

# **Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang**

## ***Predictability in Constitutional Adjudication: The Constitutional Court and Constitutional Review of Legislation***

**Titon Slamet Kurnia**

Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana

Jl. Diponegoro 52-60, Salatiga, 50711

Email : titonslamet@gmail.com

Naskah diterima: 02/10/2015 revisi: 25/01/2016 disetujui: 18/04/2016

### **Abstrak**

Ada komitmen yang kuat bahwa ajudikasi konstitusional hendaknya lebih prediktabel. Sebagai asas, apa yang telah diputuskan secara benar di masa lalu harus menjadi kaidah bagi kasus atau kontroversi yang terjadi di masa depan. Artikel ini melakukan kritik substansial yang ditujukan kepada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013 yang melakukan pengujian terhadap konstitusionalitas pengaturan mengenai pemilu presiden. Artikel ini berargumen bahwa putusan tersebut menunjukkan bahwa prediktabilitas masih menjadi masalah serius dalam ajudikasi konstitusional di Indonesia. Untuk itu penulis merekomendasikan supaya lebih prediktabel maka Mahkamah Konstitusi hendaknya membuat sebuah tradisi yudisial untuk menghargai putusan-putusannya yang tepat di masa lalu.

**Kata Kunci:** Ajudikasi Konstitusional, Prediktabilitas, Mahkamah Konstitusi

### **Abstract**

*There is a strong commitment that constitutional adjudication should be more predictable. As a principle, what has been rightly decided in the past should be the law for the future cases or controvercies. This article makes a substantial critics directed to the constitutional court of decision Number 14/PUU-XI/2013 on the constitutionality of presidential election rules. This articles argues that the decision shows that predictability is still a serious matter in constitutional adjudication in Indonesia. The author then recommends that to be more predictable the constitutional of court should make a judicial tradition for respecting its past right decisions.*

**Key words:** *constitutional adjudicatio, predictability, Constitutional of Court*

### **PENDAHULUAN**

Oliver Wendell Holmes, hakim *the Supreme Court of the United States* dan sekaligus teoretisi hukum (*legal theorist*) terkemuka, adalah orang pertama yang mengkonsepsikan hukum sebagai prediksi mengenai apa yang akan diputuskan oleh pengadilan (hakim). Menjelaskan teorinya, yaitu teori prediksi mengenai hukum, Holmes menyatakan: “*The propechies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*”<sup>1</sup>

Konsep hukum yang dikemukakan Holmes sangat relevan dengan latar belakangnya sebagai hakim di negara yang menganut tradisi *common law*. Dengan konsepsi bahwa hukum adalah putusan pengadilan (*case law*) maka memahami hukum sama artinya dengan memahami putusan pengadilan dan apa yang diputuskan oleh hakim. Karena hukum dipahami sebagai prediksi mengenai apa yang akan diputuskan oleh pengadilan (hakim) maka dengan sendirinya prediktabilitas dalam ajudikasi merupakan isu sangat penting.

Dapat dikatakan di sini bahwa teori prediksi memiliki kontribusi sangat besar dalam memahami institusi yudisial di negara-negara yang menganut tradisi *common law*. Tanpa bermaksud mempertajam perbedaan antara tradisi *common law-civil law* saya cenderung berpendapat bahwa prediktabilitas putusan hakim tetap merupakan isu sangat penting bahkan pada negara dengan tradisi *civil law* seperti Indonesia. Atas dasar pengertian tersebut maka saya akan menganalisis isu mengenai prediktabilitas ajudikasi konstitusional di Indonesia

<sup>1</sup> Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law,” *Harvard Law Review*, Vol. 110, 1997, h. 994. Merupakan publikasi ulang artikel yang sama seratus tahun lalu yang semula merupakan ceramah di Boston University School of Law pada 8 Januari 1897 dan dipublikasikan oleh *Harvard Law Review*, Vol. 10, 1897.

oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia (selanjutnya disebut MK) dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang.

Terkait dengan isu tersebut saya mengajukan tesis bahwa prediktabilitas dalam ajudikasi konstitusional merupakan hal yang sangat sulit. Namun demikian prediktabilitas adalah keniscayaan sehingga hal itu harus selalu diupayakan oleh MK dan hakim-hakim konstitusi yang menjalankan ajudikasi konstitusional dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang. Untuk mempertahankan tesis itu maka alur pembahasan tulisan ini akan disajikan sebagai berikut. Pertama, saya akan menjelaskan teori hukum sebagai prediksi yang dikemukakan oleh Holmes. Kedua, saya akan menunjukkan contoh kasus di mana prediktabilitas dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh MK sangat sulit diwujudkan karena MK memutus secara inkonsisten dengan asas yang dipertahankannya. Ketiga, saya akan mengemukakan argumen normatif mengenai perlunya prediktabilitas dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh MK.

## PEMBAHASAN

### 1. Hukum Sebagai Prediksi

Selain merupakan ekspresi dari tradisi *common law*, konsep hukum sebagai prediksi yang dikemukakan Holmes merupakan produk dari pemikiran filosofis mazhab *American Legal Realism*.<sup>2</sup> Dalam pembahasan ini, dua latar belakang tersebut perlu memperoleh perhatian secara patut. Sebagai pra-pemahaman perlu kiranya dikemukakan lebih dahulu di sini bahwa saya sama sekali tidak memiliki misi untuk membela atau memperjuangkan tradisi *common law* dan pemikiran filosofis mazhab *American Legal Realism*.

Misi utama saya lebih pada membela perlunya prediktabilitas dalam ajudikasi konstitusional. Dalam konteks demikian maka teori hukum yang dikemukakan oleh Holmes lebih bersifat sebagai latar ketimbang sebagai kaidah karena secara ontologis teori tersebut, dengan latar belakang seperti dinyatakan di atas, tidak pas dengan kita karena dua alasan. Pertama, tradisi *common law*-nya. Kedua, kerangka berpikirnya yang didasarkan pada teori realisme. Di luar kedua hal itu, dalam praktik ajudikasi, isu substansial yang

<sup>2</sup> Ian McLeod, *Legal Theory*, London: Palgrave-Macmillan2003, h. 139-140.

perlu memperoleh perhatian adalah pentingnya prediktabilitas. Pada poin ini pandangan Holmes tepat secara tujuan dan perlu kita jadikan sebagai rujukan (meskipun perlu dimodifikasi).

Holmes menjelaskan teorinya, yaitu teori hukum sebagai prediksi, dengan bertolak dari esensi studi hukum dan proses yudisial. Menurut Holmes:

*When we study law we are not studying a mystery but a well known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court. The reason why it is a profession, why people will pay lawyers to argue for them or to advise them, is that in societies like ours the command of the public force is intrusted to the judges in certain cases, and the whole power of the State will be put forth, if necessary, to carry out their judgments and decrees.<sup>3</sup>*

Pernyataan di atas sangat menekankan pentingnya peran hakim dan pengadilan (dengan kekuasaan yudisialnya) terutama dalam mengkonkretisasi hukum ketika suatu perkara hukum diajukan kepadanya untuk diputuskan. Putusan pengadilan sangat penting karena implikasinya yang nyata/konkret, tidak lagi pernyataan normatif yang abstrak (seperti undang-undang). Hal itu nampak dalam penjelasan Holmes selanjutnya yang sangat jelas pengaruh latar belakang pendekatan realisme-nya:

*People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.<sup>4</sup>*

Posisi Holmes sebagai realis dapat dibuktikan dengan pandangannya tentang hukum yang bersifat konsekuensialis ketimbang normatif. Dalam menjelaskan konsep hukumnya, Holmes menggunakan perumpamaan orang jahat (*bad man*) di mana dalam berpikir dan bertindak dia hanya peduli pada konsekuensi material dari tindakannya. Pemikiran mengenai konsekuensi material dari tindakan tersebut kemudian dikonversi menjadi sebagai dasar atau alasan bertindak. Holmes menyatakan: *"If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material*

<sup>3</sup> Oliver Wendell Holmes, *Op.Cit.*, h. 991.

<sup>4</sup> *Ibid.*

*consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience.*"<sup>5</sup> Konsepsi hukum dalam perspektif orang jahat tersebut, menurut Suri Ratnapala, didasari oleh kerangka pemikiran bahwa "*the good man does not try to test the law, but the bad man is always trying to get away with what he can.*"<sup>6</sup> Dengan latar belakang demikian Holmes kemudian sampai pada salah satu pernyataannya yang terkenal sebagai implikasi dari pemikirannya tersebut:

*But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.*<sup>7</sup>

Konsep hukum sebagai prediksi (atau *prophecies of what the courts will do*) adalah konsepsi realis karena, menurut Ratnapala: "*Law is represented by the actual behaviour of the legal system, not by how it ought to behave according to rules laid down by legislatures. In layman's language, the proposition is that it is idle to regard law as rules written in a law book when the law is what the higher courts say it is.*"<sup>8</sup> Pendapat ini sejalan dengan Denise Meyerson yang menekankan pendekatan realisme dalam konsep prediksi tersebut pada analisis terhadap *observable behaviour*, yaitu "*the predictable ways in which courts decide legal cases.*"<sup>9</sup>

Untuk kepentingan praktis-yudisial, prediksi terhadap apa yang akan diputuskan pengadilan merupakan isu penting dalam studi hukum, terutama supaya prediksi tersebut memiliki presisi. Holmes mengklaim: "*Far the most important and pretty nearly the whole meaning of every new effort of legal thought is to make these prophecies more precise, and to generalize them into a thoroughly connected system.*"<sup>10</sup> Di negara-negara yang menganut tradisi *common law*, prediktabilitas putusan pengadilan dijamin dengan asas preseden. Oleh karena itu, dimaknai dari posisi ini, teori prediksi yang dikemukakan

<sup>5</sup> *Ibid.*, h. 993.

<sup>6</sup> Suri Ratnapala, *Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, h. 101.

<sup>7</sup> Oliver Wendell Holmes, *Op.Cit.*, h. 995.

<sup>8</sup> Suri Ratnapala, *Op.Cit.*, h. 11.

<sup>9</sup> Denise Meyerson, *Understanding Jurisprudence*, New York: Routledge-Cavendish, 2009, h. 3.

<sup>10</sup> Oliver Wendell Holmes, *Op.Cit.*, h. 991.

Holmes sangat relevan karena basis hukum dari tradisi *common law* adalah putusan pengadilan. Untuk mengetahui hukum, terutama mengetahui implikasi konkret hukum kepada seseorang, yang harus dijadikan acuan adalah putusan pengadilan. Oleh karena itu, dalam skema demikian, hukum adalah “*the prophecies of what the courts will do in fact.*”

Hal itu semakin dipertegas dengan konsep hukum yang dikemukakan oleh John Chipman Gray yang membedakan antara konsep hukum (*the law*) dengan konsep sumber-sumber hukum (*the sources of law*). Menjelaskan pandangan Gray, Edgar Bodenheimer menyatakan: “*To him the law consisted of the rules authoritatively laid down by the courts in their decisions, while he looked for its sources to certain legal and nonlegal materials upon which judges customarily fall back in fashioning the rules which make up the law.*”<sup>11</sup> Nampak dari pendapat Gray bahwa hukum adalah putusan pengadilan; sementara sumber-sumber hukum hanyalah dasar untuk pengadilan memutuskan yang dapat bersifat yuridis maupun non-yuridis. Dalam kalimat langsung Gray dinyatakan:

*It has been sometimes said that the Law is composed of two parts – legislative law and judge-made law, but in truth all the Law is judge-made law. The shape in which a statute is imposed on the community as a guide for conduct is that statute as interpreted by the courts. The courts put life into the dead words of the statute.*<sup>12</sup>

Konsep prediktabilitas dalam kaitan dengan teori prediksi yang dikemukakan Holmes mengandung masalah sangat serius karena bertolak dari niat atau pikiran orang jahat untuk mensiasati hukum, atau dalam pernyataan Ratnapala “*trying to get away with what he can.*” Prediksi di sini justru bermakna peyoratif sebagai cara bersiasat untuk menghindari jerat hukum dengan melihat tren atau kecenderungan hakim memutus karena putusannya adalah preseden bagi kasus yang akan datang. Pada poin ini pendapat Holmes harus dikritik. Ratnapala mengkritik pendapat Holmes dengan menyatakan:

*The ‘bad man’ viewpoint is focused on wrongs. How many years will I get if I get caught? How can I swindle my employer? How can I avoid*

<sup>11</sup> Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 1970, h. 270.

<sup>12</sup> Ian McLeod, *Op.Cit.*, h. 140-141 dengan merujuk pada John Chipman Gray, *The Nature and Sources of Law*, 1909, h. 119-120.

*paying for the goods that I bought? ... Besides, there is much more to law than the punishment of wrongs. Good men and women want to know how to bequeath property, how to set up a charity, how to establish a trading partnership or a corporation.*<sup>13</sup>

Dengan posisi demikian maka yang menjadi perhatian utama saya adalah memahami isu tentang prediksi dan prediktabilitas putusan pengadilan tersebut dengan perspektif yang berbeda dari Holmes. Perspektif yang saya tawarkan di sini adalah prediksi dan prediktabilitas mengandung muatan normatif, tidak hanya deskriptif (yaitu apa yang dilakukan orang dalam memandang putusan pengadilan sebelum melakukan tindakan). Prediksi dan prediktabilitas mengandung dimensi etis dan moral sebagai sumber kekuatan normativitasnya.

Kebutuhan untuk prediksi dan prediktabilitas putusan pengadilan pada hakikatnya memiliki keterkaitan dengan upaya dalam melindungi kebebasan. Prediktabilitas putusan pengadilan sangat penting karena hal itu berkaitan dengan perencanaan manusia dalam bertindak, tidak sekedar manusia dalam perspektif orang jahat seperti tesis yang dikemukakan Holmes. Kebebasan di sini bermakna kemampuan manusia dalam merencanakan tindakannya berdasarkan pada kehendak bebasnya sendiri, tidak ditentukan oleh orang lain atau orang di luar dirinya, terutama pemerintah yang memiliki kekuasaan interventif yang sah ke dalam diri warganya. Pentingnya prediktabilitas digambarkan oleh Brian Z. Tanamaha dengan pernyataannya sebagai berikut: *"With respect to fellow citizens, people are able to interact with one another knowing in advance which rules will be applied to their conduct should a problem or dispute occur. Such predictability furthers their ability to make choices and to interact with others."*<sup>14</sup>

Sejalan dengan pengertian di atas maka muncul tuntutan supaya putusan pengadilan harus dapat diprediksi (*predictable*). Dapat diprediksinya putusan pengadilan tersebut mengandung beberapa pengertian. Pertama, putusan harus bertolak dari dasar hukum dan dasar teoretis yang benar. Kedua, putusan pengadilan harus konsisten dengan putusan sebelumnya yang sudah benar, sehingga menyimpang atau keluar dari situ akan dipertanyakan. Oleh karena

<sup>13</sup> Suri Ratnapala, *Op.Cit.*, h. 102.

<sup>14</sup> Brian Z. Tanamaha, "A Concise Guide to the Rule of Law," dalam Gianluigi Palombella dan Neil Walker, eds., *Relocating the Rule of Law*, Oxford-Portland: Hart Publishing, 2009, h. 7.

itu, orang memprediksi apa yang akan diputuskan oleh pengadilan bukan tanpa dasar sama sekali. Prediksi terhadap putusan pengadilan dilandasi oleh keberlakuan suatu ketentuan hukum yang benar (beserta dasar teoretisnya) dan pengadilan harus memutuskan sebagai demikian.

Di sinilah persoalan prediktabilitas tersebut biasa timbul. Dalam pernyataan Holmes yang sangat terkenal dikatakan:

*The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.*<sup>15</sup>

Putusan pengadilan secara faktual sesungguhnya sangat sulit diprediksi karena pengadilan sering menggunakan *experience*-nya. Oleh karena itu, tuntutan prediktabilitas putusan pengadilan menghendaki pembatasan penggunaan *experience* oleh hakim, khususnya pertimbangan-pertimbangan yang sifatnya sangat subjektif dan cenderung politis seperti digambarkan oleh Holmes seperti kutipan di atas.

## **2. Studi Kasus Putusan Pengujian Undang-Undang Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden**

Isu prediktabilitas dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang yang akan diangkat adalah Putusan No. 14/PUU-XI/2013 di mana MKRI menyatakan Pasal 3 ayat (5); Pasal 12 ayat (1) dan (2); Pasal 14 ayat (2); dan Pasal 112 UU No. 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (selanjutnya disebut UU Pilpres) inkonstitusional. Inti dari pengujian ini adalah prosedur penyelenggaraan pilpres yang waktunya dilakukan setelah pileg (pemilu legislatif). Putusan ini menjadi isu karena dapat dikategorikan sebagai praktik yang menurut tradisi *common law* disebut *overruling*. Praktik *overruling* ditandai dengan tindakan pengadilan untuk mengesampingkan preseden yang seyogianya berlaku bagi kasus yang

<sup>15</sup> Sebagaimana dikutip oleh Gerald J. Postema, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 11)*, Springer, Dordrecht, 2011, h. 65.



sedang ditanganinya.<sup>16</sup> Oleh karena itu, sebelum membahas lebih lanjut putusan pengujian UU Pilpres, saya akan memaparkan satu kaidah dengan kualifikasi “preseden” dari putusan-putusan MK yang oleh Putusan No. 14/PUU-XI/2013 tidak lagi diikuti.

Kaidah dimaksud adalah kebijakan legislatif terbuka, yaitu pengakuan bahwa badan legislatif relatif memiliki kebebasan dalam membentuk undang-undang, sehingga untuk menghargainya MK tidak akan mudah melakukan intervensi. Tentang kebijakan legislatif terbuka MK menyatakan: “Pembentuk undang-undang bebas menentukan isi undang-undang, kecuali hal-hal yang secara tegas sudah digariskan oleh Undang-Undang Dasar.”<sup>17</sup> Lebih lanjut, menjelaskan posisinya dalam melakukan pengujian, MK menegaskan:

*Sepanjang pilihan kebijakan demikian tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan pembuat undang-undang dan tidak merupakan penyalahgunaan kewenangan, serta tidak nyata-nyata bertentangan dengan ketentuan dalam UUD 1945, maka pilihan kebijakan demikian tidak dapat dilakukan pengujian oleh Mahkamah.*<sup>18</sup>

Pada kesempatan lain MK mempertajam pendiriannya itu sebagai berikut:

*Meskipun seandainya isi suatu Undang-Undang dinilai buruk, seperti halnya ketentuan presidential threshold dan pemisahan jadwal Pemilu dalam perkara a quo, Mahkamah tetap tidak dapat membatalkannya, sebab yang dinilai buruk tidak selalu berarti inkonstitusional, kecuali kalau produk legal policy tersebut jelas-jelas melanggar moralitas, rasionalitas dan ketidakadilan yang intolerable.*<sup>19</sup>

Gagasan di balik kaidah tersebut mirip dengan doktrin *the Rule of Clear Mistake* yang dikembangkan James Bradley Thayer, yuris konstitusional Amerika Serikat, dengan tujuan untuk mengurangi tensi antara badan yudisial dengan badan legislatif karena dibukanya saluran pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang. Menurut doktrin *the Rule of Clear Mistake* intervensi yudisial untuk menentukan konstitusionalitas undang-undang hanya timbul manakala: “those who have the right to make laws have not

<sup>16</sup> Tentang praktik *overruling* yang dilakukan oleh *the Supreme Court of the United States* dalam isu-isu konstitusional terhadap putusan-putusan sebelumnya lihat Steven G. Calabresi, “*The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke*,” *Alabama Law Review*, Vol. 57, 2006, h. 635-687. Calabresi menjelaskan bahwa secara prinsip, hakikat di balik praktik *overruling* adalah supremasi konstitusi, bukan supremasi preseden. Suatu preseden dapat dikesampingkan setiap saat jika preseden tersebut bertentangan dengan konstitusi. Dengan pengertian lain nampak bahwa kekuatan mengikat preseden untuk kasus atau perkara yang akan datang tidak absolut

<sup>17</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 002/PUU-II/2004, h. 26.

<sup>18</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 010/PUU-III/2005, h. 30-31.

<sup>19</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, h. 187.

*merely make a mistake, but have made a very clear one – so clear that it is not open to rational question.*"<sup>20</sup> Pandangan tersebut didasari prapemahaman mengenai konsepsi konstitusi yaitu:

*reasonable men will differ about its proper construction. The Constitution leaves open 'a range of choice and judgment,' so that 'whatever choice is rational is constitutional.' The Court, exercising the power of judicial review, is to be the ultimate arbiter of what is rational and permissi'ble, but is to have no further concern with policy choices.*<sup>21</sup>

Pengertian *a contrario* dari pemikiran Thayer ialah kewenangan badan yudisial baru timbul ketika terjadi *clearly erroneous interpretations of the Constitution* oleh legislator. Di luar itu, legislator sendiri adalah interpreter utama konstitusi.<sup>22</sup>

Dalam praktik, kaidah kebijakan legislatif terbuka yang membatasi MK dalam menguji konstitusionalitas undang-undang dipertahankan secara konsisten pada beberapa kesempatan. Pertama, keberadaan partai politik nasional dan partai politik lokal.<sup>23</sup> Kedua, penentuan daerah pemilihan calon anggota legislatif.<sup>24</sup> Ketiga, penentuan syarat bagi calon anggota DPR dan DPRD sebagai calon pejabat publik.<sup>25</sup> Keempat, penentuan syarat pada jabatan tertentu yang harus mengundurkan diri untuk dapat mencalonkan diri sebagai calon anggota legislatif.<sup>26</sup> Kelima, penentuan syarat bahwa jabatan eksekutif di bawah Presiden harus meminta izin kepada Presiden untuk mencalonkan diri sebagai Presiden.<sup>27</sup> Keenam, penentuan pimpinan DPR.<sup>28</sup> Ketujuh, penentuan prosedur pemilihan kepala daerah secara langsung oleh rakyat sebagai ketentuan lebih lanjut dari frasa "dipilih secara demokratis".<sup>29</sup>

Putusan MK dalam pengujian UU Pilpres sejatinya keluar dari tradisi penghormatan terhadap kebijakan legislatif terbuka dari legislator. Putusan No. 14/PUU-XI/2013 secara eksplisit melakukan *overruling* atas Putusan

<sup>20</sup> Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven-Connecticut, 1986, h. 35.

<sup>21</sup> *Ibid.*, h. 35-36.

<sup>22</sup> Scott D. Gerber, "The Court, the Constitution and the History of Ideas," *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, 2008, h. 1071.

<sup>23</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 94/PUU-X/2012, h. 59.

<sup>24</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 96/PUU-X/2012, h. 75-76. Lihat juga Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 6/PUU-XI/2013, h. 38-39.

<sup>25</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 108/PUU-X/2012, h. 22.

<sup>26</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 57/PUU-XI/2013, h. 16.

<sup>27</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-XII/2014, h. 57.

<sup>28</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 73/PUU-XII/2014, h. 216-217 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 82/PUU-XII/2014, h. 68.

<sup>29</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 97/PUU-XII/2014, h. 54-56.

No. 51-52-59/PUU-VI/2008 yang objeknya sama yaitu pengujian UU Pilpres, dalam hal ini terkait waktu penyelenggaraan pemilu. Dalam kasus tersebut MK menyatakan:

*Bahwa terhadap Pasal 3 ayat (5) UU 42/2008 Mahkamah berpendapat bahwa hal tersebut merupakan cara atau persoalan prosedural yang dalam pelaksanaannya acapkali menitikberatkan pada tata urut yang tidak logis atas dasar pengalaman yang lazim dilakukan. ... Sesungguhnya telah terjadi apa yang disebut desuetudo atau kebiasaan (konvensi ketatanegaraan) telah menggantikan ketentuan hukum, yaitu suatu hal yang seringkali terjadi baik praktik di Indonesia maupun di negara lain. Hal ini merupakan kebenaran bahwa "the life of law has not been logic it has been experience". Oleh karena kebiasaan demikian telah diterima dan dilaksanakan, sehingga dianggap tidak bertentangan dengan hukum. Dengan demikian maka kedudukan Pasal 3 ayat (5) UU 42/2008 adalah konstitusional.<sup>30</sup>*

Konstitusionalitas ketentuan mengenai waktu penyelenggaraan pemilu tersebut dilandasi oleh pengakuan MK terhadap kebijakan legislatif terbuka yang dimiliki legislator. Dalam melakukan praktik *overruling* atas Putusan No. 51-52-59/PUU-VI/2008 MK menyatakan:

*Putusan tersebut harus dimaknai sebagai pilihan penafsiran Mahkamah atas ketentuan konstitusi yang sesuai dengan konteks pada saat putusan tersebut dijatuhkan. Praktik ketatanegaraan, apalagi merujuk pada praktik ketatanegaraan yang terjadi hanya sekali, tidaklah memiliki kekuatan mengikat seperti halnya ketentuan konstitusi itu sendiri. Apabila teks konstitusi baik yang secara tegas (*expresis verbis*) maupun yang secara implisit sangat jelas, maka praktik ketatanegaraan tidak dapat menjadi norma konstitusional untuk menentukan konstitusionalitas norma dalam pengujian Undang-Undang.<sup>31</sup>*

Argumen substantif MK untuk menjustifikasi putusannya adalah penguatan sistem presidensial. Argumen ini dipengaruhi oleh pertimbangan *social engineering* yang kuat:

*Menurut Mahkamah, praktik ketatanegaraan hingga saat ini, dengan pelaksanaan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan ternyata dalam perkembangannya tidak mampu menjadi alat transformasi perubahan sosial ke arah yang dikehendaki. Hasil dari*

<sup>30</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, h. 186-187.

<sup>31</sup> Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013, h. 76-77.

*pelaksanaan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan tidak juga memperkuat sistem presidensial yang hendak dibangun berdasarkan konstitusi. Mekanisme saling mengawasi dan mengimbangi (checks and balances), terutama antara DPR dan Presiden tidak berjalan dengan baik. ...Berdasarkan pengalaman praktik ketatanegaraan tersebut, pelaksanaan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan tidak memberi penguatan atas sistem pemerintahan yang dikehendaki oleh konstitusi.<sup>32</sup>*

Sementara, yang paling fatal adalah argumen efisiensi yang sesungguhnya lebih tepat masuk dalam ranah penilaian legislator ketimbang penilaian yudisial. Hal ini menunjukkan bahwa bobot pertimbangan kasus ini lebih dominan bersifat politis ketimbang yuridis:

*penyelenggaraan Pilpres dan Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan secara serentak memang akan lebih efisien, sehingga pembiayaan penyelenggaraan lebih menghemat uang negara yang berasal dari pembayar pajak dan hasil eksploitasi sumber daya alam serta sumber daya ekonomi lainnya. Hal itu akan meningkatkan kemampuan negara untuk mencapai tujuan negara sebagaimana diamanatkan dalam Pembukaan UUD 1945 yang antara lain untuk memajukan kesejahteraan umum dan sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Selain itu, Pilpres yang diselenggarakan secara serentak dengan Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan juga akan mengurangi pemborosan waktu dan mengurangi konflik atau gesekan horizontal di masyarakat.<sup>33</sup>*

Pada posisi demikian, pertimbangan ini dapat dikategorikan *off-side* karena sudah tidak lagi berada di ranah pertimbangan hukum yudisial, tetapi ranah legislatif.

Dalam *dissenting opinion*, Hakim Konstitusi Maria Farida mengingatkan MK untuk tetap berada dalam batasan fungsionalnya dalam melakukan pengujian konstitusionalitas undang-undang. Menurut Maria Farida:

*Berdasarkan ketentuan Pasal 6A ayat (2) dan (5), dan Pasal 22E ayat (2) dan (5) UUD NRI 1945 – menurut saya, secara delegatif UUD 1945 telah menyerahkan kewenanga'n kepada pembentuk Undang-Undang (DPR dan Presiden) untuk mengatur tata cara pelaksanaan Pilpres, serta ketentuan lebih lanjut mengenai pemilihan umum, sehingga menjadi kebijakan hukum terbuka (opened legal policy) pembentuk Undang-*

<sup>32</sup> *Ibid.*, h. 81.

<sup>33</sup> *Ibid.*, h. 84.

*Undang untuk merumuskan mekanisme terbaik tata cara pemilihan umum, termasuk dalam penentuan waktu antarsatu pemilihan dengan pemilihan yang lain.*<sup>34</sup>

Lebih lanjut Maria Farida menyatakan, tentang tata cara penyelenggaraan Pemilu, “*hal itu bukanlah masalah konstitusionalitas norma, tetapi merupakan pilihan kebijakan hukum pembentuk Undang-Undang.*”<sup>35</sup> Peringatan dari dalam ini sangat penting supaya MK tidak melakukan loncatan-loncatan ide yang tidak perlu dan mengesampingkan praktik yang sudah mapan di masa lalu. Hal ini cenderung berbahaya bagi legitimasi MK, terutama berhadapan dengan legislator yang memiliki mandat demokratis sangat kuat. Mendirikan *judicial supremacy* jelas bukan pekerjaan mudah untuk lembaga yang secara personal sangat lemah dengan kecenderungan *countermajoritarian*.<sup>36</sup>

### 3. Perlunya Prediktabilitas dalam Ajudikasi Konstitusional

Sub-judul ini akan membahas argumen normatif untuk menjustifikasi pentingnya prediktabilitas dalam ajudikasi konstitusional seperti pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh MK. Argumen ini secara spesifik berupaya melampaui dua poin penting terkait isu prediktabilitas putusan pengadilan yaitu pendekatan realisme dan tradisi *common law*. Saya menyadari, terutama dikaitkan dengan poin kedua, isu prediktabilitas putusan pengadilan di negara-negara yang menjalankan tradisi *civil law* sering tidak memperoleh dukungan meyakinkan karena tidak didasari keberlakuan asas preseden atau *stare decisis*.<sup>37</sup> Keberlakuan preseden di dalam tradisi *common law* didasari keyakinan bahwa *common law* adalah preseden. Oleh karena itu, sebagai implikasinya secara inferensial, “*if judges are not legally bound to follow precedents, how can the common law be law?*”<sup>38</sup>

Prediktabilitas adalah kebutuhan niscaya dalam hukum, termasuk dalam ajudikasi (terutama jika produk ajudikasi tersebut, yaitu putusan pengadilan atau *case law*, juga dikualifikasi sebagai hukum). Pada poin ini saya tidak sependapat dengan teori prediksi Holmes tentang yang bebas nilai dan mengabaikan dimensi etis atau moral dalam hukum. Menurut hemat saya,

<sup>34</sup> Pendapat Berbeda Hakim Konstitusi Maria Farida pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013, h. 90-91.

<sup>35</sup> *Ibid.*, h. 92.

<sup>36</sup> Bandingkan dengan Titon Slamet Kurnia, *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM (The Guardian of Human Rights)*, Bandung: Alumni, 2013, h. 96-98.

<sup>37</sup> Mary Ann Glendon, et al., *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, St. Paul-Minn: West Publishing Co., , 1982, h. 133.

<sup>38</sup> Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, h. 182.

tuntutan supaya putusan pengadilan prediktabel mengandung dimensi etis atau moral, tidak seperti yang dibayangkan oleh Holmes yang corak pemikiran realismenya sangat kuat di mana prediktabilitas dimaknai sebagai kecenderungan pikiran orang jahat untuk bersiasat terhadap hukum, dalam hal ini memprediksi konsekuensi material tindakannya berdasarkan apa yang akan diputuskan oleh pengadilan. Pandangan Holmes tentang tesis orang jahat diperhalus oleh Neil Duxbury yang memandang bahwa prediktabilitas sangat penting untuk kepastian yang akan menjamin kebebasan warga negara guna merancang urusannya ke depan. Duxbury menyatakan, paralel dengan teori prediksi Holmes:

*The certainty generated by the precedent is not itself the end, however, but that which is crucial to achieving an end: i.e., being in a position where we can confidently anticipate how courts will rule on matters important to us. The certainty generated by precedent, as has often been observed, enables citizens to obtain definite advice on how to order their affairs.<sup>39</sup>*

Di sisi lain, mengingat latar belakang Holmes sebagai hakim di negara yang menganut tradisi *common law*, prediktabilitas sangat penting karena hukum adalah putusan pengadilan di mana sesuai asas preseden pengadilan terikat oleh putusan pengadilan yang terdahulu. Dalam pengertian demikian prediktabilitas adalah tuntutan kepada pengadilan untuk konsisten mengikuti putusan pengadilan sebelumnya.<sup>40</sup> Pengertian ini tentu tidak relevan untuk Indonesia yang menganut tradisi *civil law*. Berbicara prediktabilitas dalam pengertian tersebut jelas kurang tepat karena tradisi *civil law* bertolak dari asas bahwa preseden tidak berlaku meskipun, secara faktual, perbedaan antara tradisi *common law* dengan tradisi *civil law* dengan dasar keberlakuan atau ketidakberlakuan preseden sudah kurang relevan atau kehilangan ketajamannya sepanjang abad kedua puluh yang lalu.<sup>41</sup>

Dengan latar belakang demikian maka menuntut prediktabilitas ajudikasi konstitusional dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh MK guna konsisten mempertahankan asas atau kaidah yang terbentuk secara mapan melalui putusan-putusannya terdahulu adalah hal yang sulit. Tuntutan

<sup>39</sup> *Ibid.*, h. 160-161.

<sup>40</sup> Baru akan menjadi masalah ketika pengadilan yang kemudian melakukan *overruling* terhadap putusan pengadilan yang terdahulu.

<sup>41</sup> Sebastian Pompe, *Runtuhnya Institusi Mahkamah Agung*, Jakarta: LelP, 2012, h. 605-606.

tersebut dapat dipatahkan dengan mudah dengan argumen bahwa Indonesia (dan MK) menganut tradisi *civil law* yang tidak mengenal asas preseden. Dengan demikian yang akan menjadi isu ialah argumen substantif lain untuk menjustifikasi perlunya prediktabilitas dalam ajudikasi konstitusional di Indonesia, terutama argumen dengan dimensi etis, tidak dalam pengertian teori prediksi yang bertolak dari perspektif orang jahat Holmesian. Teori Holmes dipatahkan Duxbury dengan menyatakan:

*This does not mean, of course, that every expectation deserves protection. An expectation could itself be unreasonable: the grandson in Riggs v. Palmer, who murdered in anticipation of inheriting under his grandfather's will (something which the language of the relevant statute appeared to guarantee), no doubt suffered some frustration of expectation when he was denied the right to benefit by the New York Court of Appeals; but it would be implausible to characterize the denial of that right as unfair.<sup>42</sup>*

Berbicara tentang kemungkinan keterikatan pengadilan di negara dengan tradisi *civil law* terhadap putusannya terdahulu, Mary Ann Glendon, et.al., mengajukan alasan substantif sebagai berikut:

*Civil law decisions have weight for the same reasons that underlie the common law doctrine of stare decisis. The most important of these reasons go to the very heart of the legal system: the requirement of reasonable certainty and predictability; the elementary demand of fairness that like cases be treated alike; and the related, but distinct, consideration that justice should not only be done, but should appear to have been done.<sup>43</sup>*

Dari tiga alasan yang dikemukakan Glendon di atas, saya ingin menggaris bawahi alasan kedua, yaitu "*the elementary demand of fairness that like cases be treated alike.*" Kasus atau perkara sama diputuskan berbeda adalah isu serius untuk prediktabilitas putusan pengadilan dari sisi tuntutan *fairness*. Kondisi negatif tersebut, disparitas tajam antara tindakan dengan harapan yang sah, akan menimbulkan pertanyaan tentang komitmen pengadilan pada tuntutan *fairness*. Tanpa perlu dibuktikan, klaim ini kiranya layak diterima sebagai aksioma karena, menurut Duxbury, "*equal treatment of those similarly situated with respect to the issue before the court is a deep implicit expectation*

<sup>42</sup> Neil Duxbury, *Op.Cit.*, h. 164.

<sup>43</sup> Mary Ann Glendon, *Op.Cit.*, h. 136.

*of the legal order.*"<sup>44</sup> Hal ini dapat berimplikasi pada legitimasi pengadilan karena sebagai otoritas yang diberikan kekuasaan untuk memutuskan suatu perkara, keterpercayaannya sangat bergantung pada komitmennya atas tuntutan *fairness* tersebut sebagai salah satu cara untuk mengawal objektivitas dan imparsialitasnya.

Argumen konsekuensialis memperkuat keyakinan bahwa pengadilan sendiri pada hakikatnya merasa tidak nyaman meninggalkan presedennya yang mapan. Duxbury menegaskan:

*a court not only generates legal certainty and builds up citizens' trust, but also puts in their minds reasonable expectations as to how particular problems will be treated in the future; would-be litigants might sometimes justifiably rely on these expectations, and a court might feel uncomfortable about departing from a precedent if the consequence of doing so is that a party will suffer considerable reliance loss.*<sup>45</sup>

Menjaga kepercayaan pencari keadilan merupakan insentif utama bagi pengadilan untuk mempertahankan presedennya. Pada analisis akhir hal itu akan mampu memperkuat wibawa atau otoritas hakim-hakimnya sendiri karena: "*Judges who submit to a system of precedent-following are more likely to be judges with power and influence – judges whose decisions will sometimes be treated as precedents to be followed.*"<sup>46</sup>

Contoh kasus yang saya angkat dalam Sub-judul sebelumnya mengandung isu sangat serius terkait dengan komitmen MK atas prediktabilitas putusnya dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang. Di balik pertanyaan tentang prediktabilitas tersebut, isu yang lebih serius adalah bahaya potensi MK menjadi penentu atau pembuat kebijakan, tidak semata-mata karena keputusan legislator, legislasi atau undang-undangnya, mengandung inkonstitusionalitas materi muatan secara substansial. Ketika MK memasuki wilayah tersebut maka berakibat MK akan beroperasi di luar batasan hukum. Oleh karena itu saya berpendapat bahwa prediktabilitas menjadi isu sangat penting dalam ajudikasi konstitusional karena hal itu juga dapat diberlakukan sebagai batasan untuk operasional MK. Dalam konteks itu kebijakan legislatif terbuka sebagai kaidah yang dibentuk oleh MK melalui praktik ajudikasi adalah salah

<sup>44</sup> Neil Duxbury, *Op.Cit.*, h. 170.

<sup>45</sup> *Ibid.*, h. 162.

<sup>46</sup> *Ibid.*, h. 166.



satu kandidat penting untuk menjaga supaya MK tidak masuk ke wilayah pembuatan kebijakan sangat kritikal yang menjadi ranah legislator.<sup>47</sup> Kecuali terjadi kesalahan substansial dalam interpretasi konstitusi yang dilakukan oleh legislator maka seyogianya MK tetap dalam posisi tunduk pada kaidah kebijakan legislatif terbuka.

Pada poin ini saya sangat mengapresiasi rangkaian *case law* MK yang berhasil meletakkan kaidah kebijakan legislatif terbuka sebagai bentuk *self-limitation* bagi MK dalam melakukan pengujian konstusionalitas undang-undang. Saya memiliki harapan besar supaya kaidah tersebut dipertahankan MK secara konsisten dalam rangka, salah satunya, menjaga prediktabilitas ajudikasi konstitusional. Penghargaan kita untuk prediktabilitas ajudikasi konstitusional dan konsistensi MK terhadap putusan-putusannya terdahulu adalah, meminjam pernyataan Duxbury, "*past events be respected as guides for present action, but not to the extent that judges must maintain outdated attitudes and a commitment to repeating their predecessors' mistakes.*"<sup>48</sup>

Pendapat Duxbury mengandung dua kaidah. Pertama, pengadilan terikat oleh preseden yang benar. Kedua, preseden yang tidak benar tidak memiliki kekuatan mengikat sehingga pengadilan yang sekarang dapat melakukan *overruling* untuk tidak mengulang kesalahan dalam putusan sebelumnya. Dalam konteks demikian dapat disimpulkan bahwa kita hendaknya berpegang pada tradisi yang kuat di mana putusan yang sudah benar di masa lalu harus tetap dijadikan sebagai dasar bagi putusan di masa depan. Untuk itu, proses ajudikasi konstitusional perlu belajar menciptakan, dan mempertahankan, suatu tradisi yudisial untuk menghargai putusan yang benar di masa lalu. Hal ini sejalan dengan pandangan Martin Krygier yang mengemukakan teori hukum sebagai tradisi (*law as tradition*). Menurut Krygier, "*Law is a profoundly traditional social practice, and it must be.*"<sup>49</sup> Dalam kaitan dengan tesis tersebut dikemukakan bahwa "*traditionality is to be found in almost all legal systems, and not as a peripheral, but as a central feature of them.*"<sup>50</sup> Lebih lanjut, tentang tradisi dalam hukum, Krygier mengklaim: "*law is*

<sup>47</sup> Hal ini adalah bahaya inheren dari institusi pengujian yudisial konstusionalitas undang-undang yang dalam pernyataan Thomas Jefferson disebut menimbulkan praktik despotisme yudisial terhadap legislator. Dalam korespondensi pribadinya dengan Abigail Adams, Jefferson menyatakan: "*The opinion which gives to judges the right to decide what laws are constitutional, and what not, not only for themselves in their own sphere of action, but for the Legislature and Executive also, would make the judiciary a despotic branch.*" Andrew Altman, *Arguing about Law*, Belmont-California: Wadsworth Publishing Co., 2001, h. 84-85.

<sup>48</sup> Neil Duxbury, *Op.Cit.*, h. 183.

<sup>49</sup> Martin Krygier, "Law as Tradition," *Law and Philosophy*, Vol. 5, 1986, h. 239.

<sup>50</sup> *Ibid.*

*organized to preserve, maintain and draw systematically and constantly upon them.”<sup>51</sup> Oleh karena itu saya cenderung meyakini bahwa tradisi tersebut akan mampu menjadikan MK kuat dalam berlayar di antara rivalitas kekuasaan antara rakyat dengan legislator di mana konstitusi, UUD NRI 1945, adalah *the supreme law of the land*.*

## **PENUTUP**

Prediktabilitas ajudikasi konstitusional dalam pengujian konstitusionalitas undang-undang oleh MK merupakan isu sangat penting terkait dengan legitimasi institusi tersebut. Prediktabilitas adalah tuntutan universal kepada hukum, termasuk ajudikasi konstitusional. Praktik ajudikasi konstitusional yang tidak dapat diprediksi dapat membahayakan legitimasi MK sendiri karena menyalahi komitmennya yang fundamental atas tuntutan *fairness*.

Khusus terkait dengan Putusan pengujian UU Pilpres, sikap MK yang berpaling dari presedennya yang telah mapan yaitu kebijakan legislatif terbuka adalah kesalahan fatal. Saya menganggap hal ini sebagai masalah serius karena perubahan sikap tersebut menunjukkan inkonsistensi sehingga dapat mengganggu prediktabilitas putusannya. Meskipun ajudikasi konstitusional yang dijalankan MK tidak di bawah dikte tradisi *common law*, namun hal benar yang sudah pernah diputuskan sebelumnya hendaknya tidak ditinggalkan begitu saja.

## **DAFTAR PUSTAKA**

- Altman, Andrew, 2001, *Arguing about Law*, Belmont-California: Wadsworth Publishing Co.
- Bickel, Alexander M., 1986, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-Connecticut: Yale University Press.
- Bodenheimer, Edgar, 1970, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- Calabresi, Steven G., 2006, “The Tradition of the Written Constitution: Text, Precedent and Burke,” *Alabama Law Review*, Vol. 57.

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, h. 240.

- Duxbury, Neil, 2008, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Gerber, Scott D., 2008, "The Court, the Constitution and the History of Ideas," *Vanderbilt Law Review*, Vol. 61, 2008.
- Glendon, Mary Ann, et.al., 1982, *Comparative Legal Traditions in a Nutshell*, St. Paul-Minn.: West Publishing Co.
- Holmes, Oliver Wendell, 1997, "The Path of the Law," *Harvard Law Review*, Vol. 110.
- Krygier, Martin, 1986, "Law as Tradition," *Law and Philosophy*, Vol. 5.
- Kurnia, Titon Slamet, 2013, *Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: Sang Penjaga HAM (The Guardian of Human Rights)*, Bandung: Penerbit PT. Alumni.
- McLeod, Ian, 2003, *Legal Theory*, London: Palgrave-Macmillan.
- Meyerson, Denise, 2009, *Understanding Jurisprudence*, New York: Routledge-Cavendish.
- Pompe, Sebastiaan, 2012, *Runtuhnya Institusi Mahkamah Agung*, Jakarta: LeIP.
- Postema, Gerald J., 2011, *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World (A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence Volume 11)*, Dordrecht: Springer.
- Ratnapala, Suri, 2009, *Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Tanamaha, Brian Z., "A Concise Guide to the Rule of Law," dalam Gianluigi Palombella dan Neil Walker, eds., 2009, *Relocating the Rule of Law*, Oxford-Portland: Hart Publishing.