

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

Belum banyak penelitian yang mencoba untuk melihat polemik politik hukum Pemilukada Aceh 2012. Salah satu penelitian yang menarik dan teraktual tentang hal tersebut adalah penelitian yang dilakukan oleh *The Aceh Institute* dan Forum LSM Aceh. Penelitian tersebut kemudian diterbitkan dalam bentuk buku yang berjudul *Kekerasan Dalam Bingkai Demokrasi*, yang disunting oleh Sudarman Alkatiri Puteh dan Chairul Fahmi. Penelitian yang dilakukan oleh 2 lembaga ini menggunakan metode EVER (*Election Violence Education and Resolution*). Dengan metode tersebut, penelitian hanya difokuskan pada kekerasan yang merupakan implikasi dari kisruh hukum dan politik Pemilukada Aceh 2012. Penelitian tersebut membantu penulis untuk melihat implikasi sosiologis kebijakan hukum, terutama yang berkenaan dengan kisruh regulasi Pemilukada Aceh 2012. Berbeda dengan penelitian yang didanai oleh USAID dan IFES tersebut, penulis juga mengkaji *legal opinion* dari setiap produk hukum yang menimbulkan polemik tersebut dan mengkorelasikannya dengan implikasi sosial-politikinya. (Yusra Habib Abdul Gani, 2010 : 4)

Laporan World Bank yang berjudul *Conflict and Recovery in Aceh ; An Assessment of Conflict Dynamics and Options for Supporting the Peace Process*, yang ditulis oleh Patrick Barron, Samuel Clark dan Muslahuddin Daud, membantu penulis merumuskan dinamika konflik di awal

penandatanganan perjanjian damai dan menentukan pola serta relasi politik antar aktor pasca perjanjian damai. Sedangkan pada laporan yang berjudul *Pilkada Damai, demokrasi yang rapuh ; Pilkada pasca konflik di Aceh dan implikasinya* yang ditulis oleh Samuel Clark dan Blair Parmer, mencoba keberlangsungan melihat Pilkada sebagai salah satu instrumen pembangunan perdamaian. Penelitian yang mengambil setting waktu Pilkada 2006 ini, membantu penulis melihat desain strategi politik para pihak dan aktor kunci dan elite politik di Aceh. Laporan-laporan tersebut melihat pembangunan perdamaian Aceh dari berbagai dimensi, namun belum ada yang mencoba mengkaji politik hukum secara komprehensif. (Sudarman Alkatiri Puteh & Chairul Fahmi (eds), 2012:5)

A. Pengertian Demokrasi dan Perkembangannya

Saudara Amerika, Gettysburg, Pennsylvania bulan November tanggal 19, tahun 1863: *"....that we here highly resolve that these dead shall not have died in vain; that the nation shall, under God, have a new birth of freedom, and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth."*

Pidato dua menit Lincoln itu mencakup unsur-unsur penting dalam demokrasi. Dalam awal pidatonya ia mengungkapkan bahwa *"all men are created equal"*, dan dia mengakhirinya dengan *"government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth"*. Kata-kata penutup

inilah yang menjadi inti utama dari demokrasi, yang berakar dari budaya Yunani Kuno.

Demokrasi adalah konsep yang sangat tua yakni Abad ke 6 sebelum Masehi sampai dengan pertengahan abad ke 4 sebelum Masehi dan di praktekkan di polis-polis (Negara kota) di Athena dan sekitarnya. "*People*" dalam konteks Yunani Kuno adalah warga Negara laki-laki. Budak, warga pendatang dan wanita tidak tergabung memiliki hak pilih.

Jadi demokrasi di Athena merupakan sebuah *direct democracy* dimana seluruh warga Negara yang memiliki hak pilih menyuarakan secara langsung aspirasinya. *Elected Officials* tidak memutuskan masalah publik. Bagi orang Yunani Kuno, memilih segelintir orang dan kemudian memberinya mandat untuk memutuskan kepentingan umum adalah *Oligarchy*. Demokrasi, bagi mereka, adalah kesejajaran dalam memberikan keputusan .

Bagi filsuf seperti Aristoteles, demokrasi seperti yang kita alami sekarang, dimana kita memilih orang-orang untuk diberi mandat mengurus kehidupan publik bukanlah demokrasi sama sekali .

Demokrasi yang dikenal sekarang adalah perpaduan dari dua konsep yang sama sekali berbeda. Pertama, konsep demokrasi (*demos dan cratein*) yang memang berakar dari tradisi Yunani Kuno dan Kedua, konsep representasi yang berakar dari sistem feodal. Kedua hal ini menghasilkan apa yang disebut dengan *Representative Democracy* atau demokrasi perwakilan.(Bagir Manan, 2004 : 136)

Di dalam masyarakat feodal, tanah hanya dimiliki oleh para bangsawan. Sedangkan, rakyat jelata dianggap menyewa tanah dan diharuskan memberi upeti atas hasil garapan tanah tersebut. Konsep representasi timbul ketika kalangan rakyat jelata (*peasant*) protes karena kaum bangsawan menaikkan pajaknya (biasanya untuk biaya peperangan), karena tidak mungkin mereka semua bicara satu persatu dengan sang raja, terpaksa aspirasi mereka harus disalurkan lewat wakil-wakilnya (*representatives*). Proses tawar menawar mereka dengan bangsawan kemudian menjadi lembaga perwakilan (*representation*). Dalam perkembangan selanjutnya, lembaga ini berkembang menjadi salah satu kamar dalam parlemen negara-negara, seperti kelihatan nyata-nyata dalam parlemen tertua di dunia, yakni *House of Commons* dalam Parlemen Inggris.

Penggabungan dua konsep ini sebenarnya melahirkan "ilusi demokrasi". Yang dimaksud dengan "ilusi demokrasi" adalah perasaan keikutsertaan rakyat banyak terhadap pemerintahan karena mereka telah berpartisipasi dalam pemilihan umum. (Bagir Manan, 2004 : 136)

Pada umumnya, orang beranggapan bahwa setelah ikut pemilihan umum mereka telah menentukan jalannya pemerintahan. Padahal, pada kenyataannya aspirasi rakyat akan selalu mengalami distorsi. Pada demokrasi perwakilan yang kita praktekan sekarang ini, logikanya 1 orang dipilih untuk mewakili -misalnya-- 400.000 konsituennya. Artinya, 1 orang anggota DPR tersebut seharusnya bisa menyerap dan menyuarakan aspirasi dari sejumlah 400.000 orang. Pada prakteknya, kita tidak pernah sekalipun mendengar

bahwa secara faktual, aspirasi dari 400.000 orang tersebut disalurkan kepada wakilnya. Tidak pernah, seorang anggota DPR ketika akan membuat undang-undang, kembali kepada daerah pemilihannya dan menanyakan kepada konstituennya, apakah para pemilihnya itu menyetujui pasal-per-pasal apa dari rancangan undang-undang yang akan disahkan itu. Realitanya, mereka hanya akan duduk di ruangan sidang dan mengasumsikan bahwa rakyat yang mereka wakili menyetujui apa-apa yang mereka bahas. Suara satu anggota parlemen dianggap sebagai penjelmaan dari suara ratusan ribu pemilihnya. Padahal, apabila ditanyakan kepada rakyat yang diwakili, belum tentu mereka setuju terhadap apa-apa yang tertulis dalam undang-undang. Distorsi demokrasi lebih jauh terbukti dengan dikeluarkannya undang-undang yang merupakan "pesanan" pihak asing .

Pada zaman demokrasi modern, kelas yang diatur adalah kalangan buruh dan pekerja. Eksploitasi yang dilakukan kalangan elit atas buruh dan pekerja secara jelas diterangkan oleh Marx dalam karya-karyanya, yang kurang relevan apabila dibahas disini. Yang jelas, faktor-faktor *Ruling Class* seperti yang terjadi pada masyarakat feodal tetap dapat ditemukan pada masyarakat demokrasi modern. Salah satunya adalah faktor keturunan (*hereditary*). Seperti halnya pada masyarakat feodal yang memperoleh status *ruler* karena keturunan, pada masyarakat demokrasi modern pun banyak dijumpai individu-individu yang memasuki kancah perpolitikan karena hal ini. Memang, dalam masyarakat demokrasi modern, faktor keturunan bukanlah faktor langsung yang menentukan seperti dalam masa feodal. Artinya, apabila

bapaknya presiden, tidak otomatis anaknya menjadi presiden. Tapi, faktor keturunan mengambil bentuk yang lain, yakni timbulnya dinasti-dinasti politik. Hampir di semua negara terdapat dinasti-dinasti politik. Dinasti Bush dan Kennedy di Amerika, Dinasti Gandhi di India, Dinasti Bhutto di Pakistan, Dinasti Aquino di Filipina dan Dinasti Soekarno-Wahid di Indonesia.

Demokrasi perwakilan tidak mungkin dapat dilaksanakan tanpa distorsi. *Power tends to corrupt*. Ketika para wakil rakyat sudah duduk di parlemen, maka mereka memiliki kepentingan yang relatif berbeda dari kepentingan yang diwakilinya. Seringkali, mereka berpendapat bahwa mereka lebih mengetahui apa yang terbaik untuk para pemilihnya. Hal ini akan mendistorsikan aspirasi. Namun demikian, terdapat beberapa hal yang dapat dilakukan untuk meminimalisir distorsi aspirasi tersebut. Diantaranya yang menjadi pilar utama demokrasi modern adalah hal-hal berikut ini:

Salah satu warisan penting demokrasi langsung Yunani Kuno adalah inisiatif. Masyarakat menentukan sendiri hal-hal apa yang penting bagi mereka dan hal-hal apa yang mereka lakukan. Jadi, masyarakat tidak semata-mata mempercayakan hajat hidup kepada wakil rakyat dan menyerahkan inisiatif pemerintahan bagi mereka. Inisiatif dilakukan di Swiss, baik pada tingkat federal perkotaan (*cantonal*). Inisiatif juga dilaksanakan di Amerika Serikat baik pada tingkat federal, propinsi maupun kota sejak tahun 1777 .

Referendum adalah kunci utama dalam *semi-direct democracy* dan merupakan satu satunya mekanisme dalam Negara demokrasi langsung. Melaksanakan pemerintahan dengan referendum memiliki keuntungan dan

kerugian. Keuntungannya, aspirasi rakyat dapat diserap secara jelas oleh penguasa. Kerugiannya, referendum dapat menciptakan iklim politik yang tidak konsisten. Referendum juga tidak dirasa efisien untuk hal-hal yang bersifat teknis. Oleh karena itu, di banyak Negara referendum hanya dibatasi pada masalah-masalah yang sangat fundamental, seperti perubahan konsitusi .

Mekanisme *recall* merupakan pilar ketiga demokrasi modern. *Recall* adalah mekanisme penggantian seorang wakil rakyat dari jabatannya oleh para konstituennya sebelum masa jabatannya usai .

Berdirinya negara Indonesia Serikat sebagai langkah pertama bangsa Indonesia berada dalam satu wadah negara yang berdaulat merdeka, maka gerakan unitarisme kemudian akan mengubah bentuk negara yang federalistis menjadi bentuk negara kesatuan walaupun nantinya masih tetap mempertahankan sistem pemerintahan yang demokratis parlementer (bersifat liberal). Pembukaan UUD 1945 dalam alinea IV, menyebutkan bahwa Pemerintah melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia “Kalimat ini kemudian dipertegas lagi oleh pasal 1 ayat (1) UUD 1945 dengan mengatakan bahwa negara Indonesia adalah negara kesatuan...:”

Setiap kekuasaan harus dipertanggungjawabkan kepada rakyat. Inilah salah satu perbedaan dasar tatanan demokrasi dengan tatanan politik otoriter atau kediktatoran. Dalam sistem otoriter atau kediktatoran, penyelenggara pemerintahan tidak bertanggungjawab pada rakyat.

Penyelenggaraan pemerintahan menempatkan diri di atas rakyat dan menganggap diri sebagai sumber dari segala tatanan yang berlaku, seperti

ungkapan *I'Etat cest moi* (Aku adalah negara). Bukan penguasa yang tunduk pada kehendak rakyat, tetapi rakyat yang harus tunduk pada kehendak penguasa (sistem totaliter).

Sebagai konstitusi tertulis, UUD 1945 mengandung konsep-konsep dasar dan muatan materi yang mengatur sistem pemerintahan negara baik mengenai pengaturan tentang kedudukan, fungsi dan wewenang maupun hubungan antar organ atau lembaga negara. Sebagaimana lazimnya sebuah konstitusi yang berkedudukan sebagai hukum negara yang tertinggi, begitu juga UUD 1945 menempati piramida tertinggi dalam sistem hukum Tata Negara Indonesia. Konsekuensi dari kedudukan tersebut ialah bahwa setiap tindakan penyelenggaraan negara harus didasarkan kepada ketentuan-ketentuan atau aturan-aturan main yang digariskan oleh UUD 1945. Pasal 1 :

1. Negara Indonesia ialah negara kesatuan yang berbentuk Republik
2. Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar.
3. Negara Indonesia adalah negara hukum

Sesuai dengan pasal 1 ayat (1) UUD 1945, negara kita ialah negara kesatuan yang berbentuk republik. Mengenai bentuk negara, kita mengenal bentuk negara serikat (*Bondstaat*) dan serikat negara (*Statenbond*), disamping bentuk yang lain. Bagi negara kita, yang paling tepat ialah bentuk negara kesatuan (*Eenheidstaat*). Sejarah perjuangan dan perkembangan bangsa dan negara kita yang mempunyai wawasan nasional (Wawasan Nusantara), yakni

Kepulauan Nusantara sebagai satu kesatuan politik, satu kesatuan ekonomi, satu kesatuan sosial-budaya, dan satu kesatuan pertahanan dan keamanan.

Negara kesatuan atau dapat pula disebut negara unitaris adalah negara yang bersusun tunggal, negara yang hanya terdiri dari satu negara, negara yang tidak akan mempunyai daerah di dalam lingkungannya yang berstatus negara, dengan demikian dalam negara kesatuan ini hanya ada satu pemerintah dan juga hanya mempunyai satu Undang-undang Dasar.

Di dalam perkembangannya negara kesatuan tersebut dapat menganut serta melaksanakan asas dekonsentrasi, asas desentralisasi dan asas tugas pembantuan dalam menyelenggarakan pemerintahan di daerahnya.

Penggunaan ketiga asas tersebut terutama yang merupakan asas pokok ialah asas dekonsentrasi dan asas desentralisasi tidak selalu harus bersamaan dan sama pula kedudukannya. Negara-negara modern atau demokrasi dengan sistem badan perwakilan rakyat yang representatif, atau dapat pula disebut demokrasi tidak langsung, pada umumnya menganut asas konsentrasi dan asas sentralisasi, yang berarti bahwa semua urusan terutama urusan pemerintahan baik yang ada di pusat maupun yang ada di daerah-daerah dilaksanakan sendiri oleh Pemerintah dan juga menjadi milik Pemerintah. Hal ini dapat terjadi karena pada waktu itu wilayah negara masih sempit, urusan-urusan pemerintahan masih sederhana, dan warga negaranya masih sedikit.

Sudah sejak jaman sebelum Bangsa Asia (Eropa) menjajah Bangsa Indonesia, dalam kehidupan Bangsa Indonesia sudah mengenal prinsip-prinsip demokrasi, baik di bidang kehidupan ketatanegaraan, maupun di bidang

kehidupan bermasyarakat lainnya. Hal ini dibuktikan dengan adanya bermacam-macam lembaga baik yang bersifat kenegaraan maupun yang bersifat kemasyarakatan. Di dalam kehidupan ketatanegaraan yaitu (Toto Pandoyo, 1981 : 123-124):

1. Adanya hak pepe (berjemur diri) pada kaula kerajaan dalam sistem politik pemerintahan raja-raja dahulu di Jawa. Hal ini terjadi apabila ada sementara atau banyak kaula negara berkeinginan menyampaikan apa yang menjadi kehendak hati mereka pada Sang Raja atau Ratu.
2. Adanya hak memilih untuk jabatan Kepala Desa pada warga desa yang bersangkutan menurut IGO, adalah menunjukkan adanya unsur demokratis di dalam sistem pemerintahan desa.
3. Selain itu, di dalam pemerintahan desa juga dikenal adanya lembaga Rembug Desa yang berfungsi sebagai lembaga perwakilan rakyat desa yang bersangkutan, yang mempunyai kebiasaan dengan cara musyawarah di dalam menetapkan keputusan-keputusan desanya. Hal ini juga membuktikan bahwa dalam bidang pemerintahan di tingkat bawah, Bangsa Indonesia sejak dahulu mengenal sistem demokrasi, dan di dalam bentuk yang khas yaitu dengan cara musyawarah.

Sistem pemerintahan adalah suatu pengertian yang berkaitan dengan tata cara pertanggungjawaban penyelenggaraan pemerintahan dalam suatu tatanan negara demokrasi. Di dalam negara demokrasi terdapat prinsip *geen macht zonder verantwoordelijkheid* (tidak ada kekuasaan tanpa suatu pertanggung-jawaban), yang dimaksud pertanggung-jawaban adalah pertanggungjawaban terhadap rakyat. Setiap kekuasaan harus dipertanggungjawabkan kepada rakyat. Salah satu perbedaan dasar tatanan demokrasi dengan tatanan ekonomi otoriter atau kediktatoran, dalam sistem otoriter atau kediktatoran, penyelenggaraan pemerintahan tidak bertanggungjawab pada rakyat.

Penyelenggaraan pemerintahan menempatkan diri di atas rakyat dan menganggap diri sebagai sumber dari segala tatanan yang berlaku, seperti ungkapan aku adalah negara, Bukan penguasa yang tunduk pada kehendak rakyat, tetapi rakyat yang harus tunduk pada kehendak penguasa (sistem totaliter) (Bagir Manan, 2002 : 251)

Pertanggungjawaban kepada rakyat dapat dilakukan dengan dua cara yaitu melalui wakil rakyat atau langsung kepada rakyat. Sistem pertanggungjawaban melalui wakil rakyat (parlemen) melahirkan sistem pemerintahan parlementer. Sistem pertanggungjawaban langsung kepada rakyat melahirkan sistem presidensiil. Sistem pemerintahan parlementer dapat berjalan pada bentuk pemerintahan kerajaan atau republik. Tidak demikian dengan sistem pemerintahan presidensiil yang hanya terdapat pada bentuk pemerintahan republik, yaitu pertanggungjawaban Presiden sebagai penyelenggara pemerintahan.

Meskipun secara asasi pertanggungjawaban dalam sistem pemerintahan hanya terdapat dalam tatanan demokratis, tetapi dalam praktik mungkin didapati pada tatanan politik kediktatoran atau otoriter, yang tidak didapati dalam kediktatoran atau otoriter adalah kebebasan menilai pertanggungjawaban dan konsekuensi yang dapat timbul dari pertanggungjawaban tersebut. Kalaupun ada penilaian, semata-mata untuk menilai pembenaran segala tindakan pemerintahan. Begitu pula konsekuensi penilaian tidak dimungkinkan untuk sampai pada menyatakan tidak percaya pada pemerintahan atau bersikap tidak akan memberi dukungan lebih lanjut di masa mendatang.

Keadaan di atas sungguh berbeda dengan sistem pemerintahan dalam tatanan demokrasi. Di dalam sistem parlementer demokratis, pemerintahan sungguh-sungguh bergantung pada dukungan wakil rakyat. Apabila wakil rakyat (parlemen) tidak lagi mendukung atau menyatakan tidak percaya (mosi tidak percaya), maka pemerintahan akan jatuh (kecuali cukup alasan mengadakan perlawanan dengan membubarkan parlemen dan menyelenggarakan pemilihan umum baru). Di dalam sistem presidensial, kehilangan dukungan rakyat akan tampak pada hasil pemilihan umum atau pemilihan Presiden. Calon-calon partai pemerintah atau Presiden lama akan dikalahkan dan rakyat menentukan pilihan terhadap partai atau calon Presiden dan baru. Secara singkat dapat disebutkan, rakyatlah sebagai penentu terakhir kelangsungan suatu pemerintahan. Jadi, faktor pertama untuk menilai eksistensi dan kegunaan suatu sistem pemerintahan bagi kepentingan rakyat banyak adalah keterkaitannya dengan tatanan pemerintahan demokrasi.

Sejak pemerintahan Kolonial Belanda (*Nederlands Indie*) sampai dengan pemerintahan Republik Indonesia setelah kemerdekaan telah terdapat persoalan Regionalisme dan Desentralisasi pemerintahan, termasuk di dalamnya sistem pemerintahan Otonomi Daerah yang dihadapi pemerintah pada masa itu. Secara historis gagasan dan pelaksanaan untuk mewujudkan desentralisasi pemerintahan dan otonomi daerah mengalami pasang-surut disebabkan adanya berbagai faktor baik faktor-faktor politik, ekonomi, sosial maupun budaya.

Pada masa kolonial gagasan desentralisasi pemerintahan daerah dan otonomi pemerintahan daerah telah pernah dilaksanakan sesuai dengan kondisi politik, sosial-budaya, dan ekonomi yang beragam di Kepulauan Indonesia. Pada masa kemerdekaan, pemerintah Republik Indonesia dalam berbagai hal mewarisi sistem pemerintahan kolonial, dan dalam berbagai segi meneruskan sistem yang telah diberlakukan sebelumnya, sementara di pihak lain berusaha untuk melaksanakan berbagai pembaharuan dan pelaksanaan gagasan sistem pemerintahan yang pernah ada sebelumnya, termasuk di sini pemerintahan otonomi daerah.

Kembali faktor-faktor politik, sosial dan budaya ikut mendasari perkembangan tersebut. Sebagai contoh, perjalanan sejarah pada periode 1945 sampai dengan 1966 gagasan desentralisasi pemerintahan dan otonomi daerah mulai dilancarkan bersamaan dengan lahirnya sistem pemerintahan demokrasi parlementer yang berbasis pada sistem kepartaian.

Tatanan pemerintahan demokratis selalu memperhatikan secara timbal balik hubungan antara infrastruktur dan suprastruktur. Infrastruktur utama yang berperan dalam sistem pemerintahan adalah kepartaian.

Sistem kepartaian dapat dibedakan menjadi sistem partai tunggal, sistem partai dominan, sistem dua partai dan sistem banyak partai. Sistem partai tunggal, apabila hanya ada satu partai (hanya diperbolehkan satu partai). Sistem partai tunggal merupakan pendukung tatanan otoriter atau kediktatoran yang tidak membenarkan rakyat mempunyai pilihan. Tanpa pilihan, tidak

mungkin ada demokrasi. Demokrasi harus menyediakan alternatif memilih. Tanpa pilihan tidak mungkin ada saluran hak berbeda pendapat.

Sistem partai dominan mempunyai pembawaan sama dengan sistem partai tunggal, karena partai-partai lain sangat kecil atau dikecilkan sehingga tidak menjamin keseimbangan (*balances*) antar kekuatan berbagai partai. Sedangkan keseimbangan kekuatan antar partai merupakan syarat bagi dinamika demokrasi dalam satu sistem *checks and balances*.

Sistem dua partai akan ada, apabila dalam parlemen ada satu partai yang mendapatkan lebih dari separoh kursi dan satu partai lain yang cukup kuat untuk mengimbangi partai yang memerintah walaupun anggotanya di Parlemen kurang dari separoh. Sistem dua partai mensyaratkan keseimbangan antara dua partai. (Bagir Manan, 2002 : 253)

Sistem banyak partai, apabila di parlemen terdapat lebih dari dua partai utama, dan semuanya mendapatkan kursi kurang dari separuh kursi parlemen. Tidak ada partai yang mayoritas mutlak (lebih dari sempurna). Sistem kepartaian mempunyai pengaruh yang berbeda terhadap sistem pemerintahan. Sistem pemerintahan parlementer sangat di pengaruhi susunan kepartaian. Tidak demikian dalam sistem presidensiil. Telah dikemukakan, pemerintah dalam sistem parlementer sangat tergantung pada dukungan parlemen. Makin besar dukungan, makin kuat posisi pemerintah, sehingga pemerintah akan stabil. Makin kurang dukungan, makin lemah pemerintah dan selalu terancam kehilangan dukungan parlemen.

Pemerintah dapat menjadi tidak stabil, sistem partai tunggal, partai dominan, atau dua partai akan memperkuat dukungan terhadap pemerintah,

sehingga akan terwujud satu pemerintah yang stabil. Kestabilan dalam sistem partai tunggal atau partai dominan tidak menguntungkan perkembangan demokrasi. Pemerintah menjadi terlalu kuat tanpa ada keseimbangan kekuasaan, sehingga *checks and balances* tidak dapat berjalan secara wajar.

Sistem pemerintahan parlementer dengan sistem partai banyak selalu dibentuk berdasarkan koalisi yang setiap saat terancam pecah yang akan mengurangi dukungan terhadap pemerintah. Pemerintah dapat jatuh-bangun sesuai dengan keutuhan koalisi. Tetapi tidak selalu demikian. Di dalam praktik didapati pemerintah koalisi yang stabil atau cukup stabil seperti Pemerintah Barisan Nasional di Malaysia, pemerintahan koalisi di Belanda, dan Belgia.

Sistem kepartaian tidak mempengaruhi stabilitas pemerintahan presidensial. Presiden tidak dapat dikenakan mosi tidak percaya oleh parlemen. Sistem kepartaian “hanya” berpengaruh pada saat pemilihan Presiden. Di dalam pemilihan tidak langsung, dukungan partai di badan perwakilan sangat menentukan. Tetapi, setelah terpilih, Presiden tidak dapat lagi dijatuhkan oleh badan perwakilan yang bersangkutan karena alasan-alasan kebijakan politik kecuali terkena *impeachment* seperti di India, demikian pula dalam pemilihan langsung, Presiden bertanggungjawab pada rakyat pemilih, bukan pada badan perwakilan rakyat. Kalaupun dapat dijatuhkan semata-mata karena alasan hukum dengan suatu tata cara khusus seperti *impeachment* di Amerika Serikat.

Demokrasi merupakan suatu proses pendidikan, bukan suatu yang dapat diciptakan dalam waktu sekejap, karena itu betapa penting proses pendidikan dan latihan berdemokrasi baik pada institusi sosial, ekonomi,

budaya, apalagi pada institusi politik. Pendidikan dan latihan berdemokrasi dilakukan baik dalam bentuk kelembagaan maupun proses pengelolaan kelembagaan.

Demokrasi hanya akan tumbuh kalau ada kesadaran berdemokrasi (*democratic consciousness*), sikap tanggungjawab dalam berdemokrasi (*democratic responsibility*). Demokrasi bukan sekedar cara memperoleh kekuasaan tetapi sebagai sarana mewujudkan kesejahteraan umum dengan cara-cara yang demokratis. Demokrasi bukan kebebasan tanpa batas. Kebebasan demokrasi dibatasi oleh tanggungjawab terhadap kepentingan umum dan hukum, karena demokrasi adalah pemerintahan untuk kepentingan umum dan hanya dapat diwujudkan apabila dilaksanakan berdasarkan hukum (*democracy under the rule of law*). (Bagir Manan, 2004 : 158)

B. Otonomi Daerah di Indonesia

Reformasi di bidang politik dan pemerintahan saat ini telah melahirkan agenda dan kesepakatan nasional baru dalam penyelenggaraan pemerintahan di daerah, yang ditandai oleh diterbitkannya Tap MPR No. XV/MPR/1998 tentang Penyelenggaraan Otonomi daerah, Pengaturan, dan Perimbangan Keuangan Pusat dan Daerah dalam Kerangka NKRI, yang mengawali paradigma baru tatanan Pemerintahan Daerah, dari semangat Tap MPR No. XV/MPR/1998.

Penyelenggaraan Pemerintah di daerah dapat memakai beberapa asas yaitu asas desentralisasi, dekonsentrasi dan asas tugas pembantuan. Untuk menjamin terselenggaranya tertib pemerintah wilayah negara kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah besar dan daerah kecil yang dapat bersifat otonom maupun yang bersifat administratif.

Pengertian pembagian wilayah menurut pasal 18 Undang-undang Dasar 1945 Indonesia dibagi atas daerah besar dan daerah kecil di mana daerah tersebut masih di bagi lagi ke dalam daerah yang lebih kecil yang disebut daerah propinsi, di dalam daerah propinsi ada daerah lagi yang bersifat otonom atau administratif, sebagai konsekuensi pembagian tersebut menurut bentuknya daerah mempunyai dua asas:

1. Daerah yang dibentuk berdasarkan asas desentralisasi disebut daerah otonom yang dalam Undang-undang dikenal dengan sebutan Daerah Tingkat I dan Dati II.
2. Sedang wilayah yang dibentuk berdasarkan asas dekonsentrasi disebut wilayah administratif dalam Undang-undang selanjutnya disebut "wilayah". Wilayah tersebut disusun secara vertikal yang merupakan lingkungan kerja para perangkat pemerintah.

Ada berbagai macam pendapat tentang pengertian otonomi daerah yang dikemukakan oleh pakar hukum maupun undang-undang yang berlaku.

Beberapa pengertian tersebut dapat dikemukakan sebagai berikut :

Pengertian otonomi daerah adalah penyerahan urusan pemerintah kepada daerah yang dapat dipandang sebagai cara untuk mewujudkan secara nyata penyelenggaraan pemerintah yang efektif, efisien dan berwibawa guna mewujudkan pemberian pelayanan kepada masyarakat dan juga merupakan keterikatan yang kuat antara daerah yang satu dengan yang lainnya di samping menumbuh kembangkan semangat kebersamaan dalam simpul Negara Kesatuan Republik Indonesia. (H.A.W. Widaja 2001 : 32)

Menurut Deddy Supriyadi Brata Kusuma dan Dadang Solihin dalam buku *Otonomi Penyelenggaraan Pemerintah Daerah* memberikan pengertian otonomi daerah pemberian kewenangan yang lebih luas, nyata dan bertanggungjawab kepada daerah secara proporsional yang diwujudkan dengan pengaturan/pembagian dan pemanfaatan sumber

daya nasional yang berkeadilan, serta perimbangan keuangan antara pusat dan daerah, serta dilaksanakan dengan prinsip-prinsip demokrasi, peran serta masyarakat, pemerataan dan keadilan serta memperhatikan potensi dan keanekaragaman daerah (2002 : 2)

Otonomi daerah di Indonesia adalah juga dalam rangka pemberian kembali hak-hak politik masyarakat di daerah yang selama puluhan tahun mengalami proses marginalisasi, dan bahkan mengalami proses marginalisasi, dan bahkan mengalami proses alienasi, terutama terjadi pada masa pemerintahan Soeharto yang sangat sentralistik (Afan Gaffar, 2003 : 276)

Pengertian otonomi daerah menurut Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 adalah “kewenangan daerah untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat sesuai dengan peraturan perundang-undangan.”

Berdasarkan berbagai pengertian dan rumusan tentang otonomi daerah di atas dapat ditarik kesimpulan tentang pengertian otonomi daerah, yaitu penyerahan wewenang kepada daerah untuk mengatur rumah tangganya sendiri atau daerahnya sendiri atas prakarsa sendiri dalam rangka melaksanakan pembangunan di daerah guna meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran rakyat di daerah. Di dalam mengatur dan mengurus daerah tersebut tentu saja harus sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku

Daerah otonomi itu sendiri sebagaimana disebutkan dalam pasal 1 huruf i Undang-undang No.32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah adalah :

“Daerah Otonom, selanjutnya disebut Daerah adalah kesatuan masyarakat hukum yang mempunyai batas daerah tertentu berwenang

mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat menurut prakarsa sendiri berdasarkan aspirasi masyarakat dalam ikatan Negara Kesatuan Republik Indonesia”.

Diberikannya berbagai kewenangan tersebut memungkinkan setiap daerah untuk secara leluasa mengurus dan mengatur daerahnya sesuai dengan aspirasi masyarakat di daerah. Tentu saja semua itu demi kelancaran pembangunan dalam rangka meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran masyarakat.

Memungkinkan penyelenggaraan kebebasan tersebut dan sekaligus mencerminkan otonomi sebagai satuan demokratis, maka otonomi senantiasa memerlukan kemandirian atau keleluasaan. Bahkan tidak berlebihan apabila dikatakan hakikat otonomi adalah kemandirian, walaupun bukan suatu bentuk kebebasan sebuah satuan yang merdeka (*zelfstandigheid* bukan *onafhankelijkheid*). Mewujudkan kemandirian dan keleluasaan, otonomi berkait erat dengan pola hubungan antara pusat dan daerah yang meliputi berbagai segi yaitu hubungan kewenangan, hubungan pengawasan, hubungan keuangan dan lain sebagainya.

Begitu pentingnya dasar legalitas dalam penerapan suatu kebijakan Pemerintah Daerah yang bersifat strategis dan jangka panjang, maka dalam Undang-undang No. 32 Tahun 2004 menekankan tiga faktor yang mendasar yaitu sebagai berikut : (Kaloh, 2002 : 48)

1. Memberdayakan masyarakat
2. Menumbuhkan prakarsa dan kreativitas

3. Meningkatkan peran serta masyarakat secara aktif dan meningkatkan peran dan fungsi Badan Perwakilan Rakyat Daerah.

Selanjutnya dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah, Otonomi Daerah adalah hak, wewenang, dan kewajiban daerah otonom untuk mengatur dan mengurus sendiri Urusan Pemerintahan dan kepentingan masyarakat setempat dalam sistem Negara Kesatuan Republik Indonesia. Di dalam Undang-undang ini terdapat pembagian wilayah Negara, Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas Daerah Propinsi dan Daerah propinsi dibagi atas Daerah kabupaten dan kota dengan penjelasan sebagai berikut : Daerah propinsi selain berstatus sebagai Daerah juga merupakan Wilayah Administratif yang menjadi wilayah kerja bagi gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat dan wilayah kerja bagi gubernur dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan umum di wilayah Daerah provinsi. Daerah kabupaten/kota selain berstatus sebagai Daerah juga merupakan Wilayah Administratif yang menjadi wilayah kerja bagi bupati/wali kota dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan umum di wilayah Daerah kabupaten/kota.

Mengenai urusan pemerintahan, Pada UU sebelumnya urusan pemerintahan dibagi atas Urusan yang menjadi kewenangan Pemerintah Pusat (dapat dilimpahkan sebagian urusannya kepada perangkat Pemerintah Pusat atau wakil Pemerintah Pusat di daerah atau dapat menugaskan kepada pemerintahan daerah) dan Urusan pemerintah daerah dibagi atas urusan wajib dan pilihan. Sedangkan dalam Undang-undang 23 Tahun 2014 Tentang

Pemerintahan Daerah ini mengklasifikasikannya menjadi urusan absolut, urusan pemerintahan konkuren, dan urusan pemerintahan umum. Urusan pemerintahan absolut sebagaimana dimaksud adalah Urusan Pemerintahan yang sepenuhnya menjadi kewenangan Pemerintah Pusat terdiri dari urusan politik luar negeri, urusan pertahanan, urusan keamanan, urusan yustisi, moneter dan fiskal nasional serta urusan agama. Urusan pemerintahan konkuren adalah Urusan Pemerintahan yang dibagi antara Pemerintah Pusat dan Daerah propinsi dan Daerah kabupaten/kota. Urusan pemerintahan konkuren yang diserahkan ke Daerah menjadi dasar pelaksanaan Otonomi Daerah. Adapun urusan pemerintahan konkuren yang menjadi kewenangan Daerah adalah urusan pemerintahan yang berkaitan dengan pelayanan dasar (bersifat wajib) dan urusan pemerintahan pilihan seperti kelautan, perikanan, pariwisata, dan lain-lain. Sedangkan Urusan pemerintahan umum adalah Urusan Pemerintahan yang menjadi kewenangan Presiden sebagai kepala pemerintahan meliputi :

1. Pembinaan wawasan kebangsaan dan ketahanan nasional dalam rangka memantapkan pengamalan Pancasila, pelaksanaan Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pelestarian Bhinneka Tunggal Ika serta pemertahanan dan pemeliharaan keutuhan Negara Kesatuan Republik Indonesia;

2. Pembinaan persatuan dan kesatuan bangsa;
3. Pembinaan kerukunan antarsuku dan intra suku, umat beragama, ras, dan golongan lainnya guna mewujudkan stabilitas keamanan lokal, regional, dan nasional;
4. Penanganan konflik sosial sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan.
5. Koordinasi pelaksanaan tugas antar instansi pemerintahan yang ada di wilayah Daerah provinsi dan Daerah kabupaten/kota untuk menyelesaikan permasalahan yang timbul dengan memperhatikan prinsip demokrasi, hak asasi manusia, pemerataan, keadilan, keistimewaan dan kekhususan, potensi serta keanekaragaman Daerah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
6. Pengembangan kehidupan demokrasi berdasarkan Pancasila; dan
7. Pelaksanaan semua Urusan Pemerintahan yang bukan merupakan kewenangan Daerah dan tidak dilaksanakan oleh Instansi Vertikal.

Semangat dari Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 ini memaksimalkan peranan pemerintah daerah yang mampu melaksanakan kewenangannya yang berorientasi pelayanan dasar bukan kekuasaan semata. Dengan kondisi tersebut, mau tidak mau, peran serta masyarakat dalam hal pengawasan terhadap penyelenggaraan pemerintahan yang berbasis pelayanan publik.

Otonomi Daerah yang dilaksanakan dalam negara Republik Indonesia telah diatur kerangka landasannya dalam Undang-undang Dasar 1945, antara lain :

Pasal 1 ayat (1) yang berbunyi : “Negara Indonesia ialah Negara Kesatuan yang berbentuk Republik”

Pasal 18 yang menyatakan “Pembagian daerah Indonesia atas dasar daerah besar dan kecil dengan bentuk susunan pemerintahannya ditetapkan dengan undang-undang dengan memandang dan mengingat dasar permusyawaratan dalam sistem pemerintahan negara dan hak-hak asal-usul dalam daerah-daerah yang bersifat istimewa”

Selanjutnya dalam Penjelasan Pasal 18 ditetapkan antara lain (HAW. Wijaya, 2001 : 29-30) :

1. Daerah Indonesia akan dibagi dalam daerah Propinsi dan Propinsi akan dibagi pula dalam daerah yang lebih kecil”
2. Di daerah-daerah yang bersifat otonom atau bersifat daerah administrasi belaka, semuanya menurut aturan yang akan ditetapkan dengan Undang-undang
3. Di daerah-daerah yang bersifat otonom akan diadakan badan perwakilan daerah oleh karena di daerah pun pemerintahan akan bersendi atas dasar permusyawaratan

Tujuan dari pemberian otonomi kepada daerah adalah untuk mengembangkan mekanisme demokrasi di tingkat daerah dalam bentuk menampung dan menyalurkan aspirasi masyarakat, baik untuk kepentingan daerah setempat maupun untuk mendukung kebijaksanaan politik nasional dalam era reformasi saat ini. (Kaloh, 2002 : 49)

Sebelum Undang-undang No. 5 Tahun 1974 dikeluarkan yang diatur seluas-luasnya yang dapat mengganggu stabilitas Negara Kesatuan. Tiap-tiap

Daerah hanya menekuni masalah yang dianggap penting untuk daerahnya saja, tanpa mengaitkannya dengan kepentingan nasional. Tugas-tugas desentralisasi (otonomi) dipisahkan dari tugas dekonsentrasi sehingga pelaksanaannya menjadi kabur, mana tugas pemerintah daerah dan mana tugas pemerintah Pusat.

Tujuan utama dari kebijakan desentralisasi tahun 1999 adalah di satu pihak, membebaskan pemerintah pusat dari beban-beban yang tidak perlu dalam menangani urusan domestik, sehingga berkesempatan mempelajari, memahami, merespon sebagai kecenderungan global dan mengambil manfaatnya. Pada saat yang sama, pemerintah pusat diharapkan lebih mampu berkonsentrasi pada perumusan kebijakan makro nasional yang bersifat strategis. Di lain pihak, dengan desentralisasi kewenangan pemerintahan ke daerah, maka daerah akan mengalami proses pemberdayaan yang signifikan. Kemampuan prakarsa dan kreatifitas mereka akan terpacu, sehingga kapabilitasnya dalam mengatasi berbagai masalah domestik akan semakin kuat.

Otonomi Daerah menurut Undang-undang No. 32 Tahun 2004 akan dikembangkan dengan menekankan pada prinsip-prinsip, “demokrasi”, peran serta masyarakat, pemerataan dan keadilan, serta memperhatikan potensi dan keanekaragaman daerah”. Pertimbangan –pertimbangan ini akan dilaksanakan dengan “memberikan wewenang yang luas kepada daerah, nyata dan bertanggungjawab secara proporsional yang diwujudkan dengan pengaturan,

pembagian dan pemanfaatan sumber daya nasional, serta perimbangan keuangan antara pusat dan daerah.

Agar pelaksanaan otonomi daerah sesuai dengan maksud dan tujuan yang diharapkan, maka dalam kaitan dengan pelaksanaannya harus didasarkan pada prinsip-prinsip sebagai berikut (H.A.W. Widjaja, 2001 : 31) :

1. Pelaksanaan pemberian otonomi daerah kepada daerah harus menjunjung aspirasi perjuangan rakyat, yakni memperkokoh Negara Kesatuan dan mempertinggi kesejahteraan rakyat Indonesia seutuhnya.
2. Pemberian otonomi kepada daerah harus mengutamakan aspek-aspek keserasian dengan tujuan di samping aspek-aspek kedemokrasian.
3. Pemberian otonomi kepada daerah harus merupakan otonomi yang nyata dan bertanggung jawab.
4. Asas desentralisasi dilaksanakan dengan asas dekonsentrasi dengan memberikan pula bagi pelaksanaan asas tugas pembantuan.
5. Tujuan pemberian otonomi daerah adalah untuk meningkatkan daya dan hasil guna penyelenggaraan pemerintahan di daerah, pelaksanaan pembangunan dan pelayanan terhadap masyarakat serta meningkatkan pembinaan kestabilan politik dan kesatuan bangsa.

Berdasarkan prinsip-prinsip di atas dapat dipahami bahwa pelaksanaan otonomi daerah harus dalam rangka meningkatkan, memperkuat dan memperkokoh Negara Kesatuan Republik Indonesia serta untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat Indonesia secara keseluruhannya. Di samping itu pelaksanaan otonomi daerah harus menyeimbangkan aspek keserasian dengan tujuan dan aspek pendemokrasian, maksudnya dalam pelaksanaan otonomi daerah faktor aspirasi rakyat harus benar-benar menjadi perhatian. Dengan demikian adanya otonomi daerah akan dapat meningkatkan daya guna dan hasil guna dalam penyelenggaraan pemerintahan, pelaksanaan pembangunan

dan pelayanan terhadap masyarakat serta dapat membina stabilitas politik dan keutuhan bangsa.

Disadari bahwa hakikat otonomi pengarahannya maupun prinsipnya sebagaimana diuraikan di atas, walaupun telah dituangkan dalam Undang-undang No. 5 Tahun 1974 belum sepenuhnya dapat berjalan dengan lancar. Namun dari hasil kemajuan penyelenggaraan Otonomi Daerah dapat diamati bahwa otonomi tersebut minimal telah dapat diwujudkan di Dati I dan Dati II, yang tentu saja intensitas dan bobotnya masih terdapat perbedaan antara daerah satu dengan lainnya yang tentunya sesuai dengan kondisi dan tingkat perkembangan masing-masing daerah.

Di samping itu, apabila dikaji dari Undang-undang No. 5 Tahun 1974 maka pengertian otonomi bagi daerah tersebut harus mampu : (HAW Wijaya, 2001 : 32) :

1. Berinisiatif sendiri (menyusun kebijaksanaan Daerah dan menyusun rencana, pelaksanaannya)
2. Memiliki alat pelaksana sendiri yang *qualified*
3. Membuat pengaturan sendiri (dengan Perda)
4. Menggali sumber-sumber keuangan sendiri, menetapkan pajak, retribusi dan lain-lain usaha yang sah sesuai dengan peraturan yang berlaku.

Dari uraian-uraian tersebut jelaslah bahwa dengan otonomi daerah dapat dipandang sebagai cara untuk mewujudkan secara nyata penyelenggaraan pemerintah yang efektif, efisien dan berwibawa guna

mewujudkan pemberian pelayanan kepada masyarakat dalam meningkatkan kesejahteraan otonomi daerah juga merupakan keterikatan yang kuat antara daerah yang satu dengan yang lainnya, di samping menumbuhkembangkan semangat kebersamaan dalam simpul Negara Kesatuan Republik Indonesia

C. Pemilihan Kepala Daerah

Indonesia telah memasuki babak baru dalam perjalanan ketatanegaraannya, hal ini dapat dilihat dari acara demokrasi terbesar yaitu Pemilihan Umum 2004. Dalam Pemilihan Umum 2004 ini dapat diperhatikan Indonesia memakai sistem campuran yaitu: (Ni' matul Huda, 2005 : 205)

1. Sistem Proporsional Terbuka untuk calon anggota
2. Sistem distrik untuk daerah pemilihan (walaupun bukan sistem distrik murni)

Di dalam era demokrasi sekarang ini, Pemilihan Umum 2004 di Indonesia merupakan suatu momentum besar untuk membuka pipa keterbukaan, yang mungkin selama ini tertutup. Sangat disayangkan jika momentum ini tidak bisa dimanfaatkan oleh rakyat Indonesia.

Perlu diingat bahwa pada saat ini, Indonesia memasuki masa pra transisi demokrasi, dimana Indonesia menuju ke suatu negara demokrasi modern dan setelah negara modern maka merumuskan kembali kedaulatan menjadi suatu yang sangat penting. Menurut Harold J. Laski " *the modern state is a sovereign state. It is, therefore, independent in the face of other communities. It may infuse its will towards them with a substance which need not be affected by the will of any external power. It is, moreover, internally supreme over the territory that it control* (Joko J.,Prihatmoko, 2005 : 203)

Pemilu 2004 harus menentukan siapa pemegang kedaulatan rakyat yang telah dipercaya oleh rakyat. Sehingga kedaulatan menjadi penentu ke masa depan negara Republik Indonesia. Dan penentu masa depan Indonesia terletak pada masyarakat yang peduli terhadap para pemimpinnya (*Government from the people, by the people and for the people* (Abraham Lincoln)). Menurut Jean Bodin dikenal sebagai bapak teori kedaulatan yang merumuskan kedaulatan ,

"Suatu keharusan tertinggi dalam suatu negara, dimana kedaulatan dimiliki oleh negara dan merupakan ciri utama yang membedakan organisasi negara dari organisasi yang lain di dalamn negara. Karena kedaulatan adalah wewenang tertinggi yang tidak dibatasi oleh hukum dari pada penguasa atas warga negara dia dan orang-orang lain dalam wilayahnya (Joko J.,Prihatmoko, 2005 : 235)

Di dalam menerapkan kedaulatan kedalam negara maka kedaulatan tersebut akan dipraktekkan dalam kekuasaan lembaga-lembaga negara yang mendapat mandat, Menurut Montesqieu kekuasaan didalam negara dibagi menjadi 3 kekuasaan yaitu:

1. Kekuasaan Legislatif
2. Kekuasaan Eksekutif
3. Kekuasaan Yudikatif

Kekuasaan Legislatif adalah kekuasaan untuk membuat peraturan perundang-undangan, kekuasaan eksekutif adalah kekuasaan menjalankan

fungsi pemerintahan sesuai dengan peraturan perundang-undangan, sedangkan kekuasaan yudikatif adalah kekuasaan mengawasi dan menjaga penerapan peraturan perundang-perundangan yang ada. Sistem Negara seperti ini haruslah dilaksanakan dengan baik. Pemilu adalah caranya untuk menerapkan sistem Politik yang benar.

Menurut Henry B Mayo dalam buku *Introduction to Democratic Theory* memberi definisi sebagai berikut "Sistem politik yang demokratis ialah dimana kebijaksanaan umum ditentukan atas dasar mayoritas oleh wakil-wakil yang diawasi secara efektif oleh rakyat dalam pemilihan-pemilihan berkala yang didasarkan atas prinsip kesamaan politik dan diselenggarakan dalam suasana terjaminnya kebebasan politik" (Joko J., Prihatmoko, 2005 : 204)

Pemilihan Umum adalah cara untuk menentukan siapakah yang akan menjalankan kekuasaan eksekutif dan kekuasaan legislatif, sehingga Pemilihan Umum adalah cara untuk menentukan bagaimana pelaksanaan kedaulatan rakyat dilaksanakan. Sangat diharapkan dengan perpindahan kekuasaan maka situasi dan kondisi negara akan bertambah baik, sehingga sistem demokratis dapat berjalan.

Di Pemilu 2004 inilah ditentukan kedaulatan rakyat yang akan dilaksanakan, karena Pemilu adalah suatu cara perpindahan kekuasaan yang demokratis dan tidak menimbulkan pertumpahan darah, atau disebut sebagai cara yang legal formal untuk mengganti kekuasaan negara .

Memasuki era baru, pada tahun 2014, Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah direvisi menjadi Undang-undang Nomor 23 Tahun 2014 Tentang Pemerintahan Daerah, dalam revisi ini tidak dibahas mengenai penyelenggaraan pemilihan daerah karena perihal pemilihan daerah kemudian diatur dalam Undang-undang Nomor 22 tahun 2014. Adapun alasan utama yang tercantum dalam naskah akademik RUU Pilkada dimaksudkan untuk agar UU baik tentang Pemda maupun Pilkada dapat berjalan secara maksimal sesuai dengan isu sentralnya masing-masing. Selain itu, dalam pemisahan penyelenggaraan pemerintahan daerah dan pilkada dimaksudkan untuk mempertegas posisi dan perbedaan Gubernur dan Walikota/Bupati.

Hal ini dikarenakan Gubernur yang dipilih melalui mekanisme pemilihan langsung. Namun, secara sepihak dikooptasi dengan menempatkan Gubernur sebagai wakil Pemerintah Pusat. Dalam perspektif akademis posisi Gubernur dapat dikategorikan sebagai “unit antara”. Ciri khas dari “unit antara” dalam penyelenggaraan pemerintahannya bersinggungan dengan kegiatan dekonsentrasi daripada desentralisasi. Dengan demikian, Gubernur yang dipilih langsung oleh rakyat, kewenangannya “terkebiri” karena status gandanya yang juga sebagai wakil pemerintah pusat. Berbeda dengan Walikota dan Bupati yang sama-sama dipilih oleh rakyat tapi statusnya sebagai daerah otonom yang mengedepankan prinsip atau asas desentralisasi. Di sinilah urgensi pemisahan penyelenggaraan pemerintahan daerah dan pemilihan pilkada menjadi dua UU yang berbeda.

Dalam revisinya, Undang-undang Nomor 22 Tahun 2014 pada Bab II Asas dan Prinsip Pelaksanaan Bagian Kedua prinsip Pelaksanaan menyebutkan bahwa Gubernur, Bupati dan walikota dipilih oleh anggota DPRD Provinsi secara demokratis berdasar asas bebas, terbuka, jujur, dan adil. Pemilihan dilaksanakan setiap 5 (lima) tahun sekali serentak secara nasional. Calon gubernur dan calon bupati dan calon walikota berasal dari bakal calon yang telah mengikuti proses uji publik.

Dari uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa: pertama, RUU Pilkada sama dengan sistem Pilkada pada zaman Orde Baru, di mana rakyat tidak terlibat langsung dalam proses demokrasi daerah. Kedua, hak rakyat untuk terlibat secara langsung dalam proses demokrasi lokal, dicerabut melalui sistem pilkada tidak langsung sehingga semakin melebarkan peluang praktik borjuasi demokrasi lokal. Ketiga, Kepala daerah yang seharusnya berkedudukan sejajar dengan DPRD di daerahnya berpotensi kehilangan independensinya karena dipilih oleh DPRD. Keempat, RUU Pilkada juga telah menutup hak politik masyarakat sipil karena RUU Pilkada menetapkan bahwa kepala daerah diangkat dari pejabat pegawai negeri sipil,

Oleh karena hal tersebut di atas, kemudian muncul Perpu Nomor 1 Tahun 2014 tentang Perubahan atas UU Nomor 22 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati, dan Wali Kota menjadi undang-undang. Pengesahan tersebut selanjutnya ditetapkan pemerintah sebagai Undang-undang Nomor 1 Tahun 2015 atau yang sering disebut dengan UU Pilkada.. Perpu ini disetujui dalam Rapat paripurna Dewan Perwakilan Rakyat resmi.

Persetujuan tersebut merupakan tindak lanjut dari pembentukan Undang-undang Nomor 22 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati dan Walikota yang mengatur mekanisme pemilihan Kepala Daerah secara tidak langsung melalui Dewan Perwakilan Rakyat Daerah dan mendapat reaksi penolakan yang luas oleh rakyat dan proses pengambilan keputusannya tidak mencerminkan prinsip demokrasi.

Presiden Susilo Bambang Yudhoyono menerbitkan Perpu Nomor 1 Tahun 2014 tentang Pemilihan Gubernur, Bupati dan Walikota yang mengacu pada pemilihan kepala daerah tak langsung oleh DPRD.

Dalam UU Pilkada ini memuat asas dan prinsip pelaksanaan pemilihan kepala daerah, persyaratan calon kepala daerah, Penyelenggara Pemilihan, Pendaftaran bakal calon, Uji Publik, Pendaftaran calon Gubernur, calon Bupati dan calon Walikota, Verifikasi dukungan calon dan penelitian kelengkapan persyaratan calon. Penetapan Calon, Hak memilih dan penyusunan daftar pemilih, Kampanye, Perlengkapan Pemilihan, Pemungutan suara dan perhitungan suara.

Dari berbagai sumber diperoleh informasi bahwa Depdagri dan Pansus DPR menempatkan pemilihan kepala daerah (Pilkada) pada kerangka Pasal 18, 18A dan 18B, bukan dalam kerangka Pasal 22E, karena RUU yang dibahas tersebut berisi tentang pemerintahan daerah. Karena menyangkut pemerintahan daerah, maka yang dijadikan rujukan adalah pasal yang mengatakan kepala daerah dipilih secara demokratik. Karena itu dalam UU No. 32 Tahun 2004 ini, pemilihan kepala daerah tidak dikategorikan sebagai

pemilihan umum. Daripada membentuk lembaga penyelenggara baru, maka demi efisiensi, KPU Daerah yang sudah dibentuk berdasarkan UU No. 12 Tahun 2003 diberi kewenangan khusus untuk menyelenggarakan pemilihan kepala daerah. Kewenangan yang diberikan kepada KPUD tidak saja merencanakan, melaksanakan dan mengendalikan penyelenggaraan pemilihan kepala daerah tetapi juga diberi kewenangan menyusun semua tata cara yang berkaitan dengan tahap persiapan dan pelaksanaan dengan berpedoman pada peraturan pemerintah. Akan tetapi pemberian kewenangan khusus kepada KPUD sama sekali tidak dikaitkan dengan KPU yang menjadi induk KPUD tersebut. Dalam UU No. 32 Tahun 2004 ini sama sekali tidak ada peran yang diberikan kepada KPU untuk penyelenggaraan pemilihan kepala daerah tersebut.

Sebagai penjabaran asas kerakyatan, UUD 1945 menetapkan para pejabat Negara dari lembaga legislatif maupun eksekutif, baik tingkat nasional maupun daerah, dipilih oleh rakyat melalui pemilihan umum. Pasal 6A mengatur pemilihan presiden dan wakil presiden dalam satu pasangan dilakukan secara langsung oleh rakyat melalui pemilihan umum. Pasal 18 ayat (3) mengatur pemilihan anggota DPRD Propinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota oleh rakyat melalui pemilihan umum. Pasal 19 ayat (1) mengatur pemilihan anggota DPR oleh rakyat melalui pemilihan umum. Pasal 22C ayat (1) mengatur pemilihan anggota DPD oleh rakyat melalui pemilihan umum. Hanya pemilihan kepala daerah yang belum dipilih oleh rakyat secara

langsung melalui pemilihan umum melainkan dipilih secara demokratik (Pasal 18 ayat (4))

Menurut Pasal 22E UUD 1945, pemilihan umum diselenggarakan untuk memilih anggota DPR, DPD, Presiden dan Wakil Presiden, dan anggota DPRD. Pemilihan Umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap dan mandiri. Pemilihan kepala daerah tidak dimasukkan kedalam Pasal 22E karena pemilihan kepala daerah sudah diatur lebih dahulu dalam Pasal 18 ayat (4) yang berbunyi: kepala daerah dipilih secara demokratik. Pasal 18 merupakan hasil perubahan kedua UUD 1945 yang disahkan tanggal 18 Agustus 2000, sedangkan Pasal 22E merupakan hasil perubahan ketiga UUD 1945 yang disahkan pada 9 Nopember 2001. Pada saat perubahan kedua dilakukan belum ada kejelasan tentang pemilihan presiden dan wakil presiden secara langsung sehingga rumusan yang digunakan untuk pemilihan kepala daerah masih bersifat umum, yaitu dipilih secara demokratik. Pada saat perubahan ketiga dilakukan, semua fraksi di MPR sepakat membiarkan ketentuan Pasal 18 ayat (4) hasil perubahan kedua tersebut dijabarkan dengan undang-undang. UUD juga sudah menetapkan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang berwenang menyelesaikan perselisihan hasil pemilihan umum.

Untuk melaksanakan ketentuan Pasal 18 ayat (3), Pasal 19 ayat (1), Pasal 22C ayat (1), dan Pasal 22E tersebut telah dibuat UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilu Anggota DPR, DPD dan DPRD. Untuk melaksanakan ketentuan Pasal 6A dan 22E telah pula dibuat UU No. 23 Tahun 2003 tentang

Pemilu Presiden dan Wakil Presiden. Pembuat UU juga sudah menjabarkan ketentuan Pasal 24C tentang Mahkamah Konstitusi dalam wujud UU No. 24 Tahun 2003. Agar lebih konsisten dengan ketentuan ayat (1) Pasal 6A UUD, khususnya presiden dan wakil presiden dipilih dalam satu pasangan secara langsung oleh rakyat, dan dengan ketentuan ayat (3) Pasal 18 UUD yang mengharuskan anggota DPRD Propinsi dan DPRD Kabupaten/Kota dipilih oleh rakyat melalui pemilihan umum, maka pembuat undang-undang menjabarkan ketentuan ayat (4) Pasal 18 UUD menjadi kepala daerah dan wakil kepala daerah dipilih secara langsung oleh rakyat. Apabila pemilihan presiden dan wakil presiden, pemilihan anggota DPR dan DPD, dan pemilihan anggota DPRD Propinsi dan DPRD Kabupaten/Kota dikategorikan sebagai pemilihan umum, dan oleh karena itu ditempatkan dan dikaitkan dengan Pasal 22E UUD, mengapa pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah secara langsung oleh rakyat tidak dikategorikan sebagai pemilihan umum

Berdasarkan rujukan dan parameter tersebut, tampaknya rujukan dan jalan pikiran pembuat undang-undang tersebut tidak taat asas dengan UUD dan UU lainnya. **Pertama**, bila pemilihan kepala daerah merujuk pada pasal tentang pemerintahan daerah, maka penyelenggaraan pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah seharusnya konsisten dengan ketentuan Pasal 18 ayat (3) UUD. Pasal 18 ayat (3) UUD mengharuskan pemilihan anggota DPRD propinsi dan DPRD Kabupaten/Kota melalui pemilihan umum. Bukankah pemerintahan daerah terdiri atas DPRD dan pemerintah daerah (kepala daerah dan perangkat daerah) dengan tidak menempatkan pelaksanaan pemilihan

kepala daerah secara langsung oleh rakyat sebagai pemilihan umum (kedalam ketentuan Pasal 22E), maka sebagian unsur pemerintahan daerah dipilih secara langsung oleh rakyat dengan merujuk pada Pasal 22E, sebagian unsur lainnya dipilih secara langsung oleh rakyat dengan tidak merujuk pada Pasal 22E. Bila alasan untuk tidak merujuk Pasal 22E adalah karena pemilihan kepala daerah adalah soal lokal, maka alasan ini jelas bertentangan dengan ketentuan Pasal 18 ayat (3) dan Pasal 22E ayat (2) yang mengharuskan pemilihan anggota DPRD melalui pemilihan umum yang diselenggarakan oleh KPU beserta aparatnya di daerah. Bukankah pemilihan anggota DPRD juga soal lokal?

Kedua, dari segi definisi, pemilihan kepala daerah tidak dirumuskan secara tersurat sebagai pemilihan umum tetapi secara substansi seluruh asas dan proses penyelenggaraan kepala daerah adalah pemilihan umum. Substansi pemilihan umum, asas dan tahapan penyelenggaraan pemilihan umum, sebagaimana dimaksudkan dalam UU No. 12 Tahun 2003 dan UU No. 23 Tahun 2003 diadopsi seluruhnya dalam UU No. 32 Tahun 2004. Proses penyelenggaraan pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah, termasuk asas-asas dan tahapannya sama seluruhnya dengan proses penyelenggaraan pemilihan umum anggota DPR, DPRD dan presiden dan wakil presiden. UU yang tidak mendefinisikan pemilihan kepala daerah sebagai pemilihan umum jelas tidak taat asas dengan ketentuan Pasal 18 ayat (3) UUD 1945. Pemilihan anggota DPRD dilakukan melalui pemilihan umum tetapi pemilihan kepala daerah tidak melalui pemilihan umum tetapi asas dan tahapannya sama saja dengan pemilihan umum. Jelas hal ini merupakan hasil kerancuan berpikir

hanya agar KPU dan Mahkamah Konstitusi tidak terlibat dalam penyelenggaraan pemilihan kepala daerah.

Ketiga, bila penyelenggaraan pemilihan kepala daerah diserahkan kepada komisi pemilihan umum daerah (KPUD), maka KPUD terikat pada karakteristik bersifat nasional, tetap dan mandiri. Pasal-pasal tentang pemilihan kepala daerah (Pasal 56 sampai dengan Pasal 119) dalam UU No. 32 Tahun 2004 tersebut sama sekali tidak merujuk pada sifat nasional, dan mandiri. KPU bersifat nasional berarti KPU menjadi penyelenggara pemilihan umum untuk seluruh wilayah Negara kesatuan RI, sedangkan KPUD adalah aparatnya di daerah. UU No. 32 Tahun 2004 ini sama sekali tidak mengatur hubungan KPUD dengan KPU. KPU, dan karena itu KPUD, bersifat mandiri berarti dalam melaksanakan pemilihan umum tidak berada atau dibawah pengaruh seseorang, kelompok, golongan ataupun pemerintah melainkan semata-mata berdasarkan undang-undang. Pengganti UU No. 22 Tahun 1999 ini justeru mengharuskan KPUD membuat tata cara pelaksanaan semua tahap persiapan dan semua tahap pelaksanaan berdasarkan Peraturan Pemerintah .

Keempat, penyerahan kewenangan membuat pedoman penyusunan semua tata cara tahap persiapan dan semua tata cara tahap pelaksanaan pemilihan umum kepada Pemerintah (dengan PP) juga tidak sejalan dengan jalan pikiran pembuat undang-undang ketika merumuskan UU No. 12 Tahun 2003 dan UU No. 23 Tahun 2003 yang menyerahkan sepenuhnya pembuatan tata cara Pemilu kepada KPU. Dasar pemikirannya: Pemerintah sebagai hasil pemilihan umum adalah peserta pemilihan umum. Karena itu demi menjamin

netralitas dan imparialitas dalam penyelenggaraan pemilihan umum, pemerintah (baca: salah satu peserta Pemilu) tidak diberi kewenangan membuat peraturan pelaksanaan. Kewenangan membuat peraturan pelaksanaan diserahkan kepada lembaga yang tidak berafiliasi dengan peserta pemilihan umum, yaitu KPU.

Dan **kelima**, penyerahan kewenangan menyelesaikan perselisihan hasil pemilihan umum kepada Pengadilan yang berujung pada Mahkamah Agung juga tidak konsisten dengan Pasal 24C ayat (1) UUD dan UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Pemilihan kepala daerah memang tidak dikategorikan sebagai pemilihan umum tetapi bahwa asas dan tahapannya merupakan pemilihan umum tidak ada yang dapat membantah. Proses penyelesaian perselisihan hasil pemilihan umum jelas tidak sama dengan proses penyelesaian perkara pidana biasa. Karena dari segi apapun pemilihan kepala daerah merupakan pemilihan umum, maka perselisihan hasil pemilihan kepala daerah seharusnya diselesaikan menurut UUD, yaitu oleh Mahkamah Konstitusi.

UUD sudah membangun sistem rekrutmen penyelenggara Negara baik di pusat maupun daerah: semua pejabat Negara dalam lembaga legislatif, tingkat nasional dan daerah, dan pejabat Negara dalam lembaga eksekutif dipilih oleh rakyat melalui pemilihan umum. Pemilihan umum diselenggarakan oleh suatu komisi pemilihan umum yang bersifat nasional, tetap dan mandiri. Perselisihan hasil pemilihan umum diselesaikan oleh Mahkamah Konstitusi. Mengapa pembuat UU, membuat undang-undang

pemerintahan daerah, khususnya tentang pemilihan kepala daerah secara langsung oleh rakyat, tidak konsisten dengan tatanan yang sudah diletakkan dalam UUD.

Pengaturan pemilihan kepala daerah yang tidak taat-asas dengan pasal-pasal dalam UUD 1945 khususnya dengan Pasal 6A, Pasal 18 ayat (3), Pasal 22E, Pasal 24C ayat (1) dan dengan undang-undang khususnya dengan UU No. 12 Tahun 2003, UU No. 23 Tahun 2003, dan UU No. 24 Tahun 2003 akan menimbulkan sejumlah akibat. Pertama, bangsa Indonesia akan memiliki dua sistem penyelenggaraan pemilihan umum dalam satu Negara yang sama sekali tidak mempunyai hubungan struktural, setidaknya-tidaknya dalam penyelenggaraan pemilihan kepala daerah. Hal seperti ini sangat mirip dengan apa yang terjadi pada Negara yang menganut bentuk-susunan Negara Federal. Kalau dalam Negara Kesatuan hanya ada satu penyelenggara pemilihan umum yang mempunyai aparat di daerah, maka dalam Negara Federal terdapat dua penyelenggara pemilihan umum yang tidak memiliki hubungan fungsional ataupun struktural, yaitu penyelenggara pemilu penjabat Negara Federal dan penyelenggara pemilu penjabat Negara Bagian. (Ni'matul Huda, 2005 : 220)

Pada Peraturan Pemerintah No. 25 Tahun 2000 tentang Kewenangan Pemerintah dan Propinsi sebagai Daerah Otonom, penyelenggaraan pemilihan umum merupakan kewenangan Pusat yang setelah berdasarkan Pasal 22E UUD 1945 dilimpahkan kepada KPU yang bersifat nasional, tetap dan mandiri. Dalam UU No. 32 Tahun 2004 ini tidak ada rumusan yang menyatakan penyelenggaraan pemilihan kepala daerah menjadi kewenangan

daerah otonom sehingga dapat disimpulkan bahwa penyelenggaraan pemilihan kepala daerah tetap merupakan kewenangan Pusat yang berdasarkan Pasal 22E UUD seharusnya dilimpahkan kepada KPU beserta aparatnya di daerah. Bila mengikuti jalan pikiran ini, maka muncul pertanyaan mengapa penyelenggaraan pemilihan kepala daerah diserahkan kepada KPUD sedangkan penyelenggaraan pemilihan umum anggota DPRD menurut UUD diserahkan kepada KPU beserta aparatnya di daerah? Apakah pembuat undang-undang secara sengaja hendak menciptakan dua penyelenggara pemilihan umum seperti yang dipraktekkan Negara Federal?

Tata cara teknis seluruh tahap proses penyelenggaraan pemilihan umum yang selama ini sudah mulai dipahami dan dilaksanakan dengan standar yang sama oleh KPUD seluruh Indonesia, oleh peserta pemilihan umum, dan oleh para pemilih terancam berantakan berkeping-keping karena setiap daerah akan membuat tata cara sendiri. Dengan sistem yang berlaku sekarang saja, pelaksanaan tata cara yang dibuat KPU bervariasi dari satu daerah ke daerah lain apalagi bila pembuatan tata caranya sendiri diserahkan kepada KPUD masing-masing. Bangsa ini akan kehilangan kesempatan melembagakan tata cara proses penyelenggaraan pemilihan umum yang LUBER-JURDIL dan Akuntabel apabila sistem yang satu belum melembaga sudah diciptakan sistem lain. Jangan sampai karena personil KPU tidak disukai, atau karena kebijakan yang ditempuh dalam penyelenggaraan Pemilu 2004 tidak disukai, atau hasil kerja MK tidak disukai, sistemnya kemudian diganti dengan sistem lain yang belum teruji.

Sesuai dengan bangunan kewenangan KPU sebagai penyelenggara dan yang bertanggungjawab atas pemilihan umum berdasarkan UU No. 12 Tahun 2003, KPU telah membangun dan melembagakan format pembuatan keputusan KPU dan KPUD. Keputusan KPU dapat berupa pengaturan (seperti tata cara teknis berbagai tahapan pemilihan umum) dan penetapan (seperti penetapan hasil pemilihan umum, penetapan calon terpilih anggota DPR dan DPD), sedangkan keputusan KPU Propinsi atau KPU Kabupaten/Kota hanya berupa penetapan, seperti penetapan daftar calon anggota DPRD Propinsi atau penetapan calon terpilih anggota DPRD Kabupaten/Kota. Format keputusan seperti ini sudah dilembagakan selama penyelenggaraan tiga kali pemilihan umum pada tahun 2004. Ketentuan yang terkandung dalam UU No. 32 Tahun 2004 yang memberi kewenangan pengaturan tentang tata cara teknis pemilihan umum kepada KPUD jelas merusak tatanan yang sudah dibangun dan dilembagakan oleh KPU.

KPUD belum memiliki pengalaman membuat perencanaan teknis pelaksanaan pemilihan umum, seperti perencanaan tahapan pemilihan umum, dan pembuatan surat suara. KPUD sudah memiliki pengalaman melaksanakannya. Karena itu, membiarkan KPUD sendiri tanpa supervisi dari KPU akan menyebabkan paling tidak sebagian KPUD akan mengalami kesukaran. Apabila supervisi diberikan oleh Pemerintah ataupun Pemda, maka tindakan seperti ini bertentangan dengan karakteristik KPUD yang berada dibawah KPU yang bersifat mandiri.

Kemandirian KPUD dipertaruhkan tidak saja karena KPUD diberi kewenangan membuat tata cara pemilihan kepala daerah berdasarkan Peraturan Pemerintah, pertanggungjawaban kepada Pemda dan DPRD, dan pembentukan Panwas oleh DPRD, tetapi juga karena kerentanan KPUD terhadap pengaruh dan intervensi elite lokal yang berkompetisi menjadi kepala daerah dan wakil kepala daerah. Kerentanan para anggota KPUD, terutama KPU Kabupaten/Kota, timbul karena elite lokal yang bersaing memiliki sumberdaya kekuasaan yang jauh lebih besar daripada yang dimiliki oleh para anggota KPUD. Pengaruh dan intervensi elit lokal dapat terjadi karena faktor hubungan keluarga (yang relatif masih kental pada tingkat kabupaten), faktor uang (*money politics*), tekanan mental ataupun ancaman fisik. Akan tetapi bila KPUD sebagai aparat KPU seperti yang terjadi selama ini, maka KPUD dapat mengandalkan KPU sebagai sumberdaya pengaruh untuk mengimbangi elit lokal sehingga penyelenggaraan Pemilu LUBER dan JURDIL dapat ditegakkan.

D. Pengertian *Judicial Review*

Judicial review pada prinsipnya merupakan upaya pengujian oleh lembaga yudisial terhadap produk hukum yang ditetapkan oleh cabang kekuasaan eksekutif, legislatif maupun yudikatif. Pemberian kewenangan kepada hakim sebagai penerapan prinsip *check and balances* berdasarkan sistem pemisahan kekuasaan negara dan cita-cita negara hukum-*rechstaat* maupun *rule of law*. Jika pengujian tidak dilakukan oleh hakim tetapi lembaga parlemen maka

disebut dengan istilah *legislative review*.

Pengujian oleh hakim terhadap produk cabang kekuasaan legislatif dan eksekutif merupakan konsekuensi dianutnya prinsip *check and balances* dalam sistem pemisahan kekuasaan (*separation of power*). Sedangkan dalam sistem pembagian kekuasaan (*distribution or division of power*) yang tidak mengidealkan *check and balances* dimana kewenangan untuk melakukan pengujian semacam itu berada di tangan lembaga yang membuat aturan itu sendiri.

Menurut Moh. Mahfud MD, minimal ada tiga alasan yang mendasari pernyataan pentingnya *judicial activism*:

Pertama, hukum sebagai produk politik senantiasa memiliki watak yang sangat ditentukan oleh konstelasi politik yang melahirkannya. Hal ini memungkinkan bahwa setiap produk hukum akan mencerminkan visi dan kekuatan politik pemegang kekuasaan yang dominan sehingga tidak sesuai dengan hukum-hukum dasarnya atau bertentangan dengan peraturan yang secara hirarkis lebih tinggi.

Kedua, karena kemungkinan sering terjadi ketidaksesuaian antara suatu produk peraturan perundangan dengan peraturan-peraturan hukum yang lebih tinggi, maka muncul berbagai alternatif untuk mengantisipasi dan mengatasi hal tersebut melalui pembentukan dan pelembagaan Mahkamah konstitusi, Mahkamah perundang-undangan, *Judicial Review*, uji material oleh MPR dan lain sebagainya.

Ketiga, dari berbagai alternatif yang pernah ditawarkan, pelebagaan *judicial review* adalah lebih konkret bahkan telah dikristalkan di dalam berbagai peraturan perundang-undangan kendati cakupannya masih terbatas sehingga sering disebut sebagai *judicial review* terbatas. Namun, tidak sedikit orang yang mengira bahwa dari penerimaan terbatas terhadap *judicial review* akan benar-benar dapat dilaksanakan dan telah mendapat akomodasi pengaturan yang cukup. Padahal ketentuan tentang *judicial review* yang ada di berbagai peraturan perundang-undangan itu memuat kekacauan teoritis yang sangat mendasar sehingga tidak dapat dioperasionalkan. Oleh karena itu diperlukan perombakan total terhadap peraturan mengenai *judicial review*, termasuk Perma No.1 Tahun 1993.

Dalam PERMA No. 1 Tahun 1999 tentang Hak Uji Materiil disebutkan bahwa Penggugat atau Pemohon adalah badan hukum, kelompok masyarakat. Namun tidak dijelaskan lebih lanjut badan hukum atau kelompok masyarakat yang dimaksud dalam PERMA ini seperti apa. Yang seharusnya dapat menjadi pihak (memiliki *legal standing*) dalam mengajukan permintaan pengujian UU adalah mereka yang memiliki kepentingan langsung dan mereka yang memiliki kepentingan yang tidak langsung. Rasionya karena sebenarnya UU mengikat semua orang.

Jadi sebenarnya semua orang “harus” dianggap berkepentingan atau punya potensi berkepentingan atau suatu UU. Namun bila semua orang punya hak yang sama, ada potensi penyalahgunaan hak yang akhirnya dapat merugikan hak orang lain. Namun karena pengajuan perkara dapat dilakukan

oleh individu maka sangat mungkin dampaknya adalah pada menumpuknya jumlah perkara yang masuk.

Untuk itu di masa mendatang idealnya dalam pengajuan perkara hak uji materiil maka perlu diperhatikan bahwa yang berhak mengajukan permohonan/gugatan adalah kelompok masyarakat yang :

1. Berbentuk organisasi kemasyarakatan dan berbadan hukum tertentu.
2. Dalam Anggaran Dasarnya menyebutkan bahwa pencapaian tujuan mereka terhalang oleh perundang-undangan.
3. Yang bersangkutan telah melaksanakan kegiatan sesuai dengan Anggaran Dasarnya.
4. Dalam hal pribadi juga dapat memiliki *legal standing*, maka ia harus membuktikan bahwa dirinya memiliki *concern* yang tinggi terhadap suatu bidang tertentu yang terhalang oleh perundang-undangan yang bersangkutan.

Beberapa alasan yang dapat dijadikan alasan untuk pengajuan *judicial review* adalah sebagai berikut :

1. Bertentangan dengan UUD atau peraturan lain yang lebih tinggi.
2. Dikeluarkan oleh institusi yang tidak berwenang untuk mengeluarkan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.
3. Adanya kesalahan dalam proses pembuatan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan.
4. Terdapat perbedaan penafsiran terhadap suatu peraturan perundang-

undangan.

5. Terdapat ambiguitas atau keragu-raguan dalam penerapan suatu dasar hukum yang perlu diklarifikasi

Menurut Y. Sri Pudyatmoko, S.H. dan W. Riawan Tjandra, S.H. dalam bukunya "*Peradilan Tata Usaha Negara sebagai Salah Satu Fungsi Kontrol Pemerintah*". Pada perlindungan hukum yang preventif, kepada rakyat diberikan kesempatan untuk mengajukan keberatan (*inspraak*) atau pendapatnya sebelum suatu keputusan pemerintah mendapatkan bentuknya yang definitif. Jadi perlindungan preventif ini bisa digunakan sebelum adanya suatu keputusan pemerintah. Dengan demikian perlindungan hukum yang preventif ini akan mendorong pemerintah untuk lebih berhati-hati untuk mengambil/atau tidak mengambil suatu keputusan. Sebaliknya perlindungan hukum yang bersifat represif bertujuan untuk menyelesaikan sengketa. Perlindungan hukum ini digunakan bukan pada waktu sebelum dikeluarkan oleh pemerintah, melainkan setelah dikeluarkan keputusan pemerintah, dan keputusan tersebut ternyata mengakibatkan adanya sengketa yang memerlukan penyelesaian.

Untuk sarana perlindungan hukum yang bersifat represif, di Indonesia di kenal adanya beberapa badan yang dapat dikelompokkan menjadi :

1. Pengadilan dalam lingkungan Peradilan Tata Usaha Negara
2. Pengadilan dalam lingkungan peradilan umum

3. Instansi pemerintah yang merupakan lembaga banding administrasi
4. Badan-badan khusus.

Fungsi Peradilan Tata Usaha Negara adalah untuk menyelesaikan atau memutus sengketa yang timbul dalam bidang Tata Usaha Negara antara orang atau badan hukum perdata dengan Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara sebagai akibat dikeluarkannya KTUN yang dianggap melanggar hak orang atau badan hukum perdata. Kemungkinan timbulnya sengketa tersebut berkaitan dengan peran positif aktif pemerintah dalam kehidupan masyarakat dalam suatu *Moderne Rechstaat* sebagai implikasi dianutnya model *welfare state*.

Di dalam Undang-undang No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara dinyatakan bahwa untuk menyelesaikan sengketa tata usaha negara diwajibkan diselesaikan melalui upaya administrasi terlebih dahulu sebelum melalui gugatan ke Pengadilan. Upaya administrasi merupakan suatu prosedur yang penyelesaian sengketa administrasi yang dilakukan dilingkungan pemerintahan sendiri (bukan oleh badan peradilan yang bebas). Upaya Administrasi terdiri dari prosedur keberatan dan prosedur banding administrasi.

Putusan pemerintah maupun tindakan-tindakannya di bidang administratif akan selalu didasarkan pada kaidah-kaidah hukum sesuai dengan "*the rule of law*", maka jaminan bagi rakyat/warga negara diwujudkan dalam prosedur yang disebut "*due process*" maupun melalui

kontrol yudisial (*judicial control on the administration*) yang lazim disebut sebagai “*judicial review*” Prosedur “*due process*” masih berlangsung di dalam lingkungan intern pemerintahan (administrasi) seperti upaya administrasi yang ada Indonesia, sehingga merupakan suatu *control intern* (internal control). Sedangkan “*judicial review*” merupakan suatu *control ekstern* (external control), karena dilakukan oleh badan-badan peradilan yang berada di luar struktur pemerintahan/administrasi.

Dengan adanya sarana perlindungan hukum bagi masyarakat (*Administrabelle*) yang disediakan oleh negara, diharapkan dapat tercipta kepastian hukum bagi masyarakat dan dapat mewujudkan pemerintahan yang bersih dan berwibawa.

E. Landasan Teori

1. Teori *Judicial Review*

Alexander Bickel mendefinisikan *judicial review* sebagai kewenangan yang dilekatkan pada cabang kekuasaan kehakiman untuk membatalkan produk hukum yang dibentuk oleh lembaga legislatif yang dipilih secara demokratis ketika bertentangan dengan konstitusi atau undang-undang dasar. Pelembagaan *judicial review* pada mulanya dianggap sebagai sebuah bentuk pencederaan terhadap demokrasi namun pada era ‘*the global expansion of judicial power*’, pengujian undang-undang terhadap undang-undang dasar menjadi sebuah instrumen penyeimbang dari kekuatan mayoritas yang sangat penting demi keberlangsungan kehidupan demokrasi itu sendiri. *Judicial review*

juga dianggap sebagai sebuah sarana untuk menjaga keharmonisan antara mayoritas dan minoritas. Menurut Ginsburg, *judicial review* juga dapat diartikan sebagai sebuah sarana dialog yang institusional antara warga negara dengan cabang-cabang kekuasaan yang ada dalam kerangka demokrasi deliberatif. (Tom Ginsburg:3-4). Alexander Bickel juga menyatakan bahwa fungsi *judicial review* adalah meliputi:

- a. *Substantially legitimate protection on minority rights;*
- b. *Protector of values;*
- c. *Procedurally legitimate protection of democracy.*

Berdasarkan definisi di atas, dapat diartikan bahwa demokrasi yang secara prinsip harus menggambarkan kehendak mayoritas, membuka peluang untuk bertindak dengan mengabaikan minoritas. Potensi “kegagalan demokrasi” tersebut yang hendak dicegah melalui *judicial review*. Melalui *judicial review*, demokrasi mendapatkan legitimasinya dan melindunginya dari potensi konflik yang dapat ditimbulkan akibat pelaksanaan demokrasi itu sendiri. *Judicial review* juga dipahami sebagai mekanisme demokrasi itu sendiri. Demokrasi pada prinsipnya menghendaki adanya diskusi dan perdebatan yang deliberatif, dan *judicial review* dianggap sebagai mekanisme deliberatif diantara cabang-cabang kekuasaan yang ada. *Judicial review* tidak diartikan bahwa pengadilan yang menentukan kebijakan yang hendak dipilih, tetapi putusan pengadilan haruslah dianggap sebagai perwujudan pemahaman konstitusi. Melalui

perspektif ini, pengadilan dianggap memiliki pemahaman hukum yang lebih baik dari masyarakat pada umumnya. (Tom Ginsburg : 32-39).

Pada beberapa negara berkonstitusi seperti Indonesia, kewenangan pengadilan untuk dapat menjalankan *judicial review* dicantumkan di dalam undang-undang dasar.

Pertanyaan yang muncul akibat keadaan ini adalah mengapa mayoritas pembentuk undang-undang dasar (politisi) membatasi kewenangannya sendiri dalam hal membuat kebijakan? Dan mengapa kekuasaan untuk dapat membatasi kewenangan mereka diberikan kepada cabang kekuasaan kehakiman? Kedua pertanyaan mendasar tersebut banyak dikaji oleh ahli hukum dalam menganalisis “*political logic*” mengapa *judicial review* di “adopsi” ke dalam undang-undang dasar. (John Rawls, 1971:69).

Pertanyaan di atas dapat dijawab dengan melakukan pendekatan terhadap konstitusi dan kepentingan-kepentingan yang melekat padanya. Sejak era Jhon Locke, teori konstitusi telah berkembang sebagai sebuah bentuk perjanjian antara rakyat dengan negaranya dalam kerangka demokrasi konstitusional. Secara teori, sistem ini memberdayakan rakyat untuk menentukan sendiri mengenai pilihan-pilihan bernegara yang dianggap mampu untuk memenuhi kepentingan-kepentingan individu. Kepentingan individu tersebut kemudian di agregasi oleh wakil-wakil rakyat sebagai pembentuk undang-undang dasar untuk menjadikannya sebuah tindakan kolektif

dalam memperjuangkan hak-hak dasar dalam pembentukan undang-undang dasar. Desain undang-undang dasar yang dilahirkan melalui mekanisme ini akan merefleksikan kehendak rakyat apabila para pembentuk undang-undang dasar secara murni memperjuangkan kepentingan rakyat. Namun, dalam tataran empiris, sulit bagi rakyat untuk dapat langsung memonitor perdebatan-perdebatan yang terjadi pada saat undang-undang dasar dibentuk. Praktek yang banyak terjadi dalam pembentukan sebuah undang-undang dasar adalah bahwa pembentuk undang-undang dasar lebih mementingkan kepentingan jangka pendek mereka daripada kepentingan jangka panjang yang diinginkan rakyat. (Tom Ginsburg : 23).

Dalam konsteks *judicial review*, pertimbangan untuk mengadopsi *judicial review* ke dalam konstitusi didasarkan pada ketidakpastian konfigurasi politik di masa depan. Dengan asumsi bahwa pembentuk undang-undang dasar tersebut adalah politisi, maka pertimbangan untuk mengadopsi *judicial review* adalah demi mengimbangi pemerintah di masa yang akan datang apabila mereka tidak lagi berkuasa atau berubah dari *political majorities* menjadi *political minorities*. Hal ini menggambarkan bahwa pilihan untuk mengadopsi *judicial review* ke dalam undang-undang dasar sangat dipengaruhi oleh struktur sistem kepartaian serta konfigurasi politik saat undang-undang dasar dibuat. Alasan inilah

yang disebut Tom Ginsburg sebagai “*the insurance model of judicial review*” (Tom Ginsburg : 23).

2. Teori Legislasi

Menurut *Wintgens, Legisprudence*, adalah sebuah nama untuk cabang teori hukum yang terkait dengan legislasi dari sebuah teori dan sebuah perspektif praktikal. Ia menuliskan suatu paragraf yang menarik untuk mengkritisi pendekatan teoritik dalam legislasi, dalam bagian tulisan “Ketiadaan dalam Sebuah Teori Legislasi”. Ketiadaan suatu teori yang sistematis legislasi dapat dijelaskan dari hubungan antara hukum positif ke hukum alam di satu sisi, tetapi, secara paradoks, juga oleh ketiadaan hubungan antara keduanya. Hukum alam modern melegitimasi hukum positif sejauh hukum tersebut mendeduksi dari hukum positif yang menggunakan pengaturan logis. Saat tiadanya hubungan antara hukum alam dan hukum positif, pada akhirnya hanya dapat dilegitimasi berdasarkan kedaulatan legislator yang terlegitimasi secara demokratis. Dalam bentuk yang pertama, kreasi hukum yang berpijak pada “pengetahuan” (*knowledge*) hukum alam, sedangkan yang kedua didasarkan pada sebuah “keputusan” (*decision*) dalam bagian legislator. (Luc J. Wintgens 2002:10).

Kreasi norma dalam sebuah perspektif *jusnaturalistic* adalah suatu unsur perlakuan pengetahuan, dan sebagai konsekuensi suatu penerapan prinsip- prinsip *jusnaturalistic*. Dengan kata lain,

pengetahuan hukum alam membatasi aturan hukum positif. Hukum alam dalam kaitan ini merupakan pre-existent pada hukum positif dan menyediakan landasan kognitif. Melalui sebuah keputusan legislator, hal tersebut memperoleh nilai hukum positif. Kemudian, hukum positif dapat dipertimbangkan sebagai sebuah penerapan aturan-aturan hukum alam oleh legislator. Hal tersebut juga dikatakan *Wintgens*, sebagaimana ia mengutip pemikiran *Aarnio*:

“Due to rationalistic nature of natural law, the question of goals in lawgiving did not arise. The idea of purposive lawgiver as a purposively behaving creator of law was virtually unknown to the doctrine of natural law. The application of law was seen as a matter of knowledge.” (Aarnio, 1983:247).

Dalam konteks yang demikian, menurut *Wintgens*, sudah tidak diperlukan lagi sebuah teori legislasi, membedakannya dari teori hukum alam, untuk alasan epistemologik. Pengetahuan hukum alam itu sendiri sebenarnya sudah cukup memberitahukan aturan hukum yang benar. (Luc J. Wintgens 2002:11).

Aarnio sendiri menekankan bahwa sebuah positivisme aturan yang ekstrem tidak membedakan banyak dari konsepsi hukum alam. Bahkan bila percaya ‘*substantial natural law*’ (hukum alam substantif) lenyap, ia berpendapat, kaum positivis melekatkan pada ide sistem hukum sebagai ‘*closed whole*’ (lubang yang tertutup) aturan-aturan hukum yang diaplikasikan oleh penalaran logis. Sebagai konsekuensi,

hal tersebut kurang memperlihatkan hubungan antara sebuah model hukum alam suatu kreasi hukum dengan sebuah model *non-jusnaturalistic* terkait dengan doktrin pemisahan kekuasaan. Dengan begitu, tampillah wajah legitimasi formal suatu sistem hukum, berkarakteristik *liberal state*, yang kemudian mendasarkan ide suatu kedaulatan legislator.

Model atau proses pembentukan hukum oleh legislator, karena kedaulatan yang dimilikinya, pada fase berikutnya didorong pada tahap yang lebih mengerucut, yang disebut level *judiciary*. Berdasarkan doktrin pemisahan kekuasaan, kekuasaan legislatif dianggap suatu kedaulatan tersendiri (khususnya dalam menjalankan fungsi pembentukan undang-undang), dimana ide penerapan hukum terkait dengan ide hukum alam, namun hal tersebut diambil alih oleh hakim- hakim pengadilan yang memiliki posisi dan kewenangan untuk menafsirkan penerapan hukum. Perspektif kerucutisasi yang demikian dapat dijelaskan oleh legalisme (*legalism*).

Dalam suatu kerangka berfikir legalisme, tidak lagi diperlukan suatu teori tentang aturan, karena hanya hal yang dijadikan pertimbangan itulah yang akan menjadi pertimbangan. Legalisme adalah sebuah paham yang mendasarkan pada cara berfikir berbasis aturan (yang dituliskan oleh badan negara yang berwenang, *tambahan penulis*), sehingga tujuan antara legalisme dengan *jusnaturalistic*

sesungguhnya sama Paham ini sangat disokong dengan pemikiran-pemikiran hukum yang menganut aliran positivisme dan legisme.

Kalau memang demikian, pertanyaan sederhananya adalah, apakah teori legislasi senantiasa mendasarkan pada cara berfikir legalisme? Bagi yang berpendapat membenarkannya, maka letak pandang analisisnya sesungguhnya berada pada simplifikasi yang menyamakan kedudukan antara teori legislasi dengan suatu bentuk perundang-undangan (dalam pengertian hukum yang telah mengalami positivisasi atau hukum yang sudah dituliskan, alias *ius scriptum*) hasil dari proses legislasi.

Teori legisprudence kritik ini memiliki paham yang mengkritisi tafsir dan proses pembentukan hukum melalui kelembagaan negara, dan mengabsahkannya sebagai satu-satunya proses politik perundang-undangan. Teori ini meyakini bahwa proses 'via negara' dalam legislasi tidak semata-mata dibawa dan dikawal oleh pemegang kekuasaan dalam badan legislatif, tetapi pembentukan hukum banyak dipengaruhi oleh pengetahuan, peran, kepentingan, dan tafsir- tafsir yang mengerubuti badan legislatif maupun aktor-aktornya, untuk dipilah- pilah mana yang didorong 'via negara' dan mana yang tidak. Artinya pembentukan hukum tidak lagi bergantung di bawah doktrin pemisahan kekuasaan sebagaimana digambarkan Montesquie, serta tidak lagi bisa mengklaim politik perundang-undangan sebagai satu proses prosedural mekanistik, karena kenyataannya tidak. Bahkan teori

ini mendorong sebagian atau bahkan sepenuhnya penyerahan mekanisme sosial dalam proses legislasi. Proses penyerahan ini tidak sekedar bicara soal partisipasi, atau konteks keterlibatan masyarakat semata, tetapi juga melibatkan sejumlah pengalaman realitas dan proses dinamika lembaga-lembaga yang diakui dalam praktek ketatanegaraan.

3. Teori Keadilan

Rawls mengemukakan suatu ide dalam bukunya *A Theory of Justice* bahwa kesukarelaan segenap anggota masyarakat untuk menerima dan mematuhi ketentuan-ketentuan sosial yang ada hanya dimungkinkan jika masyarakatnya tertata baik di mana keadilan sebagai *fairness* menjadi dasar bagi prinsip-prinsip pengaturan institusi-institusi yang ada di dalamnya (Rawls: 1971, h. 4-5).. Ketika berbicara tentang ketentuan-ketentuan sosial yang mengatur kehidupan bersama, Rawls sebenarnya sedang menekankan upaya untuk merumuskan prinsip-prinsip yang mengatur distribusi hak dan kewajiban di antara segenap anggota suatu masyarakat. Penekanan terhadap masalah hak dan kewajiban, yang didasarkan pada suatu konsep keadilan bagi suatu kerja sama sosial, menunjukkan bahwa teori keadilan Rawls memusatkan perhatian pada bagaimana mendistribusikan hak dan kewajiban secara seimbang di dalam masyarakat sehingga setiap orang berpeluang memperoleh manfaat darinya dan secara nyata, serta menanggung

beban yang sama. Karenanya, agar menjamin distribusi hak dan kewajiban yang berimbang tersebut, Rawls juga menekankan pentingnya kesepakatan yang *fair* di antara semua anggota masyarakat. Hanya kesepakatan *fair* yang mampu mendorong kerja sama sosial (Rawls: 1971, h. 4-5). Lebih jauh, Rawls memandang bahwa kesepakatan yang *fair* hanya bisa dicapai dengan adanya prosedur yang tidak memihak. Hanya dengan suatu prosedur yang tidak memihak, prinsip-prinsip keadilan bisa dianggap *fair*. Karenanya, bagi Rawls, keadilan sebagai *fairness* adalah “keadilan prosedural murni”.

Konsepsi keadilan Rawls memperlihatkan dukungan dan pengakuan yang kuat akan hak dan kewajiban manusia, baik dalam bidang politik maupun dalam bidang ekonomi. Secara khusus, konsepsi keadilan tersebut menuntut hak partisipasi yang sama bagi semua warga masyarakat dalam setiap proses pengambilan keputusan politik dan ekonomi. Dengan demikian, diharapkan bahwa seluruh struktur sosial dasar sungguh-sungguh mampu menjamin kepentingan semua pihak.

Dari sudut politik, konsepsi keadilan Rawls diformulasikan ke dalam tiga sendi utama: (a) hak atas partisipasi politik yang sama; (b) hak warga untuk tidak patuh; dan (c) hak warga untuk menolak berdasarkan hati nurani. Ketiga hal ini menjadi manifestasi kelembagaan dari prinsip keadilan pertama dalam teori keadilan Rawls.

Dari sudut pandang sosial politik masyarakat Aceh dalam hal pengajuan *judicial review* Pasal 256 Undang-Undang Nomor 11 Tahun

2006 tentang Pemerintahan Aceh, sistem politik demokrasi konstitusional dianggap tidak memberikan ruang bagi masyarakat untuk memilih dan mengusung pemimpinnya. Ketika hak atas partisipasi politik tidak sama, masyarakat Aceh merasa berhak untuk tidak patuh kepada peraturan perundang-undangan tersebut, karena hak ini adalah konsekuensi logis dari demokrasi. Tentu saja, hak untuk tidak patuh ini sebagai ‘suatu tindakan publik, tanpa kekerasan, berdasarkan suara hati tetapi bersifat politis, dikarenakan adanya pertentangan dengan hukum di atasnya. Tindakan ini diambil dengan tujuan menghasilkan perubahan hukum atau kebijakan pemerintah. Dalam hal ini, Rawls memandang bahwa ada ruang di mana hukum yang ditetapkan tidak bersifat adil sehingga warga Negara boleh melakukan tindakan politik untuk menentang dan mengubahnya melalui cara-cara yang tidak menggunakan kekerasan.

Jika hak untuk tidak patuh dimaksudkan sebagai tindakan politik untuk memperbaiki hukum yang tidak adil, maka hak untuk menolak berdasarkan hati nurani lebih dimaksudkan sebagai ruang yang diberikan kepada seseorang untuk tidak mematuhi hukum jika hal itu dipandang bertentangan dengan hati nuraninya sendiri. Misalnya, jika terdapat sebuah hukum yang meminta warganya untuk berperang sementara terdapat seorang warga yang memiliki keyakinan bahwa membunuh bertentangan dengan prinsip keadilan yang dipegangnya,

maka dia berhak untuk menolak untuk ikut berperang (Rawls: 1971, h. 370-380).

Titik-tolak Rawls dalam merancang teori keadilannya adalah konsepsinya tentang person moral yang pada dasarnya memiliki dua kemampuan moral, yakni: 1) kemampuan untuk mengerti dan bertindak berdasarkan rasa keadilan dan dengan itu juga didorong untuk mengusahakan suatu kerja sama sosial; dan 2) kemampuan untuk membentuk, merevisi, dan secara rasional mengusahakan terwujudnya konsep yang baik. Rawls menyebut kedua kemampuan ini sebagai *a sense of justice* dan *a sense of the good*.

Menurut Rawls rasionalitas ada 2 bentuk yaitu *Instrumental Rationality*, di mana akal budi yang menjadi instrumen untuk memenuhi kepentingan-kepentingan pribadi dan kedua yaitu *Reasonable*, yaitu bukan fungsi dari akal budi praktis dari orang-per-orang. Hal kedua ini melekat pada prosedur yang mengawasi orang-orang yang menggunakan akal budi untuk kepentingan pribadinya untuk mencapai suatu konsep keadilan atau kebaikan yang universal. Di sini terlihat ada suatu prosedur yang menjamin tercapainya kebaikan yang universal, dengan prosedur yang mengawasi orang per orang ini akan menghasilkan *public conception of justice*.

Untuk itu Rawls mengemukakan teori bagaimana mencapai *public conception*, yaitu harus ada *well ordered society (roles by public conception of justice)* dan *person moral* yang keduanya dijumpai

oleh *the original position*. Bagi Rawls setiap orang itu moral subjek, bebas menggagas prinsip kebaikan, tetapi bisa bertolak belakang kalau dibiarkan masyarakat tidak tertata dengan baik. Agar masyarakat tertata dengan baik maka harus melihat *the original position*. Bagi Rawls *public conception of justice* bisa diperoleh dengan *original position*. Namun bagi Habermas prosedur yang diciptakan bukan untuk melahirkan prinsip publik tentang keadilan tetapi tentang etika komunikasi, sehingga muncul prinsip publik tentang keadilan dengan cara *consensus* melalui percakapan diruang publik. Ada beberapa *basic assumption* agar dalam masyarakat bekerja sama dalam kondisi *fair*.

Masyarakat harus menuju keadilan, sehingga masyarakat terbuka pada perubahan, terutama perubahan struktur sosial. Kedua, kerja sama dibedakan dengan aktifitas yang terkoordinasi. Hal ini dapat dilihat dari :

- a. Bentuk kerja sama selalu berpijak pada keadilan sedangkan *coordinated activity* berpijak pada efektifitas/efisiensi.
- b. Kerja sama (*organizing principle*) aturan dibuat untuk mengatur anggota-anggotanya (mengikat, mengatur kepentingan-kepentingan anggota) sedangkan dalam *coordinated activity* aturan dibuat untuk kepentingan yang membuat aturan.
- c. Dalam kerja sama (*organizing principle*) harus sah secara publik (harus disepakati oleh partisipan), sedangkan dalam *coordinated activity* tidak ada organisasi, aturan tidak harus sah secara publik.

Gagasan kerja sama yang *fair* mengandaikan kebaikan akan keuntungan partisipan (partisipan punya gagasan sendiri dan bertemu dengan gagasan lainnya dengan cara rasionalitas) bukan masing-masing pihak melepaskan kepentingan tapi masing-masing ingin punya keuntungan yang rasional (karena ingin mendapatkan untung maka ada kerja sama, kalau saling mengalah tidak akan tercapai kerja sama).

Rawls percaya bahwa ada kemampuan orang untuk *revising*. *Person moral* adalah warga negara yang sama dalam 2 daya moral. Pertama, membentuk, merevisi, menjalankan gagasan keuntungan atau keadilan yang rasional untuk kebaikan atau tujuan final. Kedua, daya untuk memahami, menerapkan dan bertindak pada kesepakatan yang telah dicapai yang mencerminkan keikhlasan untuk mencapai kepentingan atau keuntungan bersama. Dalam suatu masyarakat tentunya tidak akan pernah lepas dari banyak ukuran keadilan yang diturunkan dari doktrin komprehensif yang berbeda-beda baik dari institusi agama, politik, pendidikan dan lain sebagainya.

Situasi yang ingin dicapai oleh Rawls adalah kondisi *highest ordered interest* yang akan tercapai apabila tercipta pula *public conception of justice*, di mana ada keinginan bahwa interest masyarakat tidak diatur oleh interest kelompok, maka ada langkah-langkah yang Rawls sebut sebagai *the Reasonable*. Dapat dikatakan bahwa *the*

highest ordered interest mempunyai hubungan erat dengan *public conception of justice*.

Rawls mempunyai hipotesa bahwa kalau semua orang diletakkan pada *original position*, ditutup dari klaim-klaim yang mereka anut (termasuk doktrin tentang kebaikan, moral, agama dan lain-lain) mereka akan memilih *the highest ordered interest*, mereka tidak mungkin memilih *higher ordered interest* karena mereka tidak tahu tentang interest mereka.

Setiap manusia menurut Rawls selalu mengejar kepentingan mereka yang beragam (*multy purpose goods*). Mereka bisa mengejar kepentingan apapun karena mereka memilih *primary goods*. Bagi Rawls *primary goods* tidak akan terlepas dari beberapa konsep di bawah ini yaitu:

- a. Kebebasan dasar, memungkinkan perkembangan dan pelaksanaan prinsip keadilan di dalam kondisi sosial yang bebas.
- b. Kebebasan bergerak dan pilihan bebas akan pekerjaan berlatarkan berbagai peluang yang ada.
- c. Kekuasaan dan prerogatif pada jabatan publik yang akuntabel diperlukan untuk memberi ruang bagi kapasitas regulasi dan kapasitas sosial dari diri.
- d. *Income*, untuk mencapai tujuan apapun pasti membutuhkan biaya.
- e. *The social basis of self-respect*, setiap orang pasti mempunyai rasa kelayakan.

Tabir ketidaktahuan adalah kondisi di mana semua pihak tidak punya pengetahuan tentang posisi sosial dan doktrin tertentu (tidak tahu tentang ras, etnis, seks dan kekuatan alamiah lainnya, termasuk talenta, intelegensia).Setiap orang dalam tabir ketidaktahuan manusia berusaha menciptakan suatu kondisi yang memungkinkan untuk menciptakan atau melahirkan *public conception of justice* sehingga ada jaminan untuk mendapatkan hak dan melakukan kewajiban.

Unsur keadilan merupakan unsur yang rumit dan abstrak dalam hukum, karena tujuan dari pembentukan hukum salah satunya adalah untuk memberikan rasa adil kepada masyarakat. Eratnya hubungan hukum dengan keadilan menurut Satjipto Rahardjo sebagai berikut (Harian Kompas, 13 Agustus 1997) :

Membicarakan hukum adalah membicarakan hubungan antar manusia. Membicarakan hubungan antar manusia adalah membicarakan keadilan.Setiap pembicaraan mengenai hukum (baik secara jelas maupun samar) senantiasa merupakan pembicaraan tentang keadilan pula. Membicarakan hukum tidak cukup hanya sampai wujudnya sebagai bangunan yang formal, tetapi perlu juga melihatnya sebagai ekspresi dari cita-cita keadilan rakyat.

Satjipto Rahardjo berpendapat bahwa keadilan adalah ukuran yang dipakai dalam memberikan perlakuan terhadap objek di luar diri manusia. Ukuran tersebut tidak dapat dilepaskan dari makna yang diberikan kepada manusia/kemanusiaan atau dari konsep tentang manusia itu sendiri. Jika manusia dianggap sebagai makhluk mulia, maka perlakuan pada sesama manusia pun akan mengikuti anggapan

yang demikian (mulia) pula. Hal ini disebabkan manusia merupakan bagian dari masyarakat, maka hakikat dari keadilan berkaitan erat dengan pendistribusian sumber daya yang ada dalam masyarakat, antara lain berupa barang dan jasa, modal usaha, kedudukan dan peran sosial, kewenangan, kekuasaan, kesempatan, dan segala sesuatu yang mempunyai nilai-nilai tertentu bagi kehidupan manusia. (Harian Kompas, 13 Agustus 1997)

Keadilan itu sendiri bersifat universal dan merupakan proses yang dinamis serta senantiasa bergerak di antara berbagai faktor, termasuk *equality* atau persamaan hak itu sendiri. Namun dalam kenyataannya, menurut salah seorang pakar hukum agraria, setiap orang berbeda dalam hal kemampuan atau jasanya dan kebutuhannya bila dibandingkan dengan orang lain. Ada situasi di mana lebih banyak orang membutuhkan sesuatu (terlebih untuk hal-hal yang merupakan kebutuhan dasar manusia), namun kemampuan untuk memperolehnya kurang, maka perlakuan yang sama justru akan menimbulkan ketidakadilan. Perkecualian terhadap hal ini adalah perlakuan khusus dapat dilakukan asalkan dapat dipertanggungjawabkan. Hal demikian biasa disebut sebagai *corrective justice* atau *positive discrimination*.