

BAB II

LANDASAN TEORI DAN PENJELASAN KONSEP

2.1. Landasan Teori

2.1.1. Teori Tujuan Hukum

Dalam mewujudkan tujuan hukum Gustav Radbruch menyatakan perlu digunakan asas prioritas dari tiga nilai dasar yang menjadi tujuan hukum. Hal ini disebabkan karena dalam realitasnya, keadilan hukum sering berbenturan dengan kemanfaatan dan kepastian hukum dan begitupun sebaliknya. Diantara tiga nilai dasar tujuan hukum tersebut, pada saat terjadi benturan, maka mesti ada yang dikorbankan. Untuk itu, asas prioritas yang digunakan oleh Gustav Radbruch harus dilaksanakan dengan urutan sebagai berikut:

1. Keadilan Hukum;
2. Kemanfaatan Hukum;
3. Kepastian Hukum.¹³

Dengan urutan prioritas sebagaimana dikemukakan tersebut diatas, maka sistem hukum dapat terhindar dari konflik internal. Secara historis, pada awalnya menurut Gustav Radbruch tujuan kepastian menempati peringkat yang paling atas di antara tujuan yang lain. Namun, setelah melihat kenyataan bahwa dengan teorinya tersebut Jerman di bawah kekuasaan Nazi melegalisasi praktek-praktek yang tidak berperikemanusiaan selama masa Perang Dunia II dengan jalan membuat hukum yang mensahkan praktek-praktek kekejaman perang pada masa itu, Radbruch pun akhirnya meralat teorinya tersebut di atas dengan menempatkan tujuan keadilan di atas tujuan hukum yang lain.¹⁴

Bagi Radbruch ketiga aspek ini sifatnya relatif, bisa berubah-ubah. Satu waktu bisa menonjolkan keadilan dan mendesak kegunaan dan kepastian hukum ke wilayah tepi. Diwaktu lain bisa ditonjolkan kepastian atau kemanfaatan. Hubungan yang sifatnya relatif dan berubah-ubah ini tidak memuaskan. Meuwissen memilih kebebasan sebagai landasan dan cita hukum. Kebebasan yang dimaksud bukan kesewenangan, karena kebebasan tidak berkaitan dengan apa yang kita inginkan. Tetapi berkenaan dengan hal menginginkan apa yang kita ingini. Dengan kebebasan

¹³ Muhammad Erwin, *Filsafat Hukum*, Raja Grafindo, Jakarta, 2012, h.123

¹⁴ Ahmad Zaenal Fanani, *Berpikir Falsafati Dalam Putusan Hakim*, Artikel ini pernah dimuat di *Varia Peradilan* No. 304 Maret 2011, h 3.

kita dapat menghubungkan kepastian, keadilan, persamaan dan sebagainya ketimbang mengikuti Radbruch.¹⁵

1. Teori Keadilan Hukum.

Keadilan adalah perekat tatanan kehidupan bermasyarakat yang beradab. Hukum diciptakan agar agar setiap individu anggota masyarakat dan penyelenggara negara melakukan sesuatu tindakan yang diperlukan untuk menjaga ikatan sosial dan mencapai tujuan kehidupan bersama atau sebaliknya agar tidak melakukan suatu tindakan yang dapat merusak tatanan keadilan. Jika tindakan yang diperintahkan tidak dilakukan atau suatu larangan dilanggar, tatanan sosial akan terganggu karena tercederainya keadilan. Untuk mengembalikan tertib kehidupan bermasyarakat, keadilan harus ditegakkan. Setiap pelanggaran akan mendapatkan sanksi sesuai dengan tingkat pelanggaran itu sendiri.¹⁶

Menurut John Rawls, situasi ketidaksamaan harus diberikan aturan yang sedemikian rupa sehingga paling menguntungkan golongan masyarakat yang paling lemah. Hal ini terjadi kalau dua syarat dipenuhi. Pertama, situasi ketidaksamaan menjamin maximum minimorum bagi golongan orang yang paling lemah. Artinya situasi masyarakat harus sedemikian rupa sehingga dihasilkan untung yang paling tinggi yang mungkin dihasilkan bagi golongan orang-orang kecil. Kedua, ketidaksamaan diikat pada jabatan-jabatan yang terbuka bagi semua orang. Maksudnya supaya kepada semua orang diberikan peluang yang sama besar dalam hidup. Berdasarkan pedoman ini semua perbedaan antara orang berdasarkan ras, kulit, agama dan perbedaan lain yang bersifat primordial, harus ditolak. Lebih lanjut John Rawls menegaskan bahwa maka program penegakan keadilan yang berdimensi kerakyatan haruslah memperhatikan dua prinsip keadilan, yaitu, pertama, memberi hak dan kesempatan yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas seluas kebebasan yang sama bagi setiap orang. Kedua, mampu mengatur kembali kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi sehingga dapat memberi keuntungan yang bersifat timbal balik (*reciprocal benefits*) bagi setiap orang, baik mereka yang berasal dari kelompok beruntung maupun tidak beruntung.¹⁷

¹⁵ Sidharta Arief, Meuwissen *Tentang Pengembanan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, 2007, h. 20.

¹⁶ Moh. Mahfud MD, *Penegakan Hukum DanTata Kelola Pemerintahan Yang Baik, Bahan pada Acara Seminar Nasional "Saatnya Hati Nurani Bicara"* yang diselenggarakan oleh DPP Partai HANURA. Mahkamah Konstitusi Jakarta, 8 Januari 2009.

¹⁷ John Rawls, *A Theory of Justice*, London: Oxford University press, 1973, yang sudah diterjemahkan dalam bahasa indonesia oleh Uzair Fauzan dan Heru Prasetyo, *Teori Keadilan*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.

Keadilan berbasis persamaan, didasarkan atas prinsip bahwa hukum mengikat semua orang, sehingga keadilan yang hendak dicapai oleh hukum dipahami dalam konteks kesamaan. Kesamaan yang dimaksudkan disini terdiri dari atas kesamaan numerik dan kesamaan proporsional. Kesamaan numerik berprinsip kesamaan derajat atas setiap orang di hadapan hukum, sedangkan kesamaan proporsional adalah memberi kepada setiap orang apa yang sudah menjadi haknya. Keadilan distributif, hal ini identik dengan keadilan proporsional, dimana keadilan distributif berpangkal pada pemberian hak sesuai dengan besar kecilnya jasa, sehingga dalam hal ini keadilan didasarkan pada persamaan, melainkan sesuai dengan porsi masing-masing (proporsional). Keadilan korektif, pada dasarnya merupakan keadilan yang bertumpu pada pembetulan atas suatu kesalahan, misalnya apabila ada kesalahan orang yang menimbulkan kerugian bagi orang lain, maka orang yang mengakibatkan munculnya kerugian, harus memberikan ganti rugi (kompensasi) kepada pihak yang menerima kerugian untuk memulihkan keadaannya sebagai akibat dari kesalahan yang dilakukan.

Hukum sebagai pengemban nilai keadilan menurut Radbruch menjadi ukuran bagi adil tidak adilnya tata hukum. Tidak hanya itu, nilai keadilan juga menjadi dasar dari hukum sebagai hukum. Dengan demikian, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Keadilan menjadi dasar bagi tiap hukum positif yang bermartabat.¹⁸

Keadilan menjadi landasan moral hukum dan sekaligus tolok ukur sistem hukum positif. Kepada keadilanlah hukum positif berpangkal. Sedangkan konstitutif, karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum sebagai hukum. Tanpa keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum. Apabila, dalam penegakan hukum cenderung pada nilai kepastian hukum atau dari sudut peraturannya, maka sebagai nilai ia telah menggeser nilai keadilan dan kegunaan. Hal ini dikarenakan, di dalam kepastian hukum yang terpenting adalah peraturan itu sendiri sesuai dengan apa yang dirumuskan. Begitu juga ketika nilai kegunaan lebih diutamakan, maka nilai kegunaan akan menggeser nilai kepastian hukum maupun nilai keadilan karena yang penting bagi nilai kegunaan adalah kenyataan apakah hukum tersebut berguna bagi masyarakat. Demikian juga, ketika yang diperhatikan hanya nilai keadilan, maka akan menggeser nilai kepastian hukum dan kegunaan. Sehingga, dalam penegakan hukum harus ada keseimbangan antara ketiga nilai tersebut.¹⁹

¹⁸ Yovita A. Mangesti & Bernard L. Tanya, *Moralitas Hukum*, Yogyakarta: Genta Publishing, 2014, h 74.

¹⁹ LBH Perjuangan, *Penegakan Hukum Yang Menjamin Keadilan, Kepastian Hukum Dan Kemanfaatan* (Studi Kasus: Kasus Mbah Minah).

Gustav Radbruch menuturkan bahwa hukum adalah pengemban nilai keadilan, keadilan memiliki sifat normatif sekaligus konstitutif bagi hukum. Bersifat normative karena kepada keadilanlah, hukum positif berpangkal. Bersifat konstitutif karena keadilan harus menjadi unsur mutlak bagi hukum, tanpa keadilan, sebuah aturan tidak pantas menjadi hukum.²⁰

Hal ini memperhatikan pula asas prioritas yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch bahwa untuk menerapkan hukum secara tepat dan adil untuk memenuhi tujuan hukum maka yang diutamakan adalah keadilan, kemudian kemanfaatan setelah itu kepastian hukum.²¹

Konsep keadilan sebagaimana yang dikemukakan oleh Teguh Prastyo tentang keadilan bermartabat adalah : “keadilan bermartabat memandang pembangunan sistem hukum yang khas Indonesia. Bagaimana sistem hukum positif member identitas dirinya, ditengah-tengah pengaruh yang sangat kuat dari sistem-sistem hukum dunia yang ada saat ini dan dengan sangat keras seolah-olah melakukan kedalam cara berhukum bangsa Indonesia.”²²

Teori keadilan bermartabat mencatat suatu sikap dalam pembangunan sistem hukum berdasarkan Pancasila. Dikemukakan, bahwa sistem hukum Indonesia tidak menganut sistem hukum secara mutlak *statute law*, dan juga tidak mutlak menganut sistem common law, sekalipun banyak yang mendukung pendapat bahwa sistem judge made law itu menjunjung tinggi harkat dan martabat hakim sebagai lembaga atau institusi pencipta hukum.

Namun suatu ciri yang menonjol dari teori keadilan bermartabat adalah bahwa dalam melakukan penyelidikan untuk menemukan kaidah dan asas-asas hukum dalam melalui lapisan-lapisan ilmu hukum sebagaimana telah dinyatakan di atas, teori keadilan bermartabat menjaga keseimbangan pandangan yang berbeda pada lapisan-lapisan ilmu hukum itu sebagai suatu konflik. Teori keadilan bermartabat menjauhkan sedini mungkin konflik dalam (*conflict within the law*).²³

2. Teori Kemanfaatan Hukum

Utilitarianisme pertama kali dikembangkan oleh Jeremi Bentham (1748-1831). Persoalan yang di hadapi oleh Bentham pada zaman itu adalah bagaimana

<http://lbhperjuangan.blogspot.com/2010/10/penegakan-hukum-yang-menjamin-keadilan.html>, Diakses pada tanggal 23 Desember 2017.

²⁰ Bernard L Tanya dkk, *Teori Hukum: Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publising, Yogyakarta, 2013, hlm 117

²¹ Satjipto Rahardjo. *Ilmu Hukum*, Editor Awaludin Marwan, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2012, h 20

²² Teguh Prasetyo, *Keadilan Bermartabat*, Nusa Media, Bandung, 2015, h. 17.

²³ *Ibid*, h. 18.

menilai baik Buruknya suatu kebijakan social politik, ekonomi, dan legal secara moral. Dengan kata lain bagaimana menilai suatu kebijakan public yang mempunyai dampak kepada banyak orang secara moral. Berpijak dari tesis tersebut, Bentham menemukan bahwa dasar yang paling objektif adalah dengan melihat apakah suatu kebijakan atau tindakan tertentu membawa manfaat atau hasil yang berguna atau, sebaliknya kerugian bagi orang-orang yang terkait.²⁴

Bila dikaitkan apa yang dinyatakan Bentham pada hukum (baca Kebijakan), maka baik buruknya hukum harus diukur dari baik buruknya akibat yang dihasilkan oleh penerapan hukum itu. Suatu ketentuan hukum baru bisa di nilai baik, jika akibat-akibat yang dihasilkan dari penerapannya adalah kebaikan, kebahagiaan sebesar-besarnya, dan berkurangnya penderitaan. Dan sebaliknya dinilai buruk jika penerapannya menghasilkan akibat-akibat yang tidak adil, kerugian, dan hanya memperbesar penderitaan. Sehingga tidak salah tidak ada para ahli menyatakan bahwa teori kemanfaatan ini sebagai dasar-dasar ekonomi bagi pemikiran hukum. Prinsip utama dari teori ini adalah mengenai tujuan dan evaluasi hukum. Tujuan hukum adalah kesejahteraan yang sebesar-besarnya bagi sebagian terbesar rakyat atau bagi seluruh rakyat, dan evaluasi hukum dilakukan berdasarkan akibat-akibat yang dihasilkan dari proses penerapan hukum. Berdasarkan orientasi itu, maka isi hukum adalah ketentuan tentang pengaturan penciptaan kesejahteraan Negara.²⁵

Penganut aliran Utilitarianisme selanjutnya adalah John Stuar Mill. Sejalan dengan pemikiran Bentham, Mill memiliki pendapat bahwa suatu perbuatan hendaknya bertujuan untuk mencapai sebanyak mungkin kebahagiaan. Menurut Mill, keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh diri sendiri maupun oleh siapa saja yang mendapatkan simpati dari kita, sehingga hakikat keadilan mencakup semua persyaratan moral yang hakiki bagi kesejahteraan umat manusia.²⁶ Mill setuju dengan Bentham bahwa suatu tindakan hendaklah ditujukan kepada pencapaian kebahagiaan, sebaliknya suatu tindakan adalah salah apabila menghasilkan sesuatu yang merupakan kebalikan dari kebahagiaan. Lebih lanjut, Mill menyatakan bahwa standar keadilan hendaknya didasarkan pada kegunaannya, akan tetapi bahwa asal-usul kesadaran akan keadilan itu tidak diketemukan pada kegunaan, melainkan pada dua hal yaitu rangsangan untuk mempertahankan diri dan perasaan simpati. Menurut Mill

²⁴ Sonny Keraf, *Etika Bisnis Tuntunan dan Relevansinya*, Kanisius, Yogyakarta, 1998, hal. 93-94.

²⁵ Lili Rasjidi dan I.B Wyasa Putra, *Hukum sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1993, h. 79-80.

²⁶ H.R Otje Salman, S, *Filsafat Hukum (Perkembangan & Dinamika Masalah)*, Bandung : PT. Refika Aditama, 2010, h 44.

keadilan bersumber pada naluri manusia untuk menolak dan membalas kerusakan yang diderita, baik oleh diri sendiri maupun oleh siapa saja yang mendapat simpati dari kita. Perasaan keadilan akan memberontak terhadap kerusakan, penderitaan, tidak hanya atas dasar kepentingan individual, melainkan lebih luas dari itu sampai kepada orang lain yang kita samakan dengan diri kita sendiri, sehingga hakikat keadilan mencakup semua persyaratan moral yang sangat hakiki bagi kesejahteraan umat manusia.²⁷

3. Teori Kepastian Hukum.

Kepastian hukum sebagai salah satu tujuan hukum dapat dikatakan sebagai bagian dari upaya mewujudkan keadilan. Bentuk nyata dari kepastian hukum adalah pelaksanaan atau penegakan hukum terhadap suatu tindakan tanpa memandang siapa yang melakukan. Dengan adanya kepastian hukum setiap orang dapat memperkirakan apa yang akan dialami jika melakukan tindakan hukum tertentu. Kepastian diperlukan untuk mewujudkan prinsip persamaan dihadapan hukum tanpa diskriminasi.²⁸

Kata "kepastian" berkaitan erat dengan asas kebenaran, yaitu sesuatu yang secara ketat dapat disilogismekan secara legal-formal. Melalui logika deduktif, aturan-aturan hukum positif ditempatkan sebagai premis mayor, sedangkan peristiwa konkret menjadi premis minor. Melalui sistem logika tertutup akan serta merta dapat diperoleh konklusinya. Konklusi itu harus sesuatu yang dapat diprediksi, sehingga semua orang wajib berpegang kepadanya. Dengan pegangan inilah masyarakat menjadi tertib. Oleh sebab itu, kepastian akan mengarahkan masyarakat kepada ketertiban.²⁹

Kepastian hukum akan menjamin seseorang melakukan perilaku sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku, sebaliknya tanpa ada kepastian hukum maka seseorang tidak memiliki ketentuan baku dalam menjalankan perilaku. Dengan demikian, tidak salah apabila Gustav Radbruch mengemukakan kepastian sebagai salah satu tujuan dari hukum. Dalam tata kehidupan masyarakat berkaitan erat dengan kepastian dalam hukum. Kepastian hukum merupakan sesuai yang bersifat normatif baik ketentuan maupun keputusan hakim. Kepastian hukum merujuk pada pelaksanaan tata kehidupan yang dalam pelaksanaannya jelas, teratur, konsisten, dan

²⁷ Bodenheimer dalam Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum, Bandung* : PT. Citra Aditya Bakti, 2006, h. 277.

²⁸ Moh. Mahfud MD, Loc. Cit.

²⁹ Sidharta Arief, Meuwissen Tentang *Pengembangan Hukum, Ilmu Hukum, Teori Hukum dan Filsafat Hukum*, PT Refika Aditama, Bandung, 2007, h. 8.

konsekuen serta tidak dapat dipengaruhi oleh keadaan-keadaan yang sifatnya subjektif dalam kehidupan masyarakat.³⁰

Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologis. Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan dibuat dan diundangkan secara pasti karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multi-tafsir) dan logis dalam artian ia menjadi suatu sistem norma dengan norma lain sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian aturan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma atau distorsi norma.³¹

Gustav Radbruch mengemukakan 4 (empat) hal mendasar yang berhubungan dengan makna kepastian hukum, yaitu : - Pertama, bahwa hukum itu positif, artinya bahwa hukum positif itu adalah perundang-undangan. - Kedua, bahwa hukum itu didasarkan pada fakta, artinya didasarkan pada kenyataan. - Ketiga, bahwa fakta harus dirumuskan dengan cara yang jelas sehingga menghindari kekeliruan dalam pemaknaan, di samping mudah dilaksanakan. - Keempat, hukum positif tidak boleh mudah diubah. Pendapat Gustav Radbruch tersebut didasarkan pada pandangannya bahwa kepastian hukum adalah kepastian tentang hukum itu sendiri. Kepastian hukum merupakan produk dari hukum atau lebih khusus dari perundang-undangan. Berdasarkan pendapatnya tersebut, maka menurut Gustav Radbruch, hukum positif yang mengatur kepentingan-kepentingan manusia dalam masyarakat harus selalu ditaati meskipun hukum positif itu kurang adil.³²

Selanjutnya Kepastian hukum adalah perihal (keadaan) yang pasti, ketentuan atau ketetapan. Hukum secara hakiki harus pasti dan adil. Pasti sebagai pedoman kelakuan dan adil karena pedoman kelakuan itu harus menunjang suatu tatanan yang dinilai wajar. Hanya karena bersifat adil dan dilaksanakan dengan pasti hukum dapat menjalankan fungsinya. Kepastian hukum merupakan pertanyaan yang hanya bisa dijawab secara normatif, bukan sosiologi.³³

³⁰ Nur Agus Susanto, Dimensi Aksiologis Dari Putusan Kasus “ST” Kajian Putusan Peninjauan Kembali Nomor 97 PK/Pid.Sus/2012, Jurnal Yudisial Vol. 7 No. 3 Desember 2014.

³¹ <http://yancearizona.net/2008/04/13/apa-itu-kepastian-hukum/> Diakses pada tanggal 25 Desember 2017, Pukul 11:07 WIB

³² <https://ngobrolinhukum.wordpress.com/memahami-kepastian-dalam-hukum/> Diakses pada tanggal 25 Desember 2017, Pukul 09:50 WIB

³³ Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Laksbang Pressindo, Yogyakarta, 2010, h.59

2.1.2. Teori Hukum Responsif

Istilah hukum yang responsif dipopularkan oleh Philippe Nonet dan Philip Selznick di dalam karya mereka yang berjudul “*Law and Society in Transition towards Responsive Law*”. Istilah tersebut digunakan mereka berdua sebagai kritik terhadap teori hukum yang lebih mengedepankan sisi formalitas dan mengesampingkan realitas. Dalam pandangan Nonet dan Selznick sebagaimana dikemukakan oleh Robert A.Kagan di dalam pengantar edisi terbaru karya Nonet dan Selznick tersebut bahwa hukum seringkali tampil membatasi dan sangat rigid (constricting and rigid). Sifat hukum yang demikian itu disebabkan selama ini teori-teori hukum dibangun secara khas, di atas teori-teori tentang otoritas yang bersifat implisit. Ide kedaulatan hukum, dalam amatan Nonet dan Selznick, merupakan contoh dari teori-teori otoritas tersebut. Menurut catatan keduanya, perhatian dan kontroversi sering muncul di dalam kajian hukum yang mengiringi krisis otoritas yang mengguncang institusi-institusi publik. Kedaulatan hukum (rule of law) demikian tegas Nonet dan Selznick dalam masyarakat moderen tidak kalah otoriterinya dibandingkan dengan kedaulatan orang/penguasa (rule of men) di dalam masyarakat pramoderen.³⁴

Hukum Responsif yaitu hukum sebagai suatu sarana untuk menanggapi ketentuan-ketentuan sosial dan aspirasi-aspirasi masyarakat.³⁵ Pada tipe ini hukum dikembangkan sebagai sistem supremasi judicial, dimana menempatkan prinsip the rule of law sebagai konsekuensi paham rechtstaat. Artinya hukum yang dikembangkan mempunyai sasaran kebijakan dan penjabaran yuridis dari reaksi kebijakan yang diambil oleh pemerintah serta pentingnya partisipasi kelompok dan pribadi-pribadi yang terlibat dalam penentuan kebijakan negara. Tipe hukum ini sebenarnya mengarahkan pada perwujudan nilai-nilai yang terkandung dalam cita-cita dan kehendak politik serta kehendak yuridis seluruh masyarakat. Nilai-nilai tersebut tidak dapat dianggap sebagai data politik yang dapat dibaca pada penjelasan kebijaksanaan pemerintah, akan tetapi nilai-nilai ini harus tercermin secara jelas dalam praktek penggunaan dan pelaksanaan hukum, sehingga dalam penghayatannya nilai-nilai ini mampu memberi arah pada kehidupan politik dan hukum.

³⁴ Robert.A.Kagan, *Introduction to Transaction Edition*, dalam Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition Towards Responsive Law*, (New Jersey:Transcation Publishers,2001),Hal. 6.

³⁵ Philippe Nonet and Philip Selznick, *Law and Society Transition: Toward Responsive Law*, dalam Satya Arinanto, “*Politik Hukum 2*”, Kumpulan Makalah Kuliah Politik Hukum, Progrm Pascasarjana FH UI (Jakarta: 2001)

Nonet dan Selznick mencatat dua fenomena hukum yang sangat kontras di Amerika Serikat pada dekade tahun 1960-an. Di satu sisi beberapa pengadilan dan beberapa bagian dari profesi hukum menjadi juru bicara bagi kelompok yang tidak beruntung. Mereka berusaha menafsirkan misi mereka sebagai bentuk perluasan hak dan pemenuhan janji konstitusi yang tersembunyi, di samping juga sebagai gerakan advokasi sosial dan hukum demi kepentingan publik. Upaya kelompok tersebut memperoleh dukungan publik yang sangat luas. Akan tetapi, di sisi lain pada saat yang bersamaan, hukum justru bertindak represif terhadap setiap sikap kritis yang muncul.³⁶

Krisis itu pada gilirannya melahirkan kritik terhadap hukum yang dipandang tidak memadai dirinya sebagai sarana perubahan dan sarana mewujudkan keadilan substantif. Kritik tersebut dengan merujuk kepada pendapat Satjipto Rahardjo lebih tepat bila dialamatkan kepada pandangan Hans Kelsen yang melihat hukum secara murni. Kelsen, seperti dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo, menolak pandangan yang mengintegrasikan hukum dengan bidang-bidang lainnya. Kelsen berpendapat, "*alles ausscheiden mochte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstande gehort* (Semua hal yang tidak berhubungan dengan hukum harus dikeluarkan)."³⁷

Menurut Nonet dan Selznick, selama ini terdapat ketegangan di antara dua pendekatan terhadap hukum, yaitu kebebasan dan kontrol sosial. Nonet dan Selznick menamakan pendekatan kebebasan sebagai pandangan yang risiko rendah tentang hukum dan ketertiban. Pandangan ini menekankan betapa besarnya sumbangan stabilitas hukum terhadap suatu masyarakat yang bebas dan betapa berisikonya sistem yang berdasarkan otoritas dan kewajiban sipil. Perspektif ini, menurut Nonet dan Selznick, melihat hukum sebagai unsur yang sangat penting dari tertib sosial dengan tidak mengesampingkan sumber-sumber kontrol lainnya, tapi sumber-sumber itu tidak dapat diandalkan untuk menyelamatkan masyarakat dari kesewenang-wenangan.

Dalam perspektif hukum responsif, hukum yang baik seharusnya menawarkan sesuatu yang lebih dari sekedar keadilan prosuderal. Hukum yang baik harus kompeten dan juga asil, hukum semacam itu seharusnya mampu mengenai keinginan public dan punya komitmen bagi tercapainya keadilan substantif.

Dalam pandangan hukum responsif, peraturan perundang-undangan haruslah adil. Undang-undang yang baik, selain dibuat oleh lembaga konstitusi, undang-undang juga harus rasional dan dapat diterima oleh masyarakat sebagai

³⁶ *Ibid.* h. 7.

³⁷ Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya*, cetakan kedua (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hal.7

obyek utama penerapan undang-undang. Sementara undang-undang tidak banyak berarti, jika tidak dikawal oleh para penegak hukum yang baik, handal, dan professional. Lembaga-lembaga responsive menganggap tekanan-tekanan social, kemasyarakatan sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk melakukan koreksi diri terhadap pelaksanaan hukum.

2.1.3. Teori demokrasi

Gagasan demokrasi Yunani boleh dikatakan hilang dari muka dunia Barat waktu bangsa Romawi, yang sedikit banyak masih kenal kebudayaan Yunani, dikatakan oleh suku bangsa Eropa Barat dan Benua Eropa memasuki Abad Pertengahan (600-1400). Masyarakat abad pertengahan dicirikan oleh struktur social yang feodal, yang kehidupan social dan spiritualnya dikuasai oleh Paus dan pejabat-pejabat agama lainnya, yang kehidupan politiknya ditandai oleh perebutan kekuasaan antara para bangsawan satu sama lain. Dilihat dari sudut perkembangan demokrasi Abad Pertengahan menghasilkan suatu dokumen yang penting yaitu Magna Charta Piagam Besar 1215.³⁸

Konsep demokrasi dipraktikkan di seluruh dunia secara berbeda-beda dari negara yang 1 (satu) dengan negara yang lain. Demokrasi sudah menjadi paradigma dalam bahasa komunikasi dunia mengenai sistem pemerintahan dan sistem politik yang dianggap ideal.³⁹

Konsep demokrasi sebagai suatu bentuk pemerintahan, akan tetapi pemakaian konsep ini di zaman modern dimulai sejak terjadinya pergolakan revolusioner dalam masyarakat Barat pada akhir abad ke-18. Pada pertengahan abad ke-20 dalam perdebatan mengenai arti demokrasi muncul tiga pendekatan umum. Sebagai suatu bentuk pemerintahan, demokrasi telah didefinisikan berdasarkan sumber wewenang bagi pemerintah, tujuan yang dilayani oleh pemerintah dan prosedur untuk membentuk pemerintahan.⁴⁰

Demokrasi mementingkan kehendak, pendapat serta pandangan rakyat, corak pemerintahan demokrasi dipilih melalui persetujuan dengan cara mufakat. Sehingga demokrasi yang kuat adalah demokrasi yang bersumber dari hati nurani rakyat untuk mencapai keadilan dan kesejahteraan rakyat.⁴¹

³⁸ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia Pustaka Utama, Cetakan XIII, Jakarta, 1991, h.54.

³⁹ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, h. 141

⁴⁰ Samuel P. Huntington, *Gelombang Demokratisasi Ketiga*, (Jakarta: PT. Midas Surya Grafindo), 4.

⁴¹ Zakaria Bangun, *Demokrasi dan Kehidupan Demokrasi di Indonesia*, (Medan: Bina Media Perintis, 2008), 2

Sistem pemerintahan “dari rakyat” (government of the people) adalah bahwa suatu sistem pemerintahan dimana kekuasaan berasal dari rakyat dan para pelaksana pemerintahan dipilih dari dan oleh rakyat melalui suatu pemilihan umum. Dalam hal ini, dengan adanya pemerintahan yang dipilih oleh dari rakyat tersebut terbentuk suatu legitimasi terhadap kekuasaan pemerintahan yang bersangkutan. Sistem pemerintahan “oleh rakyat” (government by the people), yang dimaksudkan adalah bahwa suatu pemerintahan dijalankan atas nama rakyat, bukan atas nama pribadi atau atas nama dorongan pribadi para elit pemegang kekuasaan. Selain itu, pemerintahan “oleh rakyat” juga mempunyai arti bahwa setiap pembuatan dan perubahan UUD dan undang-undang juga dilakukan oleh rakyat baik dilakukan secara langsung (misalnya melalui sistem referendum), ataupun melalui wakil-wakil rakyat yang ada di parlemen yang sebelumnya telah dipilih oleh rakyat melalui suatu pemilihan umum.

Berbagai negara telah menerapkan definisi dan kriterianya mengenai demokrasi, yang tidak sedikit diantaranya justru mempraktekkan cara-cara atau jalur yang sangat tidak demokratis, meskipun di atas kertas menyebut “demokrasi” sebagai dasarnya yang fundamental. Oleh sebab itu, studi-studi mengenai politik sampai pada identifikasi bahwa fenomena demokrasi dapat dibedakan menjadi demokrasi normatif dan demokrasi empirik. Demokrasi normatif menyangkut rangkuman gagasan-gagasan atau idealisme tentang demokrasi yang terletak di dalam alam filsafat, sedangkan demokrasi empirik adalah pelaksanaannya di lapangan tidak selalu paralel dengan gagasan normatifnya.⁴²

Dalam pandangan lain, demokrasi sebagai suatu gagasan politik merupakan paham yang universal sehingga di dalamnya terkandung beberapa elemen sebagai berikut :

1. Penyelenggara kekuasaan berasal dari rakyat;
2. Setiap pemegang jabatan yang dipilih oleh rakyat harus dapat mempertanggung jawabkan kebijaksanaan yang hendak dan telah ditempuhnya;
3. Diwujudkan secara langsung maupun tidak langsung;
4. Rotasi kekuasaan dari seseorang atau kelompok ke orang atau ke kelompok yang lainnya, dalam demokrasi peluang akan terjadinya rotasi kekuasaan harus ada, dan dilakukan secara teratur dan damai;
5. Adanya proses pemilu, dalam negara demokratis pemilu dilakukan secara teratur dalam menjamin hak politik rakyat untuk memilih dan dipilih;

⁴² Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, h. 260

6. Adanya kebebasan sebagai HAM, menikmati hak-hak dasar, dalam demokrasi setiap warga masyarakat dapat menikmati hak-hak dasarnya secara bebas, seperti hak untuk menyatakan pendapat, berkumpul dan berserikat, dan lain-lain.⁴³

Terkait dengan teori tersebut maka kondisi demokrasi Indonesia juga mengedepankan aspek kedaulatan sebagaimana yang dikemukakan oleh Sri Soemantri yang mendefinisikan bahwa demokrasi Indonesia dalam arti formal (*indirect democracy*), sebagai suatu demokrasi dimana pelaksanaan kedaulatan rakyat itu tidak dilaksanakan oleh rakyat secara langsung melainkan melalui lembaga-lembaga perwakilan rakyat seperti DPR dan MPR. Demokrasi dalam arti pandangan hidup adalah demokrasi sebagai falsafah hidup (*democracy in philosophy*).⁴⁴

Konsep demokrasi dibutuhkan beberapa batasan ataupun prinsip-prinsip agar semakin terarah, hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Nurcholis Madjid, yang menjadi pandangan hidup demokrasi haruslah didasari atas 7 (tujuh) norma sebagai berikut:

1. Kesadaran atas pluralisme

Masyarakat sudah dapat memandang secara positif kemajemukan dan keberagaman dalam masyarakat, serta telah mampu mengelaborasi ke dalam sikap tindak secara kreatif.

2. Musyawarah

Korelasi prinsip ini ialah kedewasaan untuk menerima bentuk-bentuk kompromi dengan bersikap dewasa dalam mengemukakan pendapat, mendengarkan pendapat orang lain, menerima perbedaan pendapat, dan kemungkinan mengambil pendapat yang lebih baik.

3. Pemufakatan yang jujur dan sehat

Prinsip masyarakat demokrasi dituntut untuk menguasai dan menjalankan seni permusyawaratan yang jujur dan sehat itu guna mencapai permufakatan yang juga jujur dan sehat, bukan permufakatan yang dicapai melalui intrik-intrik yang curang, tidak sehat atau yang sifatnya melalui konspirasi.

4. Kerjasama

Prinsip kerjasama antar warga dalam masyarakat dan sikap saling mempercayai itikad baik masing-masing, kemudian jalinan dukung-mendukung

⁴³ *Ibid*

⁴⁴ Sri Soemantri, *Perbandingan Antar Hukum Tata Negara*, Bandung; Alumni, 1971, hlm. 26.

secara fungsional antar berbagai unsur kelembagaan kemasyarakatan yang ada, merupakan segi penunjang efisiensi untuk demokrasi.

5. Pemenuhan segi-segi ekonomi

Untuk mendukung hadirnya situasi demokrasi dalam masyarakat sangat perlu memperhatikan pemenuhan segi-segi ekonominya terutama pemenuhan terhadap keperluan pokok, yaitu pangan, sandang dan papan. Pemenuhan kebutuhan ekonomi harus pula mempertimbangkan aspek keharmonisan dan keteraturan sosial (seperti masalah mengapa kita makan nasi, bersandangkan sarung, kopiah, kebaya, serta berpapankan rumah „joglo“ yang dalam pemenuhannya tidak lepas dari perencanaan sosial budaya).

6. Pertimbangan moral

Pandangan hidup demokratis mewajibkan adanya keyakinan bahwa cara berdemokrasi haruslah sejalan dengan tujuan. Bahkan sesungguhnya klaim atas suatu tujuan yang baik haruslah diabsahkan oleh kebaikan cara yang ditempuh untuk meraihnya.

7. Sistem pendidikan yang menunjang

Pendidikan demokrasi selama ini pada umumnya masih terbatas pada usaha indoktrinasi dan penyuaian konsep-konsep secara verbalistik. Terjadinya diskrepansi (jurang pemisah) antara *das sein* dan *das sollen* dalam konteks ini ialah akibat dari kuatnya budaya ”menggurui” dalam masyarakat kita, sehingga verbalisme yang dihasilkannya juga menghasilkan kepuasan tersendiri dan membuat yang bersangkutan merasa telah berbuat sesuatu dalam penegakan demokrasi hanya karena telah berbicara tanpa perilaku.⁴⁵

2.2. Penjelasan Konsep

2.2.1. Konsep Ratio Decidendi

Pasal 109 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara menentukan bahwa salah satu yang harus ada dalam suatu putusan hakim adalah alasan hukum yang menjadi dasar putusan. Sebelum hakim menjatuhkan vonis untuk menjawab tuntutan dari pihak penggugat, terlebih dahulu hakim membuat dasar-dasar pertimbangan hukum berisi ratio decidendi atau reasoning yaitu argumentasi atau alasan hukum untuk sampai pada suatu putusan. Inti dari suatu perkara yang yuridis, yakni bagian dapat dianggap dianggap mempunyai sifat menentukan, disebut ratio decidendi. *Ratio decidendi* ialah faktor-

⁴⁵ Tim ICCE UIN Jakarta, *Pendidikan Kewarganegaraan (Civic Education): Demokrasi, Hak Asasi Manusia dan Masyarakat Madani*, Prenada Media, Jakarta, 2003, hlm:113-11, dalam, Erwin Muhammad, *Pendidikan Kewarganegaraan Republik Indonesia*, PT Refika Aditama, Bandung, 2011, hlm:131-132.

faktor yang sejati (material facts), faktor-faktor yang ”esensiil” yang justru mengakibatkan keputusan begitu itu.⁴⁶ Bagian putusan yang menyebutkan tentang pertimbangan hukum atau biasa disebut dengan konsiderans berisi tentang uraian pertimbangan hukum terhadap duduk perkara.⁴⁷

Pada bagian putusan mengenai pertimbangan hukum tersebut terdapat penilaian dan/atau alasan mengenai alat-alat bukti terhadap fakta-fakta yang diajukan atau yang dibantah oleh penggugat dan/atau tergugat dalam persidangan di pengadilan. Putusan tersebut umumnya memiliki pertimbangan-pertimbangan, yaitu pertimbangan sosiologis, pertimbangan teoritis, pertimbangan yuridis, dan pertimbangan filosofis.

Ratio decidendi atau *reasoning* yaitu pertimbangan pengadilan untuk sampai pada suatu putusan. Ratio decidendi yang termuat dalam pertimbangan hukum hakim dalam suatu putusan merupakan salah satu tolok ukur untuk menentukan mutu dari suatu putusan pengadilan. Putusan yang tidak mencantumkan pertimbangan hukum hakim akan menyebabkan putusan tersebut batal demi hukum.⁴⁸

Alasan hakim pada pertimbangan hukum dalam suatu putusan harus bersifat yuridis dan menjadi dasar suatu putusan. Putusan Pengadilan harus memuat pasal-pasal tertentu dari peraturan-peraturan yang bersangkutan dan sumber hukum tidak tertulis yang dijadikan dasar untuk mengadili.⁴⁹

Putusan harus dihasilkan melalui musyawarah dengan prinsip permufakatan bulat berkaitan dengan segi obyektivitas putusan. Putusan Hakim harus didasarkan atas pertimbangan-pertimbangan melalui penilaian obyektif terhadap kaedah hukum. Apabila putusan dilihat sebagai penetapan kaedah hukum, maka yang secara langsung mengikat adalah pertimbangan atau alasan yang secara langsung mengenai pokok perkara, yaitu kaedah hukum yang merupakan dasar putusan (ratio decidendi).⁵⁰

Ratio Decidendi merupakan argumen atau alasan yang dipakai oleh hakim sebagai pertimbangan hukum yang menjadi dasar sebelum memutus perkara. Dalam praktik pradilan pada putusan hakim sebelum pertimbangan yuridis ini dibuktikan.

⁴⁶ Kusumadi Pudjosewojo, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, Aksara Baru, Jakarta, 1983, h. 37-38

⁴⁷ Philipus M. Hudjon, dkk, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia*, Gajah Mada University Press, Yogyakarta, 2002, h. 356.

⁴⁸ R. Wiyono, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Edisi Ketiga, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, h. 2.

⁴⁹ *Ibid*, h. 194

⁵⁰ W. Riawan Tjandra, *Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara*, Edisi Revisi, Penerbitan Universitas Atma Jaya Yogyakarta, 2005, h. 16.

Maka hakim akan menarik fakta-fakta dalam persidangan yang timbul dan merupakan konklusi kumulatif dari keterangan pada saksi, keterangan terdakwa dan barang bukti. Pertimbangan hakim dapat dibagi menjadi 2 kategori yakni, pertimbangan yuridis dan pertimbangan non-yuridis. Pertimbangan yuridis adalah pertimbangan hakim yang didasarkan pada fakta-fakta yuridis yang terungkap dalam persidangan dan oleh Undang-undang ditetapkan sebagaimana yang harus dimuat dalam putusan misalnya dakwaan jaksa penuntut umum, keterangan terdakwa, keterangan saksi, barang-barang bukti, dan pasal-pasal dalam peraturan hukum pidana. Sedangkan pertimbangan non-yuridis dapat dilihat dari latar belakang terdakwa, kondisi terdakwa dan agama terdakwa.⁵¹

2.2.2. Konsep Calon Tunggal

Penyelenggaraan Pemilu kepala daerah mempunyai aspek yang berkembang begitu luas terutama berkenaan dengan penetapan pasangan calon. Di dalam undang-undang Pilkada yaitu UU No. 1 Tahun 2015 tidak secara eksplisit diatur mengenai mekanisme pencalonan terutama bagaimana apabila pasangan calon kurang dari 2 (dua). Hal ini bisa dimaknai dalam Pasal 50 ayat (8) UU No. 8 Tahun 2015 yang berbunyi :

“Dalam hal hasil penelitian sebagaimana dimaksud pada ayat (7) menghasilkan pasangan calon yang memenuhi persyaratan kurang dari 2 (dua) pasangan calon, tahapan pelaksanaan pasangan Calon Bupati dan Calon Wakil Bupati serta pasangan Calon Walikota dan Calon Wakil Walikota pemilihan ditunda paling lama 10 (sepuluh) hari”.

Sebelumnya dalam UU No. 8 Tahun 2015 Pasal 51 ayat (2) yang berbunyi : “Berdasarkan Berita Acara Penetapan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), KPU Provinsi menetapkan paling sedikit 2 (dua) Calon Gubernur dengan Keputusan KPU”.

Mahkamah Konstitusi (MK) melalui putusan Nomor 100/PU-XIII/2015 memutuskan bahwa pemilihan kepala daerah harus tetap dilaksanakan meski hanya diikuti satu pasangan calon. Mekanisme calon tunggal tersebut terdiri atas calon tunggal diadu dengan kotak kosong. Sebagaimana yang terdapat pada amar putusan MK yang menyatakan bahwa MK mengabulkan gugatan pemohon tentang calon tunggal untuk mengikuti pilkada yang didalamnya memaknai bahwa frasa 'setidaknya dua pasangan calon' atau 'paling sedikit dua pasangan calon' yang terdapat dalam seluruh pasal yang dimohonkan pengujian dapat diterima dalam bentuk atau pengertian, pasangan calon tunggal dengan pasangan calon kotak

⁵¹ Rusli Muhammad, *Hukum Acara Pidana Kontemporer*, Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2007, h.212

kosong yang ditampilkan pada Kertas Suara," kata anggota Majelis Hakim Konstitusi, Suhartoyo membacakan amar putusan di MK, Jakarta Pusat, Selasa (29/9).⁵²

Calon tunggal dalam Pemilu kepala daerah serentak yang terjadi di beberapa daerah di Indonesia merupakan salah satu bentuk demokrasi empirik. Keadaan munculnya "calon tunggal" adalah keadaan yang secara normatif tidak terbayangkan sebagaimana konsep demokrasi yang diungkapkan oleh Dahl. Hal ini berarti bahwa, demokrasi dalam implementasi terus berkembang dan dipengaruhi oleh sistem politik yang terjadi di daerah tersebut. Pada dasarnya, pelaksanaan atau implementasi suatu teori tidak bisa dilakukan sama persis dengan apa yang dikehendaki oleh teori atau konsep tersebut. Contohnya, Indonesia menganut sistem presidensiil dengan multipartai. Padahal secara konsep, pemerintahan presidensiil dengan multi partai dapat mengganggu kestabilan Presiden karena kuatnya gesekan antara eksekutif dan legislatif.

2.2.3. Konsep Pemilihan Umum Kepala Daerah

Indonesia pertamakali dalam melaksanakan Pemilu pada akhir tahun 1955 yang diikuti oleh banyak partai ataupun perseorangan. Dan pada tahun 2004 telah dilaksanakan pemilu yang secara langsung untuk memilih wakil rakyat serta presiden dan wakilnya. Dan sekarang ini mulai bulan Juni 2005 telah dilaksanakan Pemilihan Kepala Daerah atau sering disebut pilkada langsung. Pemilu kepala daerah ini merupakan sarana perwujudan kedaulatan rakyat. Ada lima pertimbangan penting penyelenggaraan pilkada langsung bagi perkembangan demokrasi di Indonesia, yaitu :

- a. Pilkada langsung merupakan jawaban atas tuntutan aspirasi rakyat karena pemilihan presiden dan wakil presiden, DPR, DPD, bahkan kepala desa selama ini telah dilakukan secara langsung.
- b. Pilkada langsung merupakan perwujudan konstitusi dan UUD 1945. Seperti telah diamanatkan Pasal 18 Ayat (4) UUD 1945, Gubernur, Bupati dan Wali Kota, masing-masing sebagai kepala pemerintahan daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis. Hal ini telah diatur dalam UU No 32 Tahun 2005 tentang Pemilihan, Pengesahan, Pengangkatan, dan Pemberhentian Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah.
- c. Pilkada langsung sebagai sarana pembelajaran demokrasi (politik) bagi rakyat (civic education). Ia menjadi media pembelajaran praktik berdemokrasi bagi

⁵²[http://www.jpnn.com/read/2015/09/29/329754/Begini-Mekanisme-Pilkada-dengan-Calon-Tunggal/Diakses Pada Tanggal 27 Desember 2017, Pukul 14:50](http://www.jpnn.com/read/2015/09/29/329754/Begini-Mekanisme-Pilkada-dengan-Calon-Tunggal/Diakses%20Pada%20Tanggal%2027%20Desember%202017,%20Pukul%2014:50)

rakyat yang diharapkan dapat membentuk kesadaran kolektif segenap unsur bangsa tentang pentingnya memilih pemimpin yang benar sesuai nuraninya.

4. Pilkada langsung sebagai sarana untuk memperkuat otonomi daerah. Keberhasilan otonomi daerah salah satunya juga ditentukan oleh pemimpin lokal. Semakin baik pemimpin lokal yang dihasilkan dalam pilkada langsung 2005, maka komitmen pemimpin lokal dalam mewujudkan tujuan otonomi daerah, antara lain untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat dengan selalu memerhatikan kepentingan dan aspirasi masyarakat agar dapat diwujudkan.
5. Pemilu kepala daerah langsung merupakan sarana penting bagi proses kaderisasi kepemimpinan nasional. Disadari atau tidak, stock kepemimpinan nasional amat terbatas. Dari jumlah penduduk Indonesia yang lebih dari 200 juta, jumlah pemimpin nasional yang kita miliki hanya beberapa. Mereka sebagian besar para pemimpin partai politik besar yang memenangi Pemilu 2004. Karena itu, harapan akan lahirnya pemimpin nasional justru dari pilkada langsung ini.

Negara yang menganut paham kedaulatan rakyat, kekuasaan tertinggi ada pada rakyat yang artinya rakyat berhak memerintah dan mengatur sendiri. Untuk itu rakyatlah yang berhak menentukan pembatasan-pembatasan, dan tujuan yang hendak dicapai dengan cara menetapkan peraturan-peraturan hukum. Kehidupan negara modern mengharuskan demokrasi dilaksanakan dengan perwakilan (*representative government under the rule of law*), maka hak rakyat untuk mengatur dilakukan melalui badan perwakilan yang menjalankan fungsi membuat undang-undang.⁵³

Namun untuk memenuhi tuntutan reformasi, makna dipilih secara demokratis di Indonesia saat ini dimaknai dengan dipilih secara langsung. Walaupun dipilih secara langsung harus tetap ada batasan-batasan yang harus dipatuhi, terkait dengan hal ini Azhary mengatakan kedaulatan rakyat di Indonesia dibatasi oleh nilai-nilai ketuhanan yang maha esa, kedaulatan rakyat yang sesuai dengan nilai-nilai kemanusiaan dan keadilan serta peradaban, kedaulatan rakyat sebagai dasar persatuan indonesia, dan kedaulatan rakyat yang mekanismenya (pola pelaksanaannya) berupa kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan yang bertujuan untuk mewujudkan keadilan sosial bagi seluruh rakyat indonesia.⁵⁴

Dikemukakan pula oleh Azhary dari rumusan kedaulatan rakyat tadi ada dua aspek yang harus diperhatikan :

⁵³ Bagir Manan, *Dasar-dasar Perundang-undangan Indonesia*, Jakarta; Ind-Hill.co, 1992, h. 41.

⁵⁴ Azhary, *Negara Hukum Indonesia Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-unsurnya*, Jakarta; Universitas Indonesia, 1995, h. 129.

1. Dalam konsep Indonesia dengan cara musyawarah yang dijiwai dengan penuh kebijakan. Dan musyawarah ialah cara berembuk yang mengikutsertakan semua aliran dan golongan yang ada dengan memperhatikan segala hal yang terkait (dinamika masyarakat).
2. Dengan memperhatikan segala perkembangan dalam masyarakat, maka aspek kesejahteraan bagi seluruh rakyat akan menjadi tujuan utamanya, jadi bukan mengutamakan kepentingan individu.

Pemilu kepala daerah merupakan wujud kehendak rakyat sebagaimana yang dikemukakan oleh Rozali Abdullah, menyatakan bahwa ada beberapa alasan mengapa perlu diselenggarakan pemilu kepala daerah secara langsung, karena :

1. Mengembalikan kedaulatan ke tangan rakyat

Warga masyarakat di daerah merupakan bagian yang tak terpisahkan dari warga masyarakat Indonesia secara keseluruhan, yang mereka juga berhak atas kedaulatan yang merupakan hak asasi mereka, yang hak tersebut dijamin dalam konstitusi kita Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945. Oleh karena itu, warga masyarakat di daerah, berdasarkan kedaulatan yang mereka punya, diberikan hak untuk menentukan nasib daerahnya masing-masing, antara lain dengan memilih Kepala Daerah secara langsung.

2. Legitimasi yang sama antar Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah dengan DPRD

Sejak Pemilu legislatif 5 april 2004, anggota DPRD dipilih secara langsung oleh rakyat melalui sistem proporsional dengan daftar calon terbuka. Apabila Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah tetap dipilih oleh DPRD, bukan dipilih langsung oleh rakyat, maka tingkat legitimasi yang dimiliki DPRD jauh lebih tinggi dari tingkat legitimasi yang dimiliki oleh Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah.

3. Kedudukan yang sejajar antara Kepala Daerah dan wakil daerah dengan DPRD

Pasal 16 (2) UU No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah menjelaskan bahwa DPRD, sebagai Badan Legislatif Daerah, berkedudukan sejajar dan menjadi mitra pemerintah daerah. Sementara itu, menurut Pasal 34 (1) UU No. 22 Tahun 1999 Kepala Daerah dipilih oleh DPRD dan menurut pasal 32 ayat 2 jo pasal 32 ayat 3 UU No.22 Tahun 1999, Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah bertanggung jawab kepada DPRD. Logikanya apabila Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah bertanggung jawab kepada DPRD maka kedudukan DPRD lebih tinggi daripada Kepala Daerah. Oleh karena itu, untuk memberikan mitra sejajar dan kedudukan sejajar antar Kepala Daerah dan DPRD maka keduanya harus sama-sama dipilih oleh rakyat.

4. UU No.22 Tahun 2003 tentang Susduk MPR, DPR, DPD, dan DPRD

Dalam UU diatas, kewenangan DPRD untuk memilih Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah sudah dicabut.

5. Mencegah politik uang

Sering kita mendengar isu politik uang dalam proses pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah oleh DPRD. Masalah politik uang ini terjadi karena begitu besarnya wewenang yang dimiliki oleh DPRD dalam proses pemilihan Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah. Oleh karena itu, apabila dilakukan pemilihan Kepala Daerah secara langsung kemungkinan terjadinya politik uang bisa dicegah atau setidaknya dikurangi.⁵⁵

Pada era reformasi, melalui Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, sistem pemilihan kepala daerah dilakukan melalui sistem pemilihan perwakilan, dimana kepala daerah dipilih secara murni oleh DPRD tanpa adanya intervensi dari pemerintah pusat. DPRD diberikan kewenangan untuk menentukan kepala daerah dan pilihan terbanyak DPRD tersebut harus disahkan oleh pusat tanpa alternatif lain. Namun demikian pola perekrutan ini boleh dibilang masih bersifat tertutup karena terpilih atau tidaknya seseorang sebagai kepala daerah ditentukan oleh dominasi partai politik.⁵⁶

DPRD diberikan kedudukan sebagai pemegang kendali politik pemerintahan daerah, termasuk menentukan terpilih atau tidaknya seseorang calon kepala daerah menjadi kepala daerah terpilih. Kondisi ini masih belum dapat dikatakan sebagai perwujudan demokrasi rakyat karena pemimpin daerah terpilih tidak sesuai dengan aspirasi dan keinginan rakyat daerah.⁵⁷

Pergeseran sistem pemilihan kepala daerah sitandai dengan diberlakukannya Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah sebagai terjemahan UUD NRI 1945 pasca amandemen. Keberadaan undang-undang tersebut dipandang sebagai pemecah kebekuan demokrasi yang terjadi selama Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah berlaku. Berdasarkan undang-undang ini kepala daerah dipilih secara langsung oleh rakyat dan harus bertanggung jawab kepada rakyat. Dengan demikian kepala daerah memiliki kekuatan yang seimbang dengan DPRD dan mekanisme check and balance pundi diharapkan dapat berjalan baik.⁵⁸

⁵⁵ Rozali Abdullah, *pelaksanaan Otonomi Luas dengan Pemilihan Kepala Derah secara Langsung*, PT Raja Grafindo, 2005, h. 53-55

⁵⁶ J. Kaloh, *Demokrasi dan Kearifan Lokal pada Pilkada Langsung*, 2008, Kata Hasta Pusaka, Jakarta, h. 22.

⁵⁷ *Ibid*, h. 23.

⁵⁸ *Ibid*, h. 37.