan Masyarakat*. Bandung: Angkasa.
- _____ 2006. *Ilmu Hukum*. Bandung: Alumni.
- _____ 2007. *Membedah Hukum Progresif*. Jakarta: Buku Kompas.
- _____ 2007. *Mendudukan Undang-Undang Dasar (Suatu Pembahasan dari Optik Ilmu Hukum Umum)*. Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro.
- _____ 2009. *Lapisan-Lapisan dalam Studi Hukum*. Malang: Banyumedia Publishing.

Ruslani. 2002. *The Great Disruption*. Yogyakarta: C.V Qalam.

Rawls, John. 2001. *Justice Fairness Restatement*. Edited by Erin Kelly. England: The Belknap Press of Harvard University Press Cambridge, Massachusetts, London.
Terjemahan. Fauzan, Uzair dan Prasetyo, Heru. 2006. *Teori Keadilan Dasar-Dasar Filsafat Politik untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar.

Seidman, Robert B. dan Chambliss, William J. *Law, Order, and Power*. Printed in United States of America, Published Stimulant Costly in Canada Library of Congress Catalog Card No. 78-111948.

Sekretariat Jenderal MK. 2008. *Buku Enam Tahun Mengawal Konstitusi dan Demokrasi: Gambaran Singkat Pelaksanaan Tugas Mahkamah Konstitusi 2003-2009*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.

_____ 2010, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK.

Scholz, Rupertz. 2007. *Mahkamah Konstitusi Republik Federal Jerman: Pencapaian dan Tantangan*. Jakarta: Friedrich-Naumann-Stiftung Indonesia.

- Siahaan, Maruarar. 2005, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia*, Cet. 1, Jakarta: Konstitusi Press.
- _____. 2008. *UUD 1945 sebagai Konstitusi yang Hidup*. Jakarta: Sekretariat dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi.
- Soedirjo, 1987. *Mahkamah Agung Uraian Singkat tentang Kedudukan, Susunan Kekuasaannya Menurut Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985*. Jakarta: Media Sarana Press.
- Soekanto, Sorjoeno, dkk. 1988. *Pendekatan Sosiologi terhadap Hukum*. Jakarta: PT Bina Aksara.
- Steeman, Theodore M. 1973. “*Religious Pluralism and National Integration*”, Dissertation Harvard University,
- Susanto, Anton Freddy. *Semiotika Hukum dan Demokrasi Teks Menuju Progresifitas Makna*, Bandung: PT Refika Aditama.
- Tamanaha, Brian Z. 2006. *A General Jurisprudence of Law and Society*. New York: Oxford University Press.
- Tan, Tay Keong. 2001. *Modal Sosial dan Lembaga-lembaga Legislatif, dalam, Panduan Parlemen Indonesia*. Jakarta: Yayasan Api.

- Tanya, Bernard L. 2000. *Hukum Politik dan KKN*. Surabaya: Srikandi.
- _____ 2006. *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*. Surabaya: CV. Kita.
- Turkel, Geral. 1995. *Law and Society; Critical Approach*, United States of America: Allyn & Bacon, A Simon & Schuster Company.
- Turner, Jonathan. 1986. *The Structure of Sociological Theory*. Chicago. ILL: The Dorsey Press.
- Warassih, Esmi. 2005. *Pranata Hukum Sebuah Telaah Sosiologis*, Semarang: PT Suryandaru Utama.
- Wiener, Nobert. 1950. *The Human Use of Human Beings, Cibernetic and Society*, Doubleday & Company. Inc, New York
- dalam Rasjidi, Lili. 1993. *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung: Remaja Rosda Karya.
- William, Jerre S. 1979. *Constitutional Analysis in a Nustbell*, St. Paul Minn: Weat Publishing co.

Makalah dan Hasil Penelitian

Asshiddiqie, Jimly. 2008. *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Makalah Bahan Ceramah pada Pendidikan Sespati dan Sespim Polri, Bandung, 19 April 2008.

_____ 2009. *Gagasan Dasar tentang Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi*, Makalah, diunduh dari www.jimli.com/makalah. Tanggal 3 September 2009.

Attamimi A. Hamid, 1990. *Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggaraan Pemerintah Negara Suatu Studi Analisis mengenai Keputusan Presiden yang Berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita I-IV*. Disertasi. Universitas Indonesia. Jakarta.

