

Disertasi

**BATAS KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN**



Oleh :

Nama : I Md Pasek Diantha  
NIM : 099612311 D

**PROGRAM PASCASARJANA  
UNIVERSITAS AIRLANGGA  
2000**

# **BATAS KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN**

**Disertasi**

**Untuk Memperoleh Gelar Doktor  
Dalam Ilmu Hukum  
Pada Program Pasca Sarjana Universitas Airlangga  
Telah Dipertahankan  
Di Hadapan Dewan Ujian Doktor Terbuka**

**Oleh :**

**Nama : I Md Pasek Diantha  
NIM : 099612311 D**

**PROGRAM PASCASARJANA  
UNIVERSITAS AIRLANGGA  
SURABAYA  
2000**

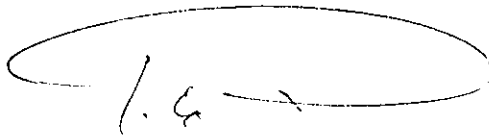
## Lembar Pengesahan

Naskah Disertasi Ini Telah Disetujui

Tanggal 11 Januari 2000

Oleh

Promotor,

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping oval shape with the initials 'P.M.' written inside it.

(Prof. Dr. Philipus M Hadjon SH)

**Telah Diuji Pada Ujian Tahap I (Tertutup)  
Tanggal 11 November 1999**

Panitia Penguji Disertasi :

**Ketua : Prof. Hermien H. Koeswadji SH**

**Anggota :**

- 1. Prof. Mr. Dr. R. Soetojo Prawirohamidjojo**
- 2. Prof. Dr. Bagir Manan SH.MCL.**
- 3. Prof. Dr. Philipus M Hadjon SH.**
- 4. Dr. Abdoel Rasjid SH.LLM.**
- 5. Dr. M Isnaeni SH. MS.**

**Ditetapkan Dengan Surat Keputusan Rektor  
Universitas Airlangga No. 11234/J03/PP/1999,  
Tanggal 18 November 1999**

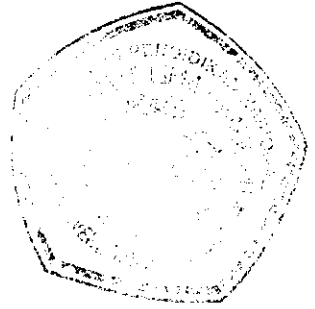


- **Aum, a no bhadrah kratawo yantu wicwatah**  
(*Reg Weda, 189.1*)

Ya Tuhan, semoga semua pikiran yang baik mengalir dari segala penjuru.

**Kepada :**

Mereka yang dengan gigih  
berjuang demi tegaknya  
hukum dan keadilan



## Ucapan Terima Kasih

Setelah melalui berbagai cobaan dan rintangan, akhirnya Tuhan Yang Maha Esa (Hyang Widhi) berkenan melimpahkan rahmat-Nya dalam penyelesaian penulisan disertasi ini. Untuk itu penulis memanjatkan puji syukur kehadiran-Nya atas limpahan rahmat yang tiada tara itu.

Dengan selesainya penulisan disertasi ini, secara khusus penulis menyampaikan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada yang terhormat Prof. Dr. Philipus M Hadjon SH selaku promotor dengan penuh kesabaran dan obyektifitas telah memberikan bimbingan dan arahan yang sangat bermanfaat bagi penyelesaian penulisan disertasi ini. Dari beliau penulis mendapat suri tauladan untuk selalu berpikir positif, tetap tegar, meski sekuat apapun badai cobaan datang menerpa dalam meraih prestasi.

Ucapan terima kasih juga penulis tujukan kepada pemerintah Indonesia c/q Departemen Pendidikan dan Kebudayaan atas pemberian tunjangan mengikuti program doktor sehingga meringankan beban keuangan keluarga kami.

Selain itu ucapan terima kasih yang setinggi-tingginya penulis tujukan kepada yang terhormat :

- Rektor Universitas Airlangga Surabaya, Prof. H. Soedarto dr, DTMH, dan Mantan Rektor Prof. H. Bambang Rahino Setokoesoemo dr. atas perkenannya mengikuti program doktor pada Program Pascasarjana UNAIR.

- Direktur Program Pascasarjana UNAIR, Prof. H Soedijono dr., beserta seluruh staf atas fasilitas dan layanan selama penulis mengikuti studi S3.
- Ketua Program Studi S3 Ilmu Hukