

Menguji Ketangguhan Realisme: Kritik terhadap Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013 Pasca Pemilu Serentak 2019

Examining Realism's Toughness: A Critical Analysis of the Constitutional Court Decision Number 14/PUU-XI/2013 Following the Simultaneous Elections of 2019

Titon Slamet Kurnia

Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana
Jalan Diponegoro 52 - 60, Salatiga, Jawa Tengah 50711
Email: titonslamet@gmail.com

Naskah diterima: 05-03-2021 revisi: 02-03-2022 disetujui: 21-03-2022

Abstrak

Artikel ini hendak menelaah Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013 dikaitkan dengan hasil pemilu serentak 2019. Objek dari kritik yang hendak dilakukan adalah ketepatan dari penggunaan pendekatan realisme sebagai teori adjudikasi oleh MK dalam memutuskan konstitusionalitas Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Presiden. Dapat disimpulkan bahwa, berdasarkan hasil pemilu serentak, putusan MK tidak berhasil dalam memperkuat presidensialisme di Indonesia melalui teori efek ekor jas, seperti harapan MK. Menanggapi kegagalan tersebut artikel ini menyarankan supaya penggunaan pendekatan realisme harus mengantisipasi falibilitasnya. Menanggapi isu yang lebih umum, artikel ini mengajukan usulan untuk perubahan konstitusi guna menata ulang mekanisme pengujian yudisial sesuai dengan model Kanada yang secara konseptual dikenal sebagai pengujian yudisial dengan finalitas legislatif. Rekomendasi tersebut bertujuan mengantisipasi kesalahan yudisial dalam interpretasi konstitusi seperti ditunjukkan oleh Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013.

Kata Kunci: Kesalahan Yudisial; Pemilu Serentak; Realisme.

Abstract

This article examines Constitutional Court Decision Number 14/PUU-XI/2013 following the simultaneous elections of 2019. The object is the correctness of the utilisation of realism as a theory of adjudication by the Court in deciding the constitutionality of Law Number 42 of 2008. It can be concluded that, the Court's decision is false, i.e. it fails to strengthen presidential in Indonesia, as expected by the Court, according to coattail effect theory. Hence, responding to this failure, this article suggests a caveat that the utilisation of realism should anticipate its fallibility. Therefore, responding to the issue to be more general, this article also suggests a proposal for a constitutional amendment to restructure the judicial review mechanism in accordance with the Canadian model known as, conceptually, judicial review with legislative finality. The recommendation aims to anticipate judicial error in constitutional interpretation as shown by the Constitutional Court Decision Number 14/PUU-XI/2013.

Keywords: *Judicial Error; Simultaneous Elections; Realism.*

A. PENDAHULUAN

1. Latar Belakang

Artikel ini bertujuan memberikan catatan kritis terhadap praktik adjudikasi Mahkamah Konstitusi (MK) dalam pengujian Undang-Undang Nomor 42 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden (UU Pilpres) dari perspektif filosofis terkait dengan teori adjudikasi,¹ dalam hal ini penggunaan pendekatan realisme dalam Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013. Alasan untuk membuka kembali perdebatan teoretis terkait dengan Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 adalah Indonesia telah memiliki pengalaman dalam penyelenggaraan pemilu legislatif dan pemilu presiden secara serentak tahun 2019 yang merupakan implikasi dari putusan tersebut. Karena MK menjustifikasi putusannya dengan *ratio decidendi* penguatan sistem presidensial melalui pemilu serentak maka hasil pemilu serentak tersebut dapat dijadikan sebagai tolok ukur apakah ekspektasi MK terbukti benar atau tidak.

Praxis dari pendekatan realisme menurut Carl J. Friedrich dikonsepsikan sebagai "*recognition only of the factual reality and a complete disregard for the normative content of all law.*"² Bentuk konkret penerapan konsepsi tersebut adalah *judicial reasoning* sebagai proses justifikasi putusan yang lebih menekankan pada penggunaan argumen faktual ketimbang argumen normatif.³ Dengan demikian, teori kebenaran paling tepat

¹ Brian Leiter, "Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?" *Legal Theory*, Volume 16, Nomor 2, (2010), 111.

² Carl J. Friedrich, *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, (Chicago: The University of Chicago Press, 1969), 177.

³ George Whitecross Paton dan David P. Derham, *A Textbook of Jurisprudence*, (Oxford: Clarendon Press, 1972), 24-25.

untuk pendekatan realisme adalah teori korespondensi yang basisnya adalah kesesuaian antara proposisi dengan kenyataan.⁴ Itu artinya, karena Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 menggunakan pendekatan realisme maka kebenaran *judicial reasoning*-nya ditentukan oleh pra-kondisi apakah argumen faktual dari *judicial reasoning* putusan telah terjadi – atau telah menjadi fakta – sehingga kebenarannya dapat diverifikasi.

Dengan telah terlaksananya pemilu serentak 2019 maka argumen faktual MK dalam Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 yang masih bersifat hipotetis menjadi dapat diverifikasi oleh fakta hasil pemilunya itu sendiri. Dari kondisi faktual tersebut sudah dapat disimpulkan tidak ada korespondensi antara “apa yang diharapkan terjadi” oleh MK, yang merupakan *ratio decidendi* putusan, dengan “apa yang benar-benar terjadi” dikaitkan dengan hasil pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak 2019. Untuk lebih jelasnya, apa yang diharapkan MK, sebagai *ratio decidendi* putusan, adalah penguatan sistem presidensial melalui penyelenggaraan pemilu legislatif dan pemilu presiden secara serentak.⁵ Berhadapan dengan sistem multi partai yang sedang berjalan, isu utama untuk penguatan sistem presidensial adalah penyederhanaan partai politik karena sistem presidensial tidak kompatibel dengan sistem multi partai.⁶ Pihak Pemohon pengujian mendalilkan bahwa pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak akan mampu berdampak penyederhanaan partai politik mengikuti “preseden” dalam Ilmu Politik yang dikenal dengan teori efek ekor jas (*coattail effect*).⁷ Hal ini memang tidak eksplisit dinyatakan sebagai *judicial reasoning*, namun dengan MK berpegang pada pendirian penguatan sistem presidensial maka sangat logis jika secara inferensial dinyatakan bahwa MK secara implisit setuju dengan dalil Pemohon bahwa pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak akan menghasilkan penyederhanaan partai politik sebagai fondasi penguatan sistem presidensial di Indonesia. Akan tetapi, pemilu serentak 2019 ternyata tidak menghasilkan efek penyederhanaan partai politik, termasuk model koalisi politik pasca pemilu.

Mengacu pada hasil pemilu legislatif, yaitu komposisi partai politik di parlemen yang tidak berbeda secara signifikan antara pemilu legislatif 2014 dan pemilu legislatif 2019. Komposisi partai politik di parlemen hasil pemilu legislatif 2014 adalah: PDI Perjuangan (109 kursi), Partai Golkar (91 kursi), Partai Gerindra (73 kursi), Partai Demokrat (61 kursi), Partai Amanat Nasional (49 kursi), Partai Kebangkitan Bangsa

⁴ J.J.H. Bruggink, *Refleksi tentang Hukum*, (Bandung: Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, 1999), 25.

⁵ Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, 81.

⁶ Scott Mainwaring, “Presidentialism, Multipartism and Democracy: The Difficult Combination” dalam Robert A. Dahl, et.al. (editors), *The Democracy Sourcebook*, (Cambridge-Massachusetts, The MIT Press, 2003), 270-271.

⁷ Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, 8-9.

(47 kursi), Partai Keadilan Sejahtera (40 kursi), Partai Persatuan Pembangunan (39 kursi), Partai Nasdem (35 kursi) dan Partai Hanura (16 kursi). Jumlah partai politik yang hadir di parlemen adalah 10 partai politik. Komposisi partai politik parlemen hasil pemilu legislatif 2019 adalah: PDI Perjuangan (128 kursi), Partai Golkar (85 kursi), Partai Gerindra (78 kursi), Partai Nasdem (59 kursi), Partai Kebangkitan Bangsa (58 kursi), Partai Demokrat (54 kursi), Partai Keadilan Sejahtera (50 kursi), Partai Amanat Nasional (44 kursi), Partai Persatuan Pembangunan (19 kursi). Jumlah partai politik yang hadir di parlemen adalah 9 partai politik.

2. Perumusan Masalah

Sesuai penjelasan latar belakang maka isu hukum yang ingin didiskusikan adalah:

Apakah judicial reasoning Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 yang menggunakan pendekatan realisme benar jika dikaitkan dengan hasil pemilu serentak 2019 – khususnya konsekuensi yang diharapkan yaitu penguatan sistem presidensial?

Sejauh ini belum ada penelitian yang spesifik memasalahkan Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 tersebut dari perspektif penggunaan pendekatan realisme dalam adjudikasi yang dikaitkan dengan hasil pemilu serentak 2019 sebagai teori “kebenaran”-nya.⁸ Padahal, hasil pemilu serentak 2019 sangat *pivotal* karena mampu menyibak tabir kebenaran putusan tersebut.

Berpijak pada isu hukum di atas maka proses pembahasan yang akan dilakukan adalah sebagai berikut. Pertama, akan dijelaskan tentang pendekatan realisme sebagai teori adjudikasi (*infra* Sub-judul Pembahasan A). Kedua, berdasar pemahaman teoretis tentang pendekatan realisme, akan dijelaskan pandangan yang bersifat kritik substantif untuk menguak kelemahan pendekatan realisme (*infra* Sub-judul Pembahasan B). Terakhir, akan diberikan anotasi terhadap Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 dan sebagai preskripsi umum akan diberikan *caveat* supaya pendekatan realisme tidak seyogianya diterapkan – kecuali mampu diantisipasi kemungkinan “kesalahannya” – yaitu tidak berkorespondensinya pernyataan dengan kenyataan. Atas dasar itu sekaligus akan diberikan rekomendasi institusional sebagai respons khusus supaya kasus demikian dapat dihindari (*infra* Sub-judul Pembahasan C). Rekomendasi itu adalah perubahan konstitusi untuk mereposisi peranan MK dengan mengacu pada

⁸ Kuskridho Ambardi, “Rekayasa Pemilu Serentak, Perilaku Pemilih, dan Perilaku Elit” dalam Eko Agus Wibisono, *Refleksi Pemilu Serentak di Indonesia*, Jakarta: Penerbit Bawaslu, 2019, 111-134. Isu ini juga disinggung secara sambil lalu, setelah hasil pemilu serentak 2019 diketahui, dalam Kuswanto Kusnadi, “Mahkamah Konstitusi dan Upaya Menegakkan Asas Presidensialisme di Indonesia,” *Refleksi Hukum: Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 5, Nomor 1, (2020): 17.

model pengujian yudisial Kanada yang konsepnya disebut "*judicial review with legislative finality*".⁹

B. PEMBAHASAN

1. Realisme sebagai Teori Ajudikasi

Realisme sebagai teori adjudikasi tidak tunggal.¹⁰ Teori realisme, secara umum, mewadahi teori-teori adjudikasi dengan kesamaan tema "ketidakpercayaan pada *the law in books*". Seperti digambarkan Hilaire McCoubrey dan Nigel D. White, teori realisme memiliki misi: "*discover how judicial decisions were reached in reality, which involved a playing down of the role of established rules, or the 'law in books', to discover the other factors, that contributed towards a judicial decision, in order to discover the 'law in action'*".¹¹ Senada dengan itu Brian Leiter menggambarkan lebih spesifik *legal method* dari hakim realis: "*What judges really do, according to the realists, is decide cases according to how the facts of the cases strike them, and not because legal rules require particular results; judges are largely 'fact-responsive' rather than 'rule-responsive' in reaching decisions.*"¹² Posisi demikian, khususnya di Amerika Serikat, berkembang sebagai kritik atas, dan sekaligus menjadi rival, teori formalisme dalam adjudikasi. Teori formalisme, digambarkan Richard A. Posner, memiliki misi: "*judges apply the governing law to the facts of a case in a logical, mechanical, and deliberative way. For the formalists, the judicial system is a 'giant syllogism machine,' and the judge acts like a 'highly skilled mechanic'*".¹³

Pembahasan Sub-judul ini akan mengambil satu "sampel" dari teori realisme yaitu teori adjudikasi yang dikembangkan Oliver Wendell Holmes, *Associate Justice* Mahkamah Agung Amerika Serikat (*the Supreme Court of the United States*), selain pada isu-isu tertentu dapat ditambahkan pemikiran realisme oleh ahli hukum yang lain. Pandangan Holmes dijadikan *starting point* untuk diskusi tentang teori realisme karena pandangan teoretisnya paling mendekati praktik, teori oleh praktisinya sendiri,

⁹ Tsvi Kahana, *The Partnership Model of the Canadian Notwithstanding Mechanism: Failure and Hope*, Doctor of Juridical Science Thesis, University of Toronto, (2000).

¹⁰ Lon L. Fuller, "American Legal Realism," *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 82, Nomor 5, (1934): 430. Michael Steven Green, "Legal Realism as Theory of Law," *William and Mary Law Review*, Volume 46, Nomor 6, (2005): 1919. Lihat secara umum Ian McLeod, *Legal Theory*, (London: Palgrave-MacMillan, 2003), 137-149.

¹¹ Hilaire McCoubrey dan Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence*, (London: Blackstone Press Ltd., 1996), 192.

¹² Brian Leiter, "American Legal Realism" dalam Dennis Patterson (editor), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, (London: Blackwell Publishing, 2010), 249.

¹³ Seperti dikutip dalam Brian Z. Tamanaha, *Beyond Formalist - Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, (New Jersey: Princeton University Press, 2010), 1.

sebagai ekspresi tentang aspirasi pribadi maupun pengalaman yang biasa dipraktikkan oleh, dan sebagai, hakim dalam memutus perkara. Holmes menggambarkan inti dari pendirian realismenya secara ringkas dengan proposisi metaforis yang sangat terkenal: *"the life of the law has not been logic, it has been experience."* Untuk lengkapnya Holmes menyatakan:

The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.¹⁴

Kata *the law* dalam frase *the life of the law* adalah kata yang secara inheren berkonotasi spesifik, dalam hal ini putusan yudisial. Pandangan Holmes di atas sama sekali tidak mengingkari peranan logika dalam pengambilan keputusan yuridis, termasuk putusan yudisial. Pendapat Holmes yang lain mengkonfirmasi pengertian ini: *"The training of lawyer is a training in logic. The processes of analogy, discrimination, and deduction are those in which they are the most at home. The language of judicial decision is mainly the language of logic."¹⁵* Oleh sebab itu, pendapat Holmes tersebut seyogianya dimaknai sebagai suatu metafora ketimbang pernyataan yang mengandung makna eksplisit. Itu artinya, meskipun menyatakan *"the life of the law has not been logic"*, pengambilan keputusan yuridis, dalam hal ini penarikan kesimpulan yuridis, tetap harus dilakukan dengan mengacu pada struktur logika secara sistematis dan ketat. Tanpa pra-pemahaman demikian pendapat Holmes dapat disalahartikan di mana pendekatan realisme seolah mengajarkan teori ajudikasi yang boleh serampangan dan nir-logika.

Pandangan Holmes sejatinya lebih tertuju pada, dan menawarkan, konsepsi ontologis hukum yang berbeda dengan konsepsi ontologis hukum menurut pendekatan formalisme. Oleh karena itu, cara paling tepat dalam memahami pendekatan realisme adalah dengan melihat aspek historis-kontekstualnya dalam posisi perdebatannya dengan pendekatan formalisme ketimbang menafsirkan secara sumir metafora Holmes di atas sebagai anjuran untuk pengambilan keputusan yuridis yang tidak berbasis pada penggunaan logika. Leiter menjelaskan, mempertajam pendapat Holmes di atas, sebagai pernyataan tentang teori realisme dalam ajudikasi:

¹⁴ Oliver Wendell Holmes, *The Common Law*, (Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 2009), 3.

¹⁵ Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law," *Harvard Law Review*, Volume 110, Nomor 5, (1997): 998. Artikel ini merupakan publikasi ulang dalam rangka peringatan 100 tahun artikel ini yang sebelumnya diterbitkan dalam volume 10 *Harvard Law Review* (1897).

How a judge responds to the facts of a particular case is determined by various psychological and sociological factors, both conscious and unconscious. The final decision, then, is the product not so much of 'law' (which generally permits more than one outcome to be justified) but of these various psychosocial factors, ranging from the political ideology to the institutional role to the personality of the judge. Thus, the legacy of realism in both the practice and teaching of law consists of phenomena like these: lawyers now recognize that judges are influenced by more than legal rules; judges and lawyers openly consider the policy or political implications of legal rules and decisions; law texts now routinely consider the economic, political, and historical context of judicial decisions.¹⁶

Pernyataan Holmes, jika dipenggal hanya pada frase paling fenomenal tersebut, jelas memberikan impresi sangat keliru karena Holmes tidak pernah bermaksud menegaskan peranan logika, tetapi sesungguhnya hendak mengantisipasi, terutama, kelemahan pendekatan formalisme seperti pernyataannya yang mendahului pernyataan di atas: *"The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish the task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all."*¹⁷ Dalam kasus ini, posisi Holmes masih deskriptif, ketimbang normatif, ketika memberikan gambaran tentang *common law* yang tengah eksis dengan pra-pemahaman seperti dinyatakan oleh metafora *"the life of the law has not been logic, it has been experience."* Pernyataan ini tentu saja merujuk pada praktik yudisial yang produknya adalah putusan-putusan yudisial oleh hakim sebagai perangkat pengetahuan yang hendak dijelaskan oleh Holmes kepada pembaca, dalam hal ini sebagai *"a general view of the Common Law"*. Atas dasar latar belakang demikian maka metafora *experience* itu seyogianya dipahami, bahwa perangkat *the Common Law* yang dihadapi oleh Holmes untuk diberikan pandangan umum tidak melulu bertolak dari konsepsi hukum formalis, tetapi ada kalanya, dan seringkali, bertolak dari: *"The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men."*

Perlu dipahami di sini, Holmes tidak sedang berbicara tentang Sosiologi Hukum, tetapi Ilmu Hukum dengan konsepsi hukum menurut perspektif teori realisme, sehingga untuk mudahnya pandangan demikian digolongkan ke dalam kategori yang lebih luas yaitu aliran (mazhab) Ilmu Hukum yang Sosiologis (*Sociological Jurisprudence*).¹⁸ Pada kesempatan berbeda, Holmes mengembangkan ajaran realisme

¹⁶ Leiter, "American," 249.

¹⁷ Holmes, *The Common Law*. 998.

¹⁸ Lihat secara umum Edgar Bodenheimer, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, (Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1981), 111-133.

yang tidak lagi deskriptif, tetapi normatif. Sinyalemen demikian mengandung makna bahwa Holmes tengah “mempromosikan” pendekatan realisme itu sebagai pendekatan yang seyogianya dalam adjudikasi. Posisi demikian bergerak satu langkah lebih maju setelah sebelumnya hanya memberikan deskripsi atas perangkat *the Common Law* yang ada yang dilukiskan dengan deskripsi umum “*the life of the law has not been logic, it has been experience.*”

Posisi normatif dari ajaran realisme Holmes nampak dari teorinya tentang hukum sebagai prediksi: “*People want to know under what circumstances and how far they will run the risk of coming against what is so much stronger than themselves, and hence it becomes a business to find out when this danger is to be feared. The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts.*”¹⁹ Adjudikasi realis bukan adjudikasi tanpa basis atau pertimbangan hukum, tetapi hukum sebagai basis adjudikasi ditafsirkan lebih faktual, di mana faktor eksternal lebih menonjol ketimbang pertimbangan internal dari norma atau kaidah itu sendiri. Dengan pengertian yang lebih bernuansa, norma atau kaidah berusaha ditafsirkan secara faktual, sesuai dengan aspirasi kemasyarakatan yang berkembang. Holmes menyatakan: “*Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding. You can give any conclusion a logical form.*”²⁰

Untuk lebih presisi, konsepsi hukum menurut teori realisme adalah isu utamanya di sini – yaitu dalam adjudikasi menurut teori realisme. Konsepsi tersebut berbeda dengan konsepsi hukum menurut teori formalisme). Konsepsi hukum menurut teori realisme digambarkan Karl N. Llewellyn sebagai berikut:

Law is a means to a social end, rather than being an end in itself, and therefore it should be evaluated in terms of its effects. Furthermore, both law and society are in a constant state of flux, although legal change typically lags behind social change, so there is a need to keep the law under constant review. Value judgments are essential when identifying the objectives which the law should seek to achieve, but while the law is being critically examined, it must be divorced from ought otherwise our perception of how things are is likely to be tainted by our belief as to what they ought to be. Legal rules and concepts should be distrusted where they purport to describe what actually happens within the legal system, and legal theory should be distrusted where it suggests that legal rules govern the decisions of the courts. Cases and legal situations should generally be grouped together into narrower rather than broader categories, and this is particularly

¹⁹ Holmes, “The Path of the Law,” 991.

²⁰ Holmes, “The Path of the Law,” 998.

*so where the rules and concepts are expressed in simple language, because this tends to conceal the complex range of situations to which they apply.*²¹

Konsepsi hukum demikian tentu berbeda dengan konsepsi hukum menurut perspektif teori formalisme. Konsepsi hukum menurut teori formalisme bertolak dari pra-pemahaman: *"With respect to the theory of the nature of law, the core idea is that during the formalist age jurists widely believed that the law was comprehensive and logically ordered, and in new situations judges did not make law (even when declaring new rules) but merely discovered and applied preexisting law."*²²

Oleh Antonin Scalia, Associate Justice Mahkamah Agung Amerika Serikat, juru bicara utamanya, konsepsi hukum menurut teori formalisme digambarkan sangat positivistik dengan ilustrasi sebagai berikut:

*The rule of law is about form. If, for example, a citizen performs an act – let us say the sale of certain technology to a foreign country – which is prohibited by a widely publicized bill proposed by the administration and passed by both houses of Congress, but not yet signed by the President, that sale is lawful. It is of no consequence that everyone knows both houses of Congress and the President wish to prevent that sale. Before the wish becomes a binding law, it must be embodied in a bill that passes both houses and is signed by the President. Is that not formalism?*²³

Konsepsi demikian memberikan makna spesifik pada konsepsi hukum yang formalis bahwa hukum di sini adalah hukum (undang-undang) yang sudah diberlakukan, dan bukan yang masih akan diberlakukan.

Mengukuhkan pengertian di atas, gambaran tentang hubungan antara formalisme dan positivisme nampak dalam pendapat Andrei Marmor:

*One of the main tenets of legal positivism is its insistence on the conceptual separation between law as it is and law as it ought to be ... this separation thesis necessarily involves the assumption that judges can (at least in some standard sense, that is) identify the law and apply it without reference to considerations about what the law ought to be in the circumstances. In other words, the distinction between the law as it is and the law as it ought to be entails a parallel distinction between the activities of simply understanding the law and just applying it, and modifying or creating it.*²⁴

Konsepsi hukum formalis jelas bertumpu pada konsepsi hukum yang positivistik di mana hukum menurut formalis tentu saja adalah *"the law as it is"*, bukan *"the law as*

²¹ McLeod, *Legal Theory*, 138-139.

²² Tamanaha, *Beyond Formalist*, 13.

²³ Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation*, (New Jersey: Princeton University Press, 1997), 25.

²⁴ Andrei Marmor, *Interpretation and Legal Theory*, (London-Portland: Hart Publishing, 2005), 95.

it ought to be". Oleh karena itu, jika hakim mengikuti pendekatan demikian, tidak ada alternatif lain selain "*identify the law and apply it without reference to considerations about what the law ought to be in the circumstances*".

Pada akhirnya, konsepsi hukum demikian menentukan bagaimana seyogianya ajudikasi menurut teori formalisme. Menggambarkan teori formalisme sebagai teori ajudikasi, Leiter menyatakan:

"Formalist" theories claim that (1) the law is "rationally" determinate, that is, the class of legitimate legal reasons available for a judge to offer in support of his or her decision justifies one and only one outcome either in all cases or in some significant and contested range of cases (e.g., cases that reach the stage of appellate review); and (2) adjudication is thus "autonomous" from other kinds of reasoning, that is, the judge can reach the required decision without recourse to nonlegal normative considerations of morality or political philosophy.²⁵

Mengacu pada Frederick Schauer dan Duncan Kennedy, Tamanaha menyimpulkan sebagai generalisasi inti dari ajudikasi menurut teori formalisme yaitu: "*rule-bound judging that prohibits consideration of purposes or consequences*."²⁶ Berdasarkan pengertian tersebut maka inti dari ajudikasi menurut teori realisme dapat lebih dipahami sebagai kondisi yang bersifat kebalikannya (seperti telah dijelaskan sebelumnya di atas), yaitu ajudikasi yang memprioritaskan penggunaan pertimbangan berbasis *purposes or consequences* yang lebih dekat dengan *social demands* seperti digambarkan oleh Llewellyn.

2. Kritik terhadap Realisme

Seperti telah dijelaskan di atas, realisme adalah salah satu *genre* dari teori ajudikasi. Teori ajudikasi sendiri fokus utamanya tertuju pada isu tentang pemberian *judicial reasoning* putusan. Dengan demikian, jika realisme sebagai teori ajudikasi itu hendak dikritik, maka secara kontekstual kerangka umum dari kritik tersebut terletak pada *judicial reasoning* putusan dengan didikte ajaran realisme itu sendiri. Atas dasar itu, sebagai pra-pemahaman, akan dijelaskan latar belakang kontekstual dari kritik terhadap realisme tersebut berkenaan dengan isu hubungan antara putusan yudisial dan pemberian *judicial reasoning* yang berfungsi sebagai *justifying reason* putusan (dalam hal ini *ratio decidendi*-nya). Selanjutnya, atas dasar itu, akan dijelaskan poin substantif dari kritik terhadap pendekatan realisme, dalam hal ini kritik atas penggunaan argumen faktual ke dalam *judicial reasoning* putusan.

²⁵ Leiter, "Legal Formalism," 111.

²⁶ Tamanaha, *Beyond Formalist*, 166.

Pelajaran dasar Ilmu Hukum mengajarkan, sebagai inti dari kegiatan ber hukum (yaitu menggunakan hukum untuk memecahkan isu hukum atau *legal-problem solving*), setiap putusan, atau kesimpulan hukum secara umum, atas suatu isu hukum harus diberikan alasan yang berfungsi sebagai *justifying reason*. Pengertian demikian sifatnya niscaya seperti pendapat Martin P. Golding: "*the resolution of disputed questions of law by means of reasoned decisions on such questions.*"²⁷ Hal itu berimplikasi: "*Conclusions of law, therefore, should be supported by justifying reasons.*"²⁸ Dengan demikian, secara fungsional, argumentasi hukum (*legal reasoning*) secara umum, maupun argumentasi hukum yang dilakukan oleh badan yudisial (*judicial reasoning*), mengandung karakter sebagai kegiatan yang bertujuan sangat spesifik yaitu untuk memberikan justifikasi, atau menurut Goldring "*justifying reasons terhadap conclusions of law*".

Dalam Teori Hukum, studi teoretis tentang proses memberikan *justifying reason* tersebut merupakan ranah dari studi tentang Teori Argumentasi Hukum. Seperti digambarkan oleh Evelyn T. Feteris, argumentasi memiliki peranan yang sifatnya niscaya dalam kegiatan ber hukum:

*Argumentation plays an important role in the law. Someone who presents a legal thesis is expected to put forth arguments to support it. A lawyer who brings a case to court must justify his or her case with arguments. The judge who takes a decision is expected to support this decision with arguments. When a legislator introduces a bill in parliament, he is expected to support his proposal with reasons. Even legal scholars are expected to justify their opinions when presenting them to their colleagues. Everybody who advances a legal standpoint and wishes this standpoint to be accepted by others, will have to present justifying arguments.*²⁹

Fungsionalitas argumentasi dengan kegiatan ber hukum pada hakikatnya dipengaruhi oleh karakter hukum sendiri yang oleh Neil MacCormick digambarkan bersifat argumentatif (*the arguable character of law*). Menjelaskan tentang latar belakang sifat argumentatif hukum, MacCormick menyatakan:

Law is an argumentative discipline. Whatever question or problem is in our mind, if we pose it as a legal question or problem, we seek a solution or answer in term of a proposition that seems sound as a matter of law, at least arguably sound, though preferably conclusive. To check whether it is sound or genuinely arguable, or perhaps even conclusive, we think through the arguments that could

²⁷ Martin P. Golding, "Discovery and Justification in Science and Law" dalam Aleksander Peczenik, et.al. (editors), *Theory of Legal Science*, (Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1983), 303.

²⁸ Golding, "Discovery and Justification," 303.

²⁹ Eveline T. Feteris, *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, (Dordrecht: Springer, 1999), 1.

*be made for the proposed answer or solution. We can then test the arguments we have developed by constructing all the counter-arguments we can think of.*³⁰

Justifikasi atas putusan yang dipresentasikan melalui argumentasi hukum beroperasi dalam situasi persuasi: ada audiens yang harus diyakinkan melalui proses argumentatif. Neil MacCormick menegaskan: *“Those who work within such a system persuade precisely by convincing the relevant audience that there are reasons of overriding weight why x ought to be done ... Hence the essential notion is that giving (what are understood and presented as) good justifying reasons claims defences or decisions.”*³¹ Dalam proses persuasi, argumentasi (khususnya argumentasi hukum) memiliki tanggung jawab untuk meyakinkan audiens dengan sebaik-baiknya. Oleh karena itu, hakikat dari proses justifikasi itu sendiri adalah *“gives reasons for any statement appearing in a discourse.”*³²

Kegiatan ber hukum yang lebih spesifik seperti proses yudisial meletakkan justifikasi atas putusan yudisial sebagai isu sangat krusial berkenaan dengan tanggung jawab atau akuntabilitas hakim atas putusan yang dihasilkan. Pengertian tersebut ditegaskan oleh Mátyás Bencze dan Gar Yein Ng:

*By ‘justification’ of the legal decision, we mean a public presentation of different arguments which are designed to convince both the parties of the case and the public of the correctness and acceptability of a given decision made by a judge or a panel of judges. In other words, justification of a judgment involves presenting legitimate arguments that back the delivered decision.*³³

Dalam pengertian lebih spesifik Mátyás Bencze menegaskan bahwa justifikasi atas putusan yudisial berkorelasi dengan kebenaran dari putusan yudisial tersebut: *“It seems to be obvious that in order to assess the quality or correctness of a judicial decision we have to examine its written justification carefully. The simple reason for this is that in most legal systems the judge has an obligation to give a clear account of the reasons for her decision in the written justificatory part of the judgment.”*³⁴

Kebenaran dari putusan yudisial, dalam konteks justifikasi, adalah memadainya alasan untuk putusan yudisial tersebut. Tanpa pemberian alasan yang memadai sebagai

³⁰ Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), 14.

³¹ Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, (Oxford: Clarendon Press, 1978), 15.

³² Jerzy Wroblewski, “Paradigms of Justifying Legal Decisions” dalam Aleksander Peczenik, et.al. (editors), 256.

³³ Mátyás Bencze dan Gar Yein Ng, “Measuring the Unmeasurable?” dalam Mátyás Bencze dan Gar Yein Ng (editors), *How to Measure the Quality of Judicial Reasoning*, (Switzerland: Springer, 2018), 4. Pendapat senada dikemukakan Martin P. Golding dalam Aleksander Peczenik, et.al. (editors).

³⁴ Bencze, “Obstacles and Opportunities,” 89.

justifikasi putusan, maka yang dihadapi adalah putusan yang sewenang-wenang atau arbitrer: "*Justification may reduce the likelihood of arbitrary decision-making (providing justification, therefore, is a contribution to maintaining the rule of law). If any of the parties can read the written justification then the judge cannot make a decision which cannot be justified by rational (and mostly rule-based) arguments.*"³⁵ Dengan kewajiban memberikan justifikasi terhadap putusan maka adanya justifikasi atas putusan itu sendiri berfungsi memberikan kesempatan untuk memeriksa kebenaran dari putusan. Atas dasar itu Bencze menandatangani:

*justification serves as an opportunity to check the legal correctness of the decision. On the basis of the reasons, the parties can consider whether there is a need for an appeal, and the likelihood of success in appealing. For other judges justification can be a guideline when deciding similar cases in the future. In addition, ordinary citizens may also rely on justification if they want to know the consequences of their actions. From the perspective of the whole political community justification can provide an insight into the thinking processes of judges. The members of the community can check how judges consider the principles, values and policies which shape the life of the community.*³⁶

Dengan demikian, kontrol atas kebenaran dari putusan yudisial terletak pada justifikasinya (dalam hal ini *judicial reasoning* yang dalam posisi sebagai *ratio decidendi*³⁷). Sebagai implikasinya, kritik terhadap justifikasi putusan adalah salah satu cara untuk menanggapi kebenaran suatu putusan yudisial, termasuk "teori" yang mendasari pembuatan *judicial reasoning* putusan itu sendiri.

Lebih lanjut, Bencze dan Ng juga menjelaskan secara khusus latar belakang dari kewajiban hakim untuk memberikan justifikasi atas putusannya melalui praktik *judicial reasoning* sebagai tuntutan dari asas pengharapan yang sah (*legitimate expectation*) di mana terbit harapan, dalam suatu putusan yudisial, supaya "*the judge will ground the decision with legally correct and convincing reasons.*"³⁸ Lahirnya tuntutan tersebut berbanding lurus dengan perubahan dalam paradigma bernegara dari negara demokrasi modern, yaitu dari "*culture of authority*" ke arah "*culture of justification*". Hal itu dijelaskan oleh Moshe Cohen-Eliya dan Iddo Porat:

A culture of authority is based on the authority of government to exercise power. The legitimacy and legality of governmental action is derived from the fact that the actor is authorized to act. Public law, according to this conception, focuses on delimiting the borders of public action and on ensuring that decisions are

³⁵ Bencze, "Obstacles and Opportunities," 90.

³⁶ Bencze, "Obstacles and Opportunities," 90.

³⁷ Selain sebagai *ratio decidendi*, *judicial reasoning* juga dapat berfungsi sebagai *obiter dictum*.

³⁸ Mátyás Bencze dan Gar Yein Ng dalam Mátyás Bencze dan Gar Yein Ng (editors), 5.

made by those authorized to make them. In a culture of justification, on the other hand, the question of authority serves only as a starting point for the constitutional analysis, and the existence of authorization to act is a necessary but not a sufficient condition for legitimacy and legality. Rather, the crucial component in the legitimacy and legality of governmental action is that it is justified in terms of its 'cogency' and its capacity for 'persuasion,' that is, in terms of its rationality and reasonableness.³⁹

Isu selanjutnya adalah bagaimana menilai kebenaran dari *judicial reasoning* secara umum, dan *judicial reasoning* menggunakan pendekatan realisme secara khusus. Untuk poin pertama, tentang parameter untuk menilai kebenaran dari *judicial reasoning* yang memiliki fungsi sebagai *ratio decidendi* putusan secara umum, studi Teori Argumentasi Hukum memberikan batasan sebagai berikut:

The clarity of structure, the comprehensibility of language, the soundness of legal reasoning are features of the justification which meet the expectation of any reasonable person. These factors can (and should) be assessed independently of any appraisal on the substance of the judicial decision. This is the common ground in which makes sense to search for, or to develop objective (more exactly: intersubjective) standards to evaluate the quality of justifications.⁴⁰

Batasan di atas dapat diberlakukan sebagai “norma umum” dalam menilai kebenaran dari *judicial reasoning* sebagai *ratio decidendi* putusan, tetapi belum menjawab isu yang lebih spesifik yaitu bagaimana jika *judicial reasoning* tersebut menerapkan pendekatan realisme. Berdasarkan latar belakang kontekstual tentang teori realisme sebagai teori adjudikasi yang lebih memfokuskan diri pada penggunaan argumen faktual dalam *judicial reasoning* sebagai *ratio decidendi* putusan,⁴¹ tentu isu mengenai teori kebenarannya harus lebih spesifik.

Teori kebenaran paling tepat untuk pendekatan realisme adalah teori korespondensi. Pengujian kebenaran berdasarkan teori korespondensi ditujukan pada pertanyaan apakah argumen faktual mampu berkorespondensi dengan fakta atau kenyataan sehingga argumen tersebut adalah argumen yang mengandung kebenaran. Teknik demikian bersaranakan pengamatan inderawi.⁴² Catatan kritis atas kasus *Brown v. Board of Education* (1954), khususnya *footnote* 11 putusan, akan didiskusikan secara spesifik sebagai ilustrasi tentang bagaimana kebenaran dari *judicial reasoning* yang dibangun menggunakan pendekatan realisme dapat dievaluasi sehingga teknik demikian

³⁹ Seperti dikutip dalam Bencze, “Obstacles and Opportunities,” 5.

⁴⁰ Bencze, “Obstacles and Opportunities,” 5.

⁴¹ Secara umum lihat kembali *supra* Sub-judul Pembahasan A.

⁴² Bruggink, *Refleksi tentang Hukum*, 25.

juga dapat diterapkan ketika memberikan anotasi terhadap Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 yang akan dibahas pada Sub-judul selanjutnya.

Isu hukum kasus *Brown* adalah konstitusionalitas kebijakan segregasi rasial pada sekolah publik berdasarkan *equal protection clause*, Amandemen XIV Konstitusi Amerika Serikat. Mahkamah Agung Amerika Serikat menggunakan pendekatan realisme dalam putusannya dengan jalan menggunakan produk penelitian sosial, dalam hal ini Psikologi, sebagai teknik interpretif terhadap Amandemen XIV. Kebijakan segregasi rasial dinyatakan inkonstitusional, bertentangan dengan Amandemen XIV, dengan justifikasi "*the psychological harm to black children caused by state-initiated segregation*," meskipun dalam penyelenggaraan pendidikannya sendiri kebijakan segregasi itu tetap didasarkan asas persamaan – *separate but equal*.⁴³

Untuk spesifiknya, *judicial reasoning* Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam kasus *Brown* menyatakan: "*To separate them [schoolchildren] from others of similar age and qualifications solely because of their race generates a feeling of inferiority as to their status in the community that may affect their hearts and minds in a way of unlikely ever to be undone.*"⁴⁴ Sebagai justifikasi untuk inkonstitusionalitas kebijakan segregasi rasial pada sekolah publik, pernyataan di atas bukan argumen normatif, tetapi argumen faktual. Pernyataan tersebut merujuk beberapa penelitian sosial, salah satunya oleh Kenneth Clark, dan ditempatkan dalam *footnote* 11 putusan.⁴⁵ Menggambarkan kontribusi penelitian Clark dalam kasus *Brown*, Michael Heise menyatakan:

*The particular study by Dr. Clark that the Brown opinion cites involved asking a small number of African-American schoolchildren to select among an assortment of white and black dolls. When the African-American schoolchildren identified the white dolls as "nicer", Dr. Clark concluded that the children lacked adequate self-esteem. Both Dr. Clark and the Court identified state-sponsored school segregation as the cause of the inadequate self-esteem (the psychological harm).*⁴⁶

Heise merangkum, dalam perkembangannya, keterandalan hasil penelitian Clark banyak dipertanyakan, dalam hal ini validitas kesimpulannya bahwa anak-anak Afro-Amerika mengalami inferioritas yang ditunjukkan oleh pilihannya atas boneka warna putih yang dianggap lebih baik dibandingkan dengan boneka warna hitam.

⁴³ John Minor Wisdom, "Random Remarks on the Role of Social Science in the Judicial Decision-Making Process in School Desegregation Cases," *Law and Contemporary Problems*, Volume 39, Nomor 1, (1975): 142; Steven Siegel, "Race, Education, and the Equal Protection Clause in the 1990s: The Meaning of *Brown v. Board of Education* Re-Examined in Light of Milwaukee's School of African-American Immersion" *Marquette Law Review*, Volume 74, Nomor 3, (1991): 503-504.

⁴⁴ Michael Heise, "*Brown v. Board of Education*, Footnote 11, and Multidisciplinarity," *Cornell Law Review*, Volume 90, Nomor 2, (2005): 293.

⁴⁵ Heise, "*Brown v. Board*," 293.

⁴⁶ Heise, "*Brown v. Board*," 293-294.

Pertanyaan-pertanyaan itu meliputi: sampelnya yang kecil, metodologinya yang primitif bahkan dibandingkan dengan standar penelitian sosial tahun 1950-an, serta validitas kesimpulannya yang bersifat kausalitas antara kebijakan segregasi dengan kerugian yang dialami oleh penggugat (bahwa anak-anak Afro-Amerika mengalami kerugian psikologis yaitu perasaan inferioritas – dibandingkan dengan anak-anak kulit putih).⁴⁷ Kritik tersebut pada akhirnya berimplikasi pada kebenaran dari *judicial opinion* kasus *Brown* sendiri secara umum, dan keabsahan penggunaan Ilmu Sosial sebagai dasar putusan secara khusus.⁴⁸

Sebagai catatan, isu utama dari penggunaan argumen faktual dalam hukum sebenarnya merupakan isu epistemologis klasik yang sudah disoal oleh Immanuel Kant dan David Hume.⁴⁹ Lord Lloyd of Hamstead dan M.D.A. Freeman dengan tepat menyatakan: “*a normative statement could not be inferred from a purely factual one.*”⁵⁰ Hal ini merupakan prinsip epistemologis dasar dari Ilmu Hukum (Filsafat Ilmu dari Ilmu Hukum) yang ditolak oleh realisme. Lord Lloyd of Hamstead dan M.D.A. Freeman menambahkan:

*Hence normative rules must be carefully distinguished from physical laws, which state causal connections. The latter are subject to verification, that is, they can be true or false; but the notion of truth or falsity is inapplicable to normative rules. Such rules simply state what should or “ought to” happen. This is the distinction made by Kant between sein (being) and sollen (ought) which is so emphatically brought out by Kelsen, and which tended to be obscured or even rejected in the early writings of the so-called Realists.*⁵¹

Dengan menggunakan argumen faktual maka putusan kasus *Brown* dapat diverifikasi benar/salahnya argumen faktual (segregasi rasial berdampak menimbulkan inferioritas pada anak-anak Afro-Amerika) yang digunakan, dalam hal ini apakah sesuai dengan kenyataan atau tidak. Isu serupa saat ini menghantui Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013: apakah argumen faktual penguatan sistem presidensial untuk menjustifikasi pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak sesuai kenyataan atau tidak dikaitkan dengan hasil pemilu serentak 2019?

⁴⁷ Heise, “*Brown v. Board*,” 294-295.

⁴⁸ Heise, “*Brown v. Board*,” 295.

⁴⁹ Secara umum lihat Szymon Osmola dan Wojciech Zaluski, “‘Is’ and ‘Ought’ in Hume’s and Kant’s Philosophy” dalam Mortimer Sellers dan Stephan Kirste (editors), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, (Switzerland: Springer, 2017), 1-7.

⁵⁰ Lord Lloyd of Hamstead dan M.D.A. Freeman, *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, (London: English Language Book Society/Stevens, 1985), 14.

⁵¹ Lloyd, *Lloyd’s Introduction to Jurisprudence*, Sebagai catatan, walau kutipan di atas menyinggung nama Hans Kelsen, proposisi ini tidak hanya berlaku di lingkungan mazhab *legal positivism*. Tetapi yang prinsip, proposisi ini ditolak oleh *legal realism*.

3. Anotasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 14/PUU-XI/2013

Sebelum anotasi spesifik dengan fokus kritik atas penggunaan pendekatan realisme dalam Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 dilakukan, pertanyaan yang harus terlebih dahulu dijawab sehingga anotasi ini dapat tepat sasaran adalah: Apakah Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 menerapkan pendekatan realisme dalam *judicial reasoning*-nya yang berkualifikasi sebagai *ratio decidendi*?⁵² Sinyal bahwa MK menerapkan pendekatan realisme nampak dalam *judicial reasoning*-nya yang bersifat konsekuensial. *Judicial reasoning* tersebut menyatakan:

*Menurut Mahkamah, praktik ketatanegaraan hingga saat ini, dengan pelaksanaan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan ternyata dalam perkembangannya tidak mampu menjadi alat transformasi perubahan sosial ke arah yang dikehendaki. Hasil dari pelaksanaan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan tidak juga memperkuat sistem presidensial yang hendak dibangun berdasarkan konstitusi. Mekanisme saling mengawasi dan mengimbangi (checks and balances), terutama antara DPR dan Presiden tidak berjalan dengan baik ... Berdasarkan pengalaman praktik ketatanegaraan tersebut, pelaksanaan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan tidak memberi penguatan atas sistem pemerintahan yang dikehendaki oleh konstitusi.*⁵³

Jika diberikan interpretasi maka *judicial reasoning* tersebut mengandung beberapa makna tersirat. Pertama, dasar pendirian MK adalah penguatan sistem presidensial. Kedua, penguatan sistem presidensial tidak berhasil dengan mekanisme penyelenggaraan pemilu yang lama di mana pemilu presiden dilaksanakan setelah pemilu legislatif. Ketiga, *a fortiori*, pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak adalah solusi MK untuk penguatan sistem presidensial di Indonesia, sehingga jelas bahwa argumen ini bersifat konsekuensial. Keempat, walau tidak eksplisit, *inarticulate major premise* dari *judicial reasoning* di atas adalah penerimaan secara implisit dalil Pemohon tentang efek penyederhanaan partai politik melalui pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak yang biasa dikenal dalam literatur Ilmu Politik sebagai teori efek ekor jas (*Presidential Coattail Effect*). Untuk lebih presisi, dalil Pemohon tentang teori efek ekor jas tersebut adalah:

⁵² Untuk pengingat, dasar pengujian yang sebenarnya dalam pengujian UU Pilpres adalah Pasal 22E ayat (1) dan (2) UUD 1945, tetapi ini hanya formalitas belaka karena elaborasinya tidak mendalam sebagai justifikasi inkonstitusionalitas pemilu presiden setelah pemilu legislatif. Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, 25-28 dan 83-84. Sebaliknya, fokus dari *judicial reasoning* adalah argumen pendukung, yaitu penguatan sistem presidensial, supaya inkonstitusionalitas pemilu presiden setelah pemilu legislatif dapat dijustifikasi berdasarkan Pasal 22E ayat (1) dan (2) UUD 1945. Lloyd, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 78-81.

⁵³ Lloyd, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 81.

*setelah memilih calon presiden, pemilih cenderung memilih partai politik atau koalisi partai politik yang mencalonkan presiden yang dipilihnya ... Pemilu serentak mulai diterapkan di Brasil sejak awal 1994 dan berhasil menstabilkan dan mengefektifkan pemerintahan, sehingga dalam kurun 15 tahun kemudian, Brasil menjadi kekuatan ekonomi dunia. Sukses Brasil kemudian diikuti oleh negara-negara lain di kawasan itu, sehingga Pemilu Serentak berhasil mematahkan tesis Scot Mainwaring (1993), bahwa sistem pemerintahan presidensial tidak kompatibel dengan sistem multipartai dengan pemilu proporsionalnya. Penelitian Stoll (2011 & 2013. *Presidential Coattails: A Closer Look*. Presentasi pada National Conference of the Midwest Political Science Association & Southern California Political Institutions Conference) memperlihatkan hasil studi pada banyak negara dan menemukan bahwa semakin serentak Pemilu Presiden dan Pemilu Anggota Legislatif, semakin dapat dipetik manfaat konsolidasi baik untuk Sistem Kepartaian di Parlemen maupun Sistem Kepartaian Kepresidenan.⁵⁴*

Walau MK tidak eksplisit menyatakan bahwa justifikasi untuk pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak adalah timbulnya efek ekor jas sebagai bentuk rekayasa untuk penyederhanaan partai politik, akan tetapi sulit dihindari bahwa dasar pendirian MK tersebut adalah konsekuensi yang dapat timbul manakala pemilu legislatif dan pemilu presiden dilaksanakan secara serentak. Dalil Pemohon secara eksplisit “menjanjikan” bahwa akan terjadi penyederhanaan partai politik, sebagai dasar untuk penguatan sistem presidensial, dengan pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak. Patut diduga MK “tergiur” dengan spekulasi teoretis tersebut karena alasan lain untuk penguatan sistem presidensial tidak nampak selain faktor penyederhanaan partai politik sebagai konsekuensi jika pemilu legislatif dan pemilu presiden dilaksanakan secara serentak. Dengan demikian dapat diinterpretasi di sini bahwa walau penguatan sistem presidensial sendiri memiliki banyak versi, tetapi versi paling mendekati dengan memperhatikan dalil Pemohon dan *judicial reasoning* MK sendiri adalah persetujuan MK terhadap dalil Pemohon terkait dengan efek ekor jas dari pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak. Atas dasar itu, sesuai pemahaman teoretis tentang pendekatan realisme yang telah didiskusikan sebelumnya, kesimpulan bahwa Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 menerapkan pendekatan realisme terjustifikasi dari hasil analisis teoretis terhadap substansi *judicial reasoning* MK tersebut.

Dengan demikian, diskusi selanjutnya akan ditujukan untuk memberikan anotasi secara spesifik atas pendekatan realisme dalam Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013. Untuk lebih jelasnya, fokus dari anotasi adalah menanggapi argumen faktual MK dalam menjustifikasi putusannya terkait dengan penyelenggaraan pemilu presiden setelah pemilu legislatif yang inkonstitusional seperti telah dikutip di atas. Telah

⁵⁴ Lloyd, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, 8-9.

dijelaskan pula, sebagai argumen faktual, *judicial reasoning* MK tersebut bersifat konsekuensial, ciri utama dari argumen yang biasa digunakan oleh pendekatan realisme. Jika direkonstruksi, rumusan dari “premis mayor” MK yang tidak terartikulasi kurang-lebihnya adalah: “jika pemilu legislatif dan pemilu presiden dilaksanakan secara serentak maka konsekuensi yang akan diperoleh adalah penyederhanaan partai politik yang dikenal dengan teori efek ekor jas.”

Mengingat bahwa Indonesia pada akhirnya memiliki “pengalaman” dalam melaksanakan pemilu legislatif dan pemilu presiden secara serentak pada tahun 2019 lalu maka sangat logis jika pengalaman tersebut digunakan untuk memverifikasi kebenaran dari *ratio decidendi* MK. Dengan demikian poin dari catatan kritis tersebut adalah apakah hasil pemilu serentak 2019 tersebut sejalan dengan ekspektasi MK (dalam hal ini berdampak untuk terjadinya penguatan sistem presidensial). Jika dijabarkan lebih lanjut, penguatan sistem presidensial melalui pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak pada hakikatnya berkaitan dengan dua hal. Pertama, penyederhanaan partai politiknya itu sendiri – yang terbukti tidak terjadi. Hal ini mengacu pada data hasil pemilu legislatif 2019 di mana jumlah partai politik yang hadir di parlemen hanya berkurang satu jika dibandingkan dengan hasil pemilu legislatif sebelumnya.⁵⁵ Kedua, keleluasaan presiden terpilih dalam memerintah apakah sudah mencerminkan “gaya presidensial” ataukah tidak, khususnya terkait dengan pembentukan koalisi politik.

Dengan demikian, sesuai sinyal di atas, di mana sebenarnya letak kesalahan penerapan pendekatan realisme dalam Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013? Putusan normatif (misalnya kesimpulan konstitusionalitas suatu ketentuan undang-undang) sangat riskan jika, sebagai dasar dari putusan tersebut, justifikasinya masih bergantung pada apa yang akan terjadi, bukan apa yang harus terjadi.⁵⁶ Dengan berpegang pada dalil penguatan sistem presidensial melalui pemilu serentak maka sejatinya MK tidak bertindak layaknya badan yudisial yang putusannya final karena finalitas dari putusan MK tersebut masih bergantung pada “eksekusinya”, dalam hal ini “putusan” dari para pemilih ketika menggunakan hak pilihnya.⁵⁷ Ketika putusan dari para pemilih sesuai

⁵⁵ Lihat kembali *supra* catatan kaki nomor 8. Meskipun tidak berdampak signifikan terhadap penyederhanaan partai politiknya sendiri, partai politik tertentu memang memperoleh manfaat positif dari efek ekor jas ini dengan memperoleh penambahan jumlah kursi yang cukup berarti dibandingkan dengan pemilu sebelumnya. PDI Perjuangan mencatatkan penambahan 19 kursi, sedangkan Partai Gerindra memperoleh tambahan 5 kursi.

⁵⁶ Lihat kembali *supra* Sub-judul Pembahasan B.

⁵⁷ Kuskridho Ambardi memberikan catatan menarik terkait dengan perilaku pemilih yang diharapkan bertindak rasional dengan pemilu serentak. Tidak terjadinya efek ini menurut Ambardi karena tidak mengantisipasi aspek beban kognitif dari pemilih ketika harus berhadapan dengan lima lembar surat suara. Kuskridho Ambardi dalam Eko Agus Wibisono (editor), Ambardi, “Rekayasa Pemilu,” 124-126.

dengan putusan MK (sehingga berdampak penyederhanaan partai politik) maka putusan MK terverifikasi sebagai benar. Tetapi jika sebaliknya, maka putusan MK tersebut tidak benar. Patut disayangkan eksperimen MK tersebut gagal. Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 ternyata tidak berkorespondensi dengan kecenderungan keputusan pemilih untuk mengikuti teori efek ekor jas seperti pengalaman negara lain yang mempraktikkan pemilu serentak (untuk “naif”-nya penyederhanaan partai politik tersebut masih mungkin terjadi pada pemilu-pemilu yang akan datang). Dengan putusan tersebut MK telah mengambil resiko terlalu berani, untuk tidak mengatakannya sebuah perjudian, bahwa sesungguhnya pemilu serentak dapat berefek penguatan sistem presidensial, tetapi juga dapat sebaliknya. Resiko yang diambil oleh MK pada satu sisi patut dihargai sebagai bentuk “kejengkelan” terhadap praktik politik yang terjadi.⁵⁸ Tetapi pengambilan resiko tersebut menjadi tidak terkendali karena MK sejatinya tidak memiliki kemampuan untuk dapat “mengontrol” para pemilih (supaya memilih dengan preferensi seperti digambarkan oleh teori efek ekor jas) sehingga misi penyederhanaan partai politik untuk penguatan sistem presidensial melalui pemilu serentak dapat terjadi: inilah kelemahan dari kesimpulan hukum yang seharusnya normatif, tetapi didasarkan pada argumen faktual sebagai justifikasinya.

Berdasarkan kritik tersebut maka artikel ini selanjutnya akan masuk pada fase memberikan preskripsi terkait dengan penerapan pendekatan realisme dalam adjudikasi. Dengan memperhatikan plus-minus pendekatan realisme, dan sekaligus belajar langsung dari pengalaman Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, maka batasan untuk diperhatikan dalam penerapan pendekatan realisme adalah sebagai berikut. Pertama, teori korespondensi sebagai teori kebenaran untuk pendekatan realisme. Kebenaran dari *judicial reasoning* yang dibangun sesuai pendekatan realisme adalah kesesuaiannya dengan fakta. Karena menggunakan argumen faktual, maka argumen tersebut harus sesuai kenyataan. Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 menunjukkan bahwa setelah pemilu serentak terselenggara pada 2019 maka terbukti bahwa argumen faktual MK tersebut *counter-factual* atau tidak sesuai dengan fakta sehingga dapat disimpulkan putusan tersebut “salah” (*fallible*) dari perspektif teori korespondensi. Oleh sebab itu, penerapan pendekatan realisme ini perlu kehati-hatian, terutama jika “fakta” sebagai argumen masih bersifat hipotetis (misalnya pengalaman Brasil dan negara-negara yang melaksanakan pemilu serentak), “fakta” tersebut belum tentu menjadi kenyataan ketika diterapkan di tempat lain (misalnya diterapkan untuk Indonesia).

⁵⁸ Terwakili dalam pernyataan MK: “Menurut Mahkamah, praktik ketatanegaraan hingga saat ini, dengan pelaksanaan Pilpres setelah Pemilu Anggota Lembaga Perwakilan ternyata dalam perkembangannya tidak mampu menjadi alat transformasi perubahan sosial ke arah yang dikehendaki.” Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, 81.

Hal itu terbukti dari hasil pemilu serentak 2019: penyederhanaan partai politik masih tetap tidak terjadi dan keleluasaan presiden terpilih dalam memerintah, khususnya terkait dengan pembentukan koalisi politik, masih sama saja.

Peran MK dalam melakukan “terobosan” penting untuk menanggapi kebekuan, seperti stagnasi dalam penguatan sistem presidensial, memang layak dihargai.⁵⁹ Tetapi peran demikian dapat berdampak menurunkan kredibilitasnya jika di kemudian hari justifikasinya terbukti tidak benar. Atas dasar itu, kesulitan mengontrol resiko dalam penerapan pendekatan realisme seyogianya menjadi disinsentif untuk penerapannya.⁶⁰ Praktik yudisial yang telah mapan pada hakikatnya memiliki solusi yang dikenal dengan pendekatan *judicial self-restraint* untuk situasi di mana isu konstitusionalitas undang-undang penuh keragu-raguan.⁶¹ *Dissenting opinion* Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 telah dengan bijak mengingatkan pentingnya kehati-hatian dalam isu konstitusionalitas UU Pilpres terkait dengan pengaturan penyelenggaraan pemilu presiden setelah pemilu legislatif. Hakim Konstitusi Maria Farida Indrati menyatakan dalam *dissenting opinion*-nya:

Pelimpahan kewenangan secara delegatif (delegatie van wetgevingsbevoegheid) kepada pembentuk Undang-Undang untuk mengatur tata cara pelaksanaan Pilpres, serta ketentuan lebih lanjut mengenai pemilihan umum memang perlu dilaksanakan karena terdapat hal-hal yang tidak dapat dirumuskan secara langsung oleh UUD 1945 karena sifatnya yang mudah berubah atau bersifat terlalu teknis. Selain itu, merupakan suatu kebiasaan bahwa ketentuan dalam suatu UUD adalah sebagai aturan dasar yang masih bersifat umum sehingga pengaturan yang bersifat prosedural dan teknis dilaksanakan dengan pembentukan Undang-Undang;

⁵⁹ Tentang peran yudisial yang ideal secara umum lihat Aharon Barak, “The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy,” *Harvard Law Review*, Volume 116, Nomor 1, (2002): 28-46.

⁶⁰ Hal ini nampak dari pendapat Kuskridho Ambardi dalam menelaah Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 yang menunjukkan bahwa argumen kausalitas dari pemilu legislatif dan pemilu presiden serentak dalam mengubah perilaku politik pemilih dan elit politik sangat sulit, dan dikaitkan dengan itu, sebagaimana fakta membuktikannya, justifikasi MK yang mendukung dalil Pemohon terbukti meleset. Kuskridho Ambardi dalam Eko Agus Wibisono (editor), Ambardi, “Rekayasa Pemilu,” 120-134.

⁶¹ Pendekatan *judicial self-restraint* sesungguhnya sudah menjadi praktik reguler biasa di lingkungan MK dengan mengakui bahwa pembentuk undang-undang memiliki “diskresi”, yaitu kebijakan legislatif terbuka. Titon Slamet Kurnia, “Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang,” *Jurnal Konstitusi*, Volume 13, Nomor 2, (2016): 267-268. Dalam Teori Konstitusi yang lebih umum, pendekatan demikian dapat dikaitkan dengan pendapat yuris konstitusional terkemuka Amerika Serikat yaitu James Bradley Thayer yang mengemukakan doktrin *the rule of clear mistake* yang mengakui bahwa pembentuk undang-undang memiliki “*a range of choice and judgment*” yang diberikan oleh konstitusi sehingga hal itu menjadi batasan bagi badan yudisial ketika menyatakan undang-undang inkonstitusional. Dengan demikian, hanya kesalahan sangat jelas dari undang-undang yang memberikan sinyal untuk badan yudisial menyatakan undang-undang tersebut inkonstitusional. Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, (New Haven-Connecticut: Yale University Press, 1986), 35-36.

Terkait dengan hal tersebut, saya konsisten dengan pendapat Mahkamah dalam Putusan Nomor 51-52-59/PUU-VI/2008, bertanggal 18 Februari 2009 yang menyatakan, "Mahkamah dalam fungsinya sebagai pengawal konstitusi tidak mungkin membatalkan Undang-Undang atau sebagian isinya, jikalau norma tersebut merupakan delegasi kewenangan terbuka yang dapat ditentukan sebagai legal policy oleh pembentuk Undang-Undang. Meskipun seandainya isi suatu Undang-Undang dinilai buruk, seperti halnya ketentuan presidential threshold dan pemisahan jadwal Pemilu dalam perkara a quo, Mahkamah tetap tidak dapat membatalkannya, sebab yang dinilai buruk tidak selalu berarti inkonstitusional, kecuali kalau produk legal policy tersebut jelas-jelas melanggar moralitas, rasionalitas dan ketidakadilan yang intolerable. Pandangan hukum yang demikian sejalan dengan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 010/PUU-III/2005 bertanggal 31 Mei 2005 yang menyatakan sepanjang pilihan kebijakan tidak merupakan hal yang melampaui kewenangan pembentuk Undang-Undang, tidak merupakan penyalahgunaan kewenangan, serta tidak nyata-nyata bertentangan dengan UUD 1945, maka pilihan kebijakan demikian tidak dapat dibatalkan Mahkamah."⁶²

Penerapan pendekatan realisme, karena berbasis "konsekuensi", harus diimbangi dengan daya prediksi jauh ke depan (visioner) karena *judicial reasoning* tersebut menekankan pada dampak yang diharapkan; atau sebaliknya, seperti kasus *Brown*, menghilangkan dampak yang tidak diinginkan (inferioritas yang dialami anak-anak Afro-Amerika).⁶³ Kesalahan dalam kasus *Brown* adalah kesalahan di bagian hulu, menghilangkan dampak yang tidak diinginkan, padahal, di kemudian hari terbukti sebaliknya, dampak tersebut diragukan kebenarannya.⁶⁴ Sementara dalam Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, dampak tersebut masih berupa harapan. Ketika dampak yang diharapkan tidak terjadi maka hal ini menjadi kesalahan di bagian hilir dengan resiko kesalahan lebih besar ketimbang kasus *Brown*. Pada kasus *Brown* terbukti bahwa pendirian realisme *the Supreme Court of the United States* salah, walaupun putusannya sendiri, yang mengakhiri praktik segregasi rasial di sekolah publik, sangat baik. Sementara pada Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, penguatan sistem presidensial melalui pemilu serentak tersebut masih bersifat hipotetis dan pada akhirnya teori efek ekor jasad tidak terverifikasi keberlakuannya di Indonesia sesuai hasil pemilu serentak 2019. Oleh karena itu, preskripsi kedua untuk sikap kritis terhadap penggunaan pendekatan realisme adalah justifikasi atas putusan yudisial seyogianya tidak didasarkan pada sesuatu yang masih akan terjadi. Justifikasi putusan yudisial seyogianya pasti, normatif, berdasarkan apa yang seharusnya, bukan pula berdasarkan

⁶² Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, 91-92.

⁶³ William J. Rich, "Betrayal of the Children with Dolls: The Broken Promise of Constitutional Protection for Victims of Race Discrimination," *Cornell Law Review*, Volume 90, Nomor 2, (2005): 419-421.

⁶⁴ Lihat kembali *supra* Sub-judul Pembahasan B.

apa yang terjadi karena penilaian terhadap apa yang terjadi sangat mungkin juga salah, dalam hal ini tidak sesuai kenyataan seperti dikehendaki oleh teori korespondensi.⁶⁵

Dengan demikian, poin penting untuk diperhatikan dalam kritik terhadap Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 secara umum adalah isu lebih substansial terkait dengan legitimasi badan yudisial. Legitimasi badan yudisial, dari sudut pandang awam, ditentukan oleh kinerja yudisialnya, dalam hal ini, lebih spesifik lagi, *judicial reasoning* untuk menjustifikasi putusan (*ratio decidendi*). Tentang konsepsi legitimasi tersebut Jack M. Balkin menjelaskan:

When people speak of "legitimacy" – not in a rigorously philosophical sense but in an everyday sense of the word – they are often referring to basic questions of trust and confidence in public officials: Do people believe that public officials are honest and trustworthy, and do they have confidence that public officials will act in the public interest and not for purely partisan or selfish reasons? These forms of legitimacy are crucial to the courts because the courts rely so heavily on the appearance of fairness and reasonableness ... the question of the Court's legitimacy concerns whether people will continue to have faith in the Court as a fairminded arbiter of constitutional questions, whether they trust the Court, whether they have confidence in its decisions, and whether they believe its decisions are principled and above mere partisan politics.⁶⁶

Hasil anotasi Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 di atas, jika dikaitkan dengan pendapat Balkin, menunjukkan sinyal buruk untuk legitimasi MK. Jika demikian maka isu selanjutnya, menutup artikel ini, apakah solusi institusionalnya?

Menanggapi isu tersebut, solusi yang ingin diusulkan adalah perlunya meninjau ulang, melalui agenda perubahan konstitusi, finalitas putusan MK dengan solusi konkretnya adalah model peradilan konstitusional Kanada berdasarkan Pasal 33 *the Canadian Charter of Rights and Freedoms* yang dikenal dengan konsep *notwithstanding mechanism*. Dalam model peradilan konstitusional Kanada, pembentuk undang-undang diberi kesempatan untuk melakukan *legislative override* jika tidak setuju dengan putusan pengujian yudisial yang membatalkan undang-undangnya.⁶⁷ Latar belakang dari solusi ini adalah kesadaran bahwa mekanisme pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang yang tidak mungkin sempurna⁶⁸ – dan Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 jelas memenuhi konteks tersebut.

⁶⁵ Lihat kembali *supra* Sub-judul Pembahasan B.

⁶⁶ Jack M. Balkin, "Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics," *Yale Law Journal*, Volume 110, Nomor 8, (2001): 1451-1452.

⁶⁷ Kahana, *The Partnership Model*, 1-3.

⁶⁸ Kahana, *The Partnership Model*, 273.

Secara teoretis, model pengujian yudisial konstitusionalitas undang-undang Kanada dikenal yang dengan konsep “*judicial review with legislative finality*” pada hakikatnya merupakan model pengujian yudisial yang berbeda dari arus utama yang menekankan pada *judicial finality*. Dalam pemahaman yang sederhana konsepsi dari mekanisme tersebut digambarkan Tsvi Kahana: “*the legislature has acquired the ability to strike down judicial decisions the same way courts can strike down legislation.*”⁶⁹ Bagian terpenting untuk dipertimbangkan dari studi yang dilakukan Kahana tentang model peradilan konstitusional Kanada ini adalah dasar teoretisnya. Kahana memilah – dan mendiskusikan – dua teori besar di balik mekanisme tersebut. Pertama, teori yang pandangannya pesimis (*judicial error*) dan teori yang pandangannya optimis (*partnership*).⁷⁰

Untuk teori yang pandangannya pesimis Kahana menguraikan: “*The pessimistic view focuses on fallibility, i.e. on the fact that courts can err.*” Atas dasar itu, alasan mengapa model Kanada meletakkan finalitas isu konstitusionalitas undang-undang yang diuji secara yudisial ada pada pembentuk undang-undang karena kepercayaan: “*judicial review is there to ‘lift up’ the legislature when it falls, and that the notwithstanding mechanism is there to ‘lift up’ the court when it falls.*”⁷¹ Sebaliknya, untuk teori yang pandangannya optimis Kahana menjelaskan: “*While acknowledging that both courts and legislatures are capable of falling, it chooses to focus on their cooperation.*”⁷² Lebih lanjut, menjelaskan tentang kerja sama antara pembentuk undang-undang dan badan yudisial, Kahana menyatakan: “*The partnership approach solves this problem by holding that the real purpose of judicial review is not supervision but deliberation and that this purpose is not inconsistent with support for legislative finality.*”⁷³

Dalam mengusulkan model peradilan konstitusional Kanada sebagai solusi untuk model peradilan konstitusional yang saat ini berlaku di Indonesia, artikel ini tidak secara spesifik memihak salah satu dari dua teori tersebut sebagai justifikasi untuk reposisi MK. Sebagai catatan, walau tanpa otorisasi konstitusi, pembentuk undang-undang sejatinya pernah mempraktikkan *legislative override* yang sedikit menyerupai model Kanada, tetapi praktik tersebut berakhir dengan pengujian oleh MK. Praktik dimaksud adalah terkait dengan kewajiban pemerintah mengalokasikan anggaran pendidikan sebesar 20% dalam APBN berdasarkan Pasal 31 Ayat (4) UUD 1945.⁷⁴

⁶⁹ Kahana, *The Partnership Model*, 5.

⁷⁰ Kahana, *The Partnership Model*, 273.

⁷¹ Kahana, *The Partnership Model*.

⁷² Kahana, *The Partnership Model*.

⁷³ Kahana, *The Partnership Model*, 274.

⁷⁴ Titon Slamet Kurnia, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008*, (Bandung: Penerbit CV. Mandar Maju, 2015), 111.

Lepas dari itu, model peradilan konstitusional Kanada ini ideal karena mengandung *virtue*, baik teori yang pesimis maupun teori yang optimis: “*Since any person is capable of falling, we are better off together.*”⁷⁵ Tinggal apakah pendekatan tersebut akan dijustifikasi menurut teori *judicial error*; atau yang nadanya lebih positif yaitu dijustifikasi menurut teori *partnership*. Catatan ini sekaligus untuk mengingatkan bahwa perdebatan teoretis dalam konstitusionalisasi MK melalui Perubahan Ketiga Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 memang sangat tidak memadai, sehingga perspektif teoretis tentang model peradilan konstitusional tidak sampai mendiskusikan alternatif kelembagaan seperti model Kanada.⁷⁶

C. PENUTUP

Teori realisme sebagai teori adjudikasi menggariskan batasan tentang *judicial reasoning* putusan yaitu penggunaan argumen faktual dan konsekuensial. Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 memenuhi batasan tersebut sehingga dapat disimpulkan bahwa MK menggunakan pendekatan realisme dalam pengujian UU Pilpres. Karena basis argumentasinya menggunakan argumen faktual dan konsekuensial maka penilaian kebenaran pendekatan realisme tunduk pada teori korespondensi di mana *judicial reasoning* tersebut dapat menjadi objek “verifikasi faktual” dan dinyatakan benar (*true*) atau salah (*false*) melalui proses tersebut.

Dalam menelaah penggunaan pendekatan realisme dalam Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013, prosesnya adalah melakukan verifikasi *judicial reasoning* MK dengan hasil pemilu serentak 2019 karena putusan tersebut dijustifikasi MK dengan “harapan” penguatan sistem presidensial melalui, salah satu faktor utamanya, penyederhanaan partai politik yang dikenal dengan efek ekor jas. MK kurang cermat dalam mempertimbangkan aspek falibilitas (*fallibility*) *judicial reasoning*-nya yang didasarkan pada pendekatan realisme yang dapat “dinyatakan salah” karena tidak faktual (tidak sesuai kenyataan). Argumen penyederhanaan partai politik sebagai efek pemilu serentak sendiri sejatinya bersifat probabilitas yang bergantung pada keputusan pemilih yang berada di luar jangkauan MK. Dalam posisi demikian tanpa sadar MK justru masuk ke dalam situasi bahwa di kemudian hari, ketika pemilu serentak dilaksanakan, hasil pemilu tersebut dapat digunakan untuk “menghakimi” benar atau salah *judicial reasoning*-nya. Untuk tidak mengecilkan ikhtiar MK, mungkin

⁷⁵ Kahana, *The Partnership Model*, 273.

⁷⁶ Lihat secara umum Tim Penyusun, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002: Buku VI Kekuasaan Kehakiman*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010).

terlalu cepat menilai dampak pemilu serentak terhadap penyederhanaan partai politik ini hanya berdasarkan hasil pemilu 2019. Pemilu-pemilu yang akan datang, sepanjang masih dalam format pemilu serentak, tetap relevan sebagai tolok ukur kebenaran *judicial reasoning* MK. Tetapi di sinilah letak problematik teori realisme sebagai teori ajudikasi seperti diterapkan MK: kebenarannya masih bersifat hipotetis dan harus diverifikasi faktual oleh hasil pemilunya itu sendiri – apakah berdampak penyederhanaan partai politik atau tidak.

Persoalan tentang falibilitas ini pada hakikatnya sangat berbeda dengan situasi kontroversial yang biasa dihadapi terkait dengan putusan yudisial karena perbedaan argumen yang sifatnya normatif seperti: “setuju pidana mati karena keyakinan bahwa negara memiliki otoritas itu dengan tidak setuju pidana mati karena pidana tersebut tidak manusiawi.” Falibilitas, sehingga *judicial reasoning* dapat dinyatakan benar atau salah sesuai kenyataan yang ada, adalah kelemahan paling mendasar dari pendekatan realisme. Oleh karena itu, “ketangguhan” dari pendekatan realisme sangat bergantung pada daya antisipasinya supaya *judicial reasoning* putusan mampu bertahan melewati kerasnya proses verifikasi faktual secara *ex post*. Patut disayangkan MK gagal. Seandainya Putusan MK Nomor 14/PUU-XI/2013 berhasil mencapai tujuannya maka MK ibarat memenangkan *jackpot* untuk pertaruhannya tersebut – dan putusan sangat revolusioner tersebut akan diapresiasi positif untuk peran aktif badan yudisial dalam proses pembentukan kebijakan yang selama ini seringkali menjadi objek kritik karena dianggap tidak demokratis.⁷⁷

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Bencze, Mátyás, 2018, “Obstacles and Opportunities – Measuring the Quality of Judicial Reasoning” dalam Mátyás Bencze dan Gar Yein Ng, eds., *How to Measure the Quality of Judicial Reasoning*, Switzerland: Springer.

Bencze, Mátyás, dan Gar Yein Ng, “Measuring the Unmeasurable?” dalam Mátyás Bencze dan Gar Yein Ng (editors), *How to Measure the Quality of Judicial Reasoning*, Switzerland: Springer, 2018.

Bickel, Alexander M., *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven-Connecticut: Yale University Press, 1986.

⁷⁷ Lihat secara umum artikel klasik, dan sangat populer, Robert A. Dahl, “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker,” *Journal of Public Law*, Volume 6, Nomor 2, (1957): 279-295.

- Bodenheimer, Edgar, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of the Law*, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1981.
- Bruggink, J.J.H., *Refleksi tentang Hukum*, Bandung: Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, 1999.
- Feteris, Eveline T., *Fundamentals of Legal Argumentation: A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions*, Dordrecht: Springer, 1999.
- Friedrich, Carl J., *The Philosophy of Law in Historical Perspective*, Chicago: The University of Chicago Press, 1969.
- Golding, Martin P., "Discovery and Justification in Science and Law" dalam Aleksander Peczenik, et.al. (editors), *Theory of Legal Science*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1983.
- Holmes, Oliver Wendell, *The Common Law*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2009.
- Kuskridho Ambardi, "Rekayasa Pemilu Serentak, Perilaku Pemilih, dan Perilaku Elit" dalam Eko Agus Wibisono (editor), *Refleksi Pemilu Serentak di Indonesia*, Jakarta: Penerbit Bawaslu, 2019.
- Kurnia, Titon Slamet, *Interpretasi Hak-Hak Asasi Manusia oleh Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia: The Jimly Court 2003-2008*, Bandung: Penerbit CV. Mandar Maju, 2015.
- Leiter, Brian, "American Legal Realism" dalam Dennis Patterson (editor), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, London: Blackwell Publishing, 2010.
- Lloyd, Lord of Hamstead dan M.D.A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, London: English Language Book Society/Stevens, 1985.
- MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press.
- _____, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, 2005, Oxford: Oxford University Press, 1978.
- Mainwaring, Scott, "Presidentialism, Multipartyism and Democracy: The Difficult Combination" dalam Robert A. Dahl, et.al. (editors), *The Democracy Sourcebook*, Cambridge-Massachusetts, The MIT Press, 2003.
- Marmor, Andrei, *Interpretation and Legal Theory*, London-Portland: Hart Publishing, 2005.
- McCoubrey, Hilaire, dan Nigel D. White, *Textbook on Jurisprudence*, London: Blackstone Press Ltd., 1996.
- McLeod, Ian, *Legal Theory*, London: Palgrave-MacMillan, 2003.

Osmola, Szymon, dan Wojciech Zaluski, "‘Is’ and ‘Ought’ in Hume’s and Kant’s Philosophy" dalam Mortimer Sellers dan Stephan Kirste (editors), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Switzerland: Springer, 2017.

Paton, George Whitecross, dan David P. Derham, *A Textbook of Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press, 1972.

Tamanaha, Brian Z., *Beyond Formalist – Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, New Jersey: Princeton University Press, 2010.

Tim Penyusun, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945: Latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002: Buku VI Kekuasaan Kehakiman*, Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2010.

Wroblewski, Jerzy, "Paradigms of Justifying Legal Decisions" dalam Aleksander Peczenik, et.al. (editors), *Theory of Legal Science*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1983.

Jurnal

Balkin, Jack M., "Bush v. Gore and the Boundary between Law and Politics," *Yale Law Journal*, Volume 110, Nomor 8, (2001): 1407-1458.

Barak, Aharon, "The Supreme Court 2001 Term – Foreword: A Judge on Judging: The Role of a Supreme Court in a Democracy," *Harvard Law Review*, Volume 116, Nomor 1, (2002): 16-162.

Dahl, Robert A., "Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker," *Journal of Public Law*, Volume 6, Nomor 2, (1957): 279-295.

Fuller, Lon L., "American Legal Realism" *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 82, Nomor 5, (1934): 429-462.

Green, Michael Steven, "Legal Realism as Theory of Law," *William and Mary Law Review*, Volume 46, Nomor 6, (2005): 1915-2000.

Heise, Michael, "Brown v. Board of Education, Footnote 11, and Multidisciplinarity," *Cornell Law Review*, Volume 90, Nomor 2, (2005): 279-320.

Holmes, Oliver Wendell, "The Path of the Law," *Harvard Law Review*, Volume 110, Nomor 5, (1997): 991-1009.

Kurnia, Titon Slamet, "Prediktabilitas Ajudikasi Konstitusional: Mahkamah Konstitusi dan Pengujian Undang-Undang," *Jurnal Konstitusi*, Volume 13, Nomor 2, (2016): 259-277.

Kusnadi, Kuswanto, "Mahkamah Konstitusi dan Upaya Menegakkan Asas Presidensialisme di Indonesia," *Refleksi Hukum: Jurnal Ilmu Hukum*, Volume 5, Nomor 1, (2020): 1-20.

Leiter, Brian, "Legal Formalism and Legal Realism: What is the Issue?" *Legal Theory*, Volume 16, Nomor 2, (2010): 111-133.

Rich, William J., "Betrayal of the Children with Dolls: The Broken Promise of Constitutional Protection for Victims of Race Discrimination," *Cornell Law Review*, Volume 90, Nomor 2, (2005): 419-441.

Siegel, Steven, "Race, Education, and the Equal Protection Clause in the 1990s: The Meaning of *Brown v. Board of Education* Re-Examined in Light of Milwaukee's School of African-American Immersion," *Marquette Law Review*, Volume 74, Nomor 3, (1991), 501-511.

Wisdom, John Minor, "Random Remarks on the Role of Social Science in the Judicial Decision-Making Process in School Desegregation Cases," *Law and Contemporary Problems*, Volume 39, Nomor 1, (1975): 134-149.

Lain-lain

Kahana, Tsvi, *The Partnership Model of the Canadian Notwithstanding Mechanism: Failure and Hope*, Doctor of Juridical Science Thesis, University of Toronto.,2000.