Attanasio, John. 2007. *Southern Methodist University (SMU) Dallas Texas, AS*, disampaikan dalam ceramah di MK RI.

Hadisuprpto, Paulus, 2009. *Bahan Kuliah Metodologi Penelitian Hukum* pada Program Magister Ilmu Hukum UNDIP. Semarang.

Heryani, Wiwie. 2004. *Hakikat dan Kedudukan Hukum Dissenting Opinion bagi Kemandirian Hakim di Indonesia*. Universitas Hasanuddin. Makassar. Disertasi.

Kommers, Donald P. 1970. *Cross-National Comparations of Constitutional Court Toward a Theory of Judicial Review*, Paper-presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Los Angeles, Calif, September 11, 1970.

Mahfud MD, Moh. 2006. *Politik Hukum Menuju Pembangunan Sistem Hukum Nasional*. Makalah disampaikan pada Seminar “Arah Pembangunan Hukum Menurut UUD 1945 Hasil Amandemen,” yang diselenggarakan oleh BPHN Dephuk HAM RI, di Jakarta, pada tanggal 29-31 Mei 2006.

_____ 2008. *Rambu Pembatas dan Perluasan Kewenangan Mahkamah Konstitusi*. Makalah disampaikan di depan Komisi III DPR-RI pada saat *fit and proptest* untuk menjadi hakim konstitusi tanggal 12 Maret 2008.

_____ 2000. *Akuntabilitas Lembaga Peradilan dan Restipulasi Fungsi Mahkamah Agung dalam Ketatanegaraan Indonesia*. Makalah dalam diskusi terbatas yang diselenggarakan oleh PPHIM, Jakarta 4 Februari 2000.

_____ 2008. *Kekuasaan Kebakiman Pasca Amandemen UUD 1945*. Makalah disampaikan pada Diskusi

Publik tentang Wacana Amandemen Konstitusi yang diselenggarakan oleh Komisi Hukum Nasional (KHN) di Jakarta Tanggal 12 Juni 2008.

Manan, Bagir. 1994. *Peraturan Kebijakan*. Makalah disampaikan pada Penataran Dosen Fakultas Hukum Seluruh Sumatera yang diselenggarakan Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 5 April.

Rahardjo, Satjipto. 2004. *Menuju Produk Hukum Progresif*, Makalah Diskusi Terbatas pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 24 Juni 2004.

_____ 2004. *Hukum Progresif, Penjelajahan Suatu Gagasan*. Makalah disampaikan pada acara Jumpa Alumni Progam Doktor Ilmu Hukum Undip, 4 September 2004.

Siahaan, Maruarar. 2007. *Aspek Teoritis dan Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi pada Perkara Pengujian Undang-Undang*. Makalah disampaikan pada Rapat Koordinasi Pusat Kajian Konstitusi Se-Indonesia. Jakarta.

_____ 2010, *Implementasi Putusan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang (Studi Tentang Mekanisme Checks and Balances di Indonesia)*. Disertasi. Universitas Diponegoro Semarang.

Suharto, Rahmat Bowo. 2007. *Implikasi Putusan MK No. 003/PUU-IV/2006 mengenai Pembatalan Sifat Melawan Hukum Materiil dalam Penjelasan Pasal 2 ayat (1), UU RI No. 31 Tahun 2009 dalam Perkara Tindak Pidana Korupsi di Jawa Tengah*, UNISULLA, Semarang. Hasil Penelitian kerjasama Mahkamah Konstitusi dengan Pusat Studi Hukum dan Konstitusi UNISULLA.

Suteki. 2008. *Rekonstruksi Politik Hukum tentang Hak Menguasai Negara atas Sumber Daya Air Nilai Keadilan Sosial (Studi Privatisasi Pengelolaan Sumber Daya Air)*. Disertasi PDIH Undip, Semarang.

_____ 2010. *The non Enforcement of Law: Strategi Menembus Kebuntuan Legalitas Formal Melalui Partial dan Sporadic Enforcement*. Makalah. Undip, Semarang.

_____ 2010. *Kebijakan Tidak Menegakkan Hukum (Non Enforcement of Law) demi Permuliaan Keadilan Substantif*, Pidato Pengukuhan disampaikan pada Upacara Penerimaan Jabatan Guru Besar dalam Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang.

- Utama, Yos Johan. 2009. *Membangun Peradilan Tata Usaha Negara yang Bernibawa*. Pidato Pengukuhan Guru Besar dalam Bidang Ilmu Hukum pada FH UNDIP Semarang.
- Wahyono, Padmo. 1988. *Konsep Yuridis Negara Hukum Indonesia*. Makalah, September.
- Wignyosoebroto, Soetandyo. 2003. *Perubahan Paradigma dalam Ilmu Hukum pada Masa Peralihan Milineum (dari Abad XX ke Abad XXI)*, Makalah bahan kuliah Progam Doktor Ilmu Hukum.

Majalah, Surat Kabar, dan Internet

- Asshiddiqie, Jimly. 2008. *Sejarah MKRI Bagian Kedua*, diunduh dari www.jimly.com, pada tanggal 20-06-2008.
- Dinas Komunikasi dan Informatika Prov. Jatim. 2009. *KPU: Pemilih Gunakan KTP Segera Daftarkan Diri*, tanggal 7 Juli 2009, diunduh dari www.kanalpemilu.com, tanggal 3 September 2009.
- Fukuyama, Francis. 2004. *Social Capital and Civil Society, Paper, Prepared for Delivery at the IMF Conference on Second Generation Reforms*, The Institute of Public Policy George

- Mason University <http://www.imf.org/external/pubsft/seminar/1999/reforms/fukuyama.htm>, disadur 18 Mei 2004.
- Indarty, Erlyn. 2002. *Selayang Pandang Critical Theory dan Critical Legal Studies*. Dalam Majalah Masalah-Masalah Hukum. Fakultas Hukum Undip. Vol.XXXI No. 3 Juli 2002. Semarang.
- Insetyonoto. 2009. *Tingkat Partisipasi Pemilih Pakai KTP di Jateng*. Tanggal 9 Juli 2009. diunduh dari www.kanalpemilu.com, tanggal 3 September 2009.
- Koesnoe, Moh. 1996. *Kedudukan dan Fungsi Kekuasaan Kehakiman menurut UUD 1945*, Varia Peradilan no. 129 Juni.
- Mahfud MD, Moh. 2007. *Putusan Mahkamah Konstitusi Belum Tentu Benar* dalam Harian Seputar Indonesia tanggal 14 Agustus 2007.
- Manullang, E. Fernando M. 2007. *Menggapai Hukum Berkeadilan (Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomy Nilai)*, Kompas, Jakarta.
- Martitah, 2010, *Pemakzulan Presiden dan/atau Wakil Presiden dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, Artikel dalam Jurnal

- Konstitusi Pusat Kajian Konstitusi Unnes, Vol. III tahun 2010.
- Rahardjo, Satjipto. 2005. *Hukum Progresif, Hukum yang Membebaskan*, Jurnal Hukum Progresif, Vol. 1/No.1/ April 2005, PDIH UNDIP, Semarang.
- Smith, K. 2004. *Social Capital*, dalam http://www.infed.org/biblio/social_capital, disadur 25 Mei 2004
- Safaat, Muhammad Ali. 2009. *Kekuatan Mengikat dan Pelaksanaan Putusan Mahkamah Konstitusi*. Artikel dimuat dalam <http://alisafaat.wordpress.com/.../kekuatan-mengikat-dan-pelaksanaan-putusan-Mahkamah-Konstitusi/>. Tanggal 26 Februrari 2009.
- Matutu, Mustaming Daeng, *Selayang Pandang tentang Perkembangan Type-type Negara Modern*. Pidato pada Lustrum IV Fakultas Hukum dan Pengetahuan Masyarakat Universitas Hasanuddin di Makassar, 3 Maret 1972, Hasanuddin University Press, Ujung Pandang, cetakan ke-2.
- Zoelva, Hamdan. 2008. *Mahkamah Konstitusi dalam Sistem Ketatanegaraan RI*, artikel. Diunduh dari laman <http://hamdanzoelva.wordpress.com/2008/04/07//mahkamah-konstitusi-dalam-sistem-ketatanegaraan-ri/trackback/> pada tanggal 31-01-2010.

Wahyudi, Agus. 2005. *Doktrin Pemisahan Kekuasaan “Akar Filsafat dan Praktik”*. Artikel dalam Jurnal Hukum Jentera, “Negara dan Kekuasaan”. Edisi 8 Tahun III, Maret 2005.

Peraturan Perundang-undangan

Buku II Teknis Peradilan Tata Usaha Negara, Mahkamah Agung RI Tahun 2009.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan atas UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2008 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.

Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 4/PUU-VII/2009 tentang *Pengujian* Pasal 12 *huruf g* dan Pasal 50 *ayat (1) huruf g* Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang *Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD, dan DPRD, dan* Pasal 58 *huruf f* UU 12.2008 tentang *Perubahan Kedua atas* Undang-Undang Nomor 32 tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 102/PUU-VII/2009 tentang *Pengujian* Pasal 28 dan Pasal 111 Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008.

Putusan Mahkamah Konstitusi No. 110-111-112-113/PUU-VII/2009 tentang Penghitungan Suara pada Pemilu Legislatif 2009.



GLOSSARY



Conditionally constitutional:

Suatu muatan norma dianggap konstitusional (tidak bertentangan dengan konstitusi) bila dimaknai sesuai dengan yang ditentukan Mahkamah Konstitusi.

Conditionally unconstitutional:

Suatu muatan norma dianggap bertentangan dengan konstitusi bila tidak sesuai dengan yang ditentukan Mahkamah Konstitusi.

Checks and balances system:

Sistem saling mengontrol dan mengimbangi, yang menempatkan semua lembaga negara dalam kedudukan setara sehingga terdapat keseimbangan dalam penyelenggara negara.

Dissenting Opinion:

Pendapat berbeda yang mendasar, yang boleh dilakukan oleh hakim Mahkamah Konstitusi; Apabila putusan itu tidak mencapai mufakat bulat karena terjadi perbedaan pandangan, maka pendapat anggota majelis hakim yang berbeda itu, dipertimbangkan sebagai dasar pembuatan putusan dan dimuat dalam putusan.

Fungsionalisasi:

Hal menjadikan berfungsi; pengfungsionalan (KBBI, 1995:282). Upaya untuk menjadikan sesuatu hal itu berfungsi.

Hak/Kewenangan Konstitusional:

Hak dan/atau kewenangan yang diatur dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Jaringan Sosial:

Hubungan sosial antara seorang manusia dengan manusia lain. Anggotanya bisa perorangan bisa juga kelompok (Ruddy Agusyanto, 2007). Aktor jaringan sosial bisa orang bisa individu (Wellimandan Worthly, 1990) dan bisa pula kelompok (W. Bekker, 1990) dan masyarakat. Prinsip-prinsip jaringan sosial (B. W.Welman, 1983) mencakup: (1) Ikatan antaraktor; (2) Ikatan antarindividu dianalisis dalam struktur jaringan yang

besar; (3) Pengstrukturannya ikatan sosial mengarah kepada berbagai jaringan yang tidak acak; (4) Keberadaan kelompok kemungkinan mengarah pada kaitan silang kelompok maupun antarindividu; (5) Terdapat ikatan asimetris antareleman dalam suatu sistem; dan (6) ketimpangan sumber daya yang langka melahirkan kolaborasi dan kompetisi.

Judicial review:

Pengujian norma hukum oleh lembaga yudikatif. *judicial review* di Indonesia meliputi *constitutional review* dalam arti *judicial review of legislation*, yaitu pengujian UU terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi. *Judicial review of regulation* yaitu pengujian Peraturan di bawah Undang-Undang dalam hal ini PP ke bawah oleh Mahkamah Agung.

Judicially restrained:

Interpretasi hukum yang mendorong hakim untuk membatasi pelaksanaan kekuasaan mereka sendiri. Hal ini kadang-kadang dianggap sebagai kebalikan dari *judicial activism*.

Judicial activism:

Interpretasi hukum yang mendorong hakim untuk mengambil putusan yang sesuai dengan moral hukum yang hidup dalam masyarakat.

Keadilan substantif:

Putusan yang berkeadilan substantif merupakan putusan yang berbasis pada keadilan substansial, hakiki, dan dirasakan oleh publik sebagai keadilan sesungguhnya yang diakui dan hidup di dalam masyarakat.

Legislative Review:

Pengujian peraturan perundang-undangan yang dilakukan oleh pembuat peraturan perundang-undangan/Legislator.

Legal Standing:

Kedudukan hukum atau kondisi di mana seseorang atau suatu pihak ditentukan memenuhi syarat, dan oleh karena itu mempunyai hak untuk mengajukan permohonan. Dengan adanya kriteria legal standing, berarti tidak semua orang atau pihak mempunyai hak mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi. Hanya mereka yang benar-benar mempunyai kepentingan hukum saja yang boleh menjadi pemohon, sesuai dengan adagium *point diinterent point diaction* (ada kepentingan hukum, boleh mengajukan gugatan). Apabila permohonan yang diajukan Pemohon yang tidak mempunyai *legal standing*, maka perkaranya akan berakhir dengan putusan Mahkamah Konstitusi yang menyatakan permohonan Pemohon tidak dapat diterima (*niet ontvankelijke verklaard*).

Materiele toesting:

Pengujian produk perundang-undangan yang berkenaan dengan materi muatan yang berkaitan dengan bunyi dan makna dari ayat, pasal, dan/atau bagian undang-undang yang dianggap bertentangan dengan UUD 1945. Bentuk pengujian produk perundang-undangan yang menguji prosedural pembentukan disebut pengujian formil.

Modal Sosial:

Modal sosial merupakan jaringan-jaringan, nilai-nilai, dan kepercayaan yang timbul di antara para anggota komunitas, yang fungsinya memfasilitasi koordinasi dan kerjasama untuk manfaat bersama (*trust, norms, and networks that facilitate cooperation for mutual benefit*).

Peraturan Mahkamah Konstitusi:

Peraturan yang dibuat oleh Mahkamah Konstitusi untuk mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran pelaksanaan tugas dan wewenangnya.

Putusan Positive Legislature:

Putusan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian Undang-Undang yang dalam putusannya mengatur. Putusan Mahkamah Konstitusi yang dalam putusannya mengatur bisa terdapat

pada putusan *conditionally constitutional* maupun *conditionally unconstitutional*.

Ratio Decidendi:

Adalah istilah Latin yang sering diterjemahkan secara harfiah sebagai “alasan untuk keputusan”; faktor-faktor yang sejati (*material fact*), faktor-faktor yang esensial yang justru mengakibatkan keputusan diambil. Atau alasan hukum yang digunakan hakim untuk sampai kepada keputusan (Kusumadi Pudjosewojo, 1976). *Ratio decidendi* tidak hanya penting dalam sistem di mana hakim terikat keputusan hakim yang terlebih dahulu (*precedent*), tetapi juga di negara bertradisi *civil law system* seperti Indonesia. Istilah hukum ini digunakan dalam masyarakat hukum yang merujuk pada prinsip hukum, moral, politik dan sosial yang digunakan pengadilan sehingga sampai membuat keputusan. Jadi setiap kasus memiliki *ratio decidendi*, alasan yang menentukan atau inti-inti yang menentukan putusan. Kadang *ratio decidendi* jelas terlihat, tetapi terkadang pula perlu dijelaskan. Biasanya memang dalam praktik, hal-hal yang esensial ini menjadi kepentingan para pihak dalam perkara untuk membuktikannya atau membantahkannya.

Rekonstruksi:

Rekonstruksi berasal dari kata *reconstruction* yang dapat diberi pengertian tentang penyusunan kembali, pembangunan kembali atau menata ulang dan dapat juga pengertian rekonstruksi (*reconstruction*) adalah sebagai “*the act or process of rebuilding, recreating, or reorganizing something*” (Black’s Law Dictionary). Konstruksi ulang regulasi kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam pengujian undang-undang dihasilkan dari kegiatan untuk mempertemukan konstruksi-konstruksi yang bersifat ideal dan “*existing*” yang dapat ditelusuri pada tiga domain bekerjanya hukum di dalam masyarakat, yaitu Lembaga Pembuat Peraturan Perundang-undangan (*Law Making Institutions*), domain Lembaga-lembaga Penerap Sanksi (*Suncstioning Activity institution*) dan Pemegang peran (*Rule Occupant*) berdasarkan Teori Bekerjanya Hukum Chambliss-Seidman. Rekonstruksi kewenangan Mahkamah Konstitusi berarti upaya untuk membangun konstruksi baru dengan berbekal pada konstruksi ideal dan konstruksi “*existing*” tentang kewenangan Mahkamah Konstitusi dalam Pengujian Undang-Undang.



INDEXS



A

Allan R. Brewer-Carías, 251, 253, 256, 258, 259, 267

Amerika Serikat, 3, 7, 52, 59, 151, 161, 248, 255

Anglo Saxon, 65

Aristoteles, 50, 287

B

Brian Z. Tamanaha, 48, 234

C

Chambliss, 21, 51, 60, 114, 135, 181, 222, 223, 234, 288

checks and balances, 5, 20, 132, 157, 158, 161, 165

Checks and Balances, 20, 203, 204, 294

Christopher Wolfe, 253

common law, 52, 53, 54, 55, 57, 95, 244, 249, 252, 254, 255

conditionally constitutional, 8, 10, 15, 27, 119, 126, 130, 131, 139,
147, 149, 159, 250, 258

conditionally unconstitutional, 9, 15, 27, 119, 125, 130, 131, 143,
159, 219, 250

Constitutional Court, 37, 247, 248, 292

cybernetics, 21, 23, 65

D

dissenting opinion, 12, 18

Donald Black, 48, 234

DPR, 6, 7, 10, 16, 60, 112, 118, 121, 122, 125, 126, 130, 139,
140, 146, 147, 149, 152, 158, 166, 193, 203, 205, 210, 212, 215,
220, 223, 225, 227, 230, 244, 249, 262, 264, 275, 278, 283, 293,
298

DPRD, 10, 16, 81, 121, 122, 125, 126, 130, 139, 140, 147, 149,
193, 225, 230, 298

DPT, 8, 13, 16, 125, 137, 138, 139, 150, 154, 183, 193, 194, 196,
230

E

Eka Darmaputera, 102, 281

eklektis, 240

elected officials, 9, 16, 125, 142, 143

F

final and binding, 218

Francis Fukuyama, 99, 100, 295

Franz Magnis Suseno, 170

fungsionalisasi, 15, 17, 23, 24, 29, 34, 222, 235, 236, 276

G

globalisasi, 241

Gustav Radbruch, 21, 22, 113, 115

H

hak konstitusional, 123, 136, 138, 140, 147, 148, 152, 164, 182,
183, 201, 212, 215, 222, 256, 262, 265, 270, 274

Hans Kelsen, 2, 134, 161, 171, 247, 248, 252, 253

hermeneutik, 28, 31, 78

J

jaringan sosial, 13, 14, 17, 18, 23, 24, 28, 29, 30, 33, 34, 62, 65, 98, 100, 101, 105, 106, 108, 109, 110, 186, 188, 190, 192, 194, 195, 197, 200, 201, 202, 204, 211, 214, 215, 221, 222, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 234, 236, 261, 268, 269, 276, 277

John Henry Merryman, 21, 22, 41, 51, 52, 55, 59, 154

John Rawls, 50, 51, 174, 175, 176

judge made law, 161, 164, 248, 249, 253, 258

judicial activism, 139, 161, 163, 249, 250, 252, 253, 254, 265, 266, 274

judicial review, 5, 7, 52, 54, 79, 167, 248, 253, 254, 259

K

keadilan substantif, 15, 19, 21, 26, 29, 34, 47, 59, 61, 113, 118, 119, 139, 148, 152, 161, 167, 168, 173, 180, 181, 182, 184, 213, 215, 219, 224, 232, 250, 263, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 277

Konstruksi baru, 18, 34, 271

KPU, 13, 14, 17, 23, 24, 29, 30, 33, 36, 65, 138, 144, 146, 150, 153, 154, 192, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 201, 212, 215, 216, 220, 221, 222, 225, 226, 227, 228, 230, 231, 232, 236, 261, 262, 275, 276, 277, 295

KTP, 8, 13, 16, 29, 125, 136, 138, 183, 193, 194, 195, 196, 197, 199, 200, 219, 226, 227, 228, 230, 231, 233, 236, 295, 296

L

legal standing, 21

M

modal sosial, 17, 98, 99, 100, 101, 103, 104, 105, 108, 109, 110, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 192, 201, 224, 226, 231, 232, 235, 236, 277

model, 15, 17, 24, 29, 33, 34, 77, 85, 150, 172, 222, 235, 236,
239, 247

Moh. Mahfud MD, 6, 7, 12, 157, 158, 167, 168, 239, 240, 243

N

negative legislator, 6, 8, 16, 17, 20, 21, 34, 134, 135, 159, 191, 210,
214, 216, 220, 248, 249, 252, 253, 263, 268, 269, 270, 271, 273,
277

non self executing, 24, 200, 216, 219, 226

P

Pancasila, 39, 75, 102, 172, 174, 177, 178, 179, 181, 238, 239,
240, 281, 287

paradigma konstruktivisme, 17, 28

Parsons,, 103

Pemilu, 8, 9, 10, 13, 30, 111, 121, 122, 124, 125, 126, 137, 139,
149, 150, 154, 182, 183, 193, 195, 197, 199, 227, 228, 230, 236,
275, 298

pemisahan kekuasaan, 5, 36, 46, 54, 55, 56, 58, 96, 132, 158, 165,
267

pendekatan *Socio-legal research*, 27

Pengujian Undang-Undang, 5, 20, 112, 120, 122, 123, 132, 143,
193, 203, 204, 205, 237, 247, 260, 270, 271, 274, 294

Philipe Nonet dan Philip Selznick, 183

positive legislature, 8, 9, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 24, 27, 28, 30,
31, 33, 135, 139, 148, 151, 153, 155, 156, 157, 158, 159, 160,
165, 168, 173, 182, 191, 193, 195, 202, 204, 209, 211, 214, 215,
216, 220, 222, 226, 229, 232, 235, 249, 260, 263, 264, 267, 268,
269, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 278

R

Ratio decidendi, 182

rekonstruksi, 15, 19, 27, 28, 29, 58, 261, 267, 268, 269

Riggs, 239

Robert D. Putnam, 98, 231, 287

Robert N. Bellah,, 102, 280

S

self executing, 24, 216, 217, 226, 276

Smith, K. Smith, 100, 101, 296

Smith, K. Smith., 100, 296

social capital, 98, 100, 101, 296

Social Capital, 99, 100, 101, 295, 296

Suteki, 19, 22, 26, 28, 41, 208, 294

T

Tay Keong Tan, 99, 290

Theodore M. Steeman, 102, 289

Theodore Steeman, 102

Tom schuller, 100

trust, 100

U

ultra petita, 157, 158, 166, 167, 210, 271

*Mahkamah Konstitusi Dari Negative Legislature
ke Positive Legislature?*

BIODATA PENULIS



Martitah adalah Pengajar pada Fakultas Hukum Universitas Negeri Semarang (UNNES) dan hingga kini aktif di Pusat Kajian Konstitusi sebagai Ketua mulai tahun 2005. Martitah lahir di Kebumen, 17 Mei 1962. Menyelesaikan pendidikan dasar sampai menengah di daerah asalnya di Kebumen. Studi S-1 diselesaikan di Jurusan PMP-KN FPIPSIKIP Semarang dan lulus tahun 1985. Mulai 1986 mengabdikan sebagai dosen di Fakultas Ilmu Sosial IKIP Semarang. Pada 2007, Martitah menerima penghargaan sebagai Dosen Berprestasi di FIS UNNES. Studi lanjut S-2 ditempuh pada tahun 1997 di Magister Ilmu Hukum Universitas Hasanuddin dan lulus pada 1999. Pada Oktober 2009 sampai Januari 2010, berkesempatan mengambil *Sandwich Like Programs* di *The University Of Wisconsin* Amerika Serikat. Studi S-3 ditempuh mulai 2008 di Program Doktor Ilmu Hukum UNDIP dan tamat dengan predikat *cumlaude* pada 2

April 2012. Dalam meniti karirnya di UNNES, Martitah pernah menjabat sebagai Ketua Program Studi Ilmu Hukum di UNNES (2001-2007). Menjadi Pembantu Dekan Bidang Kemahasiswaan FH UNNES pada 2008-2009. Selain itu, Martitah berkiprah pula selaku Anggota Majelis Pengawas Notaris Karesidenan Kedu Jawa Tengah (2005-2006), Pengurus Asosiasi Pengajar HTN-HAN Provinsi Jawa Tengah (2005-sekarang), Pengurus Dewan Pimpinan Asosiasi Pengajar Hukum Acara MK Provinsi Jawa Tengah (2010-sekarang), Koordinator Pusat Kajian Konstitusi PTN-PTS Kota Semarang dan Kudus (2006-sekarang), Andalan Binawasa Kwarda Jawa Tengah (2008-sekarang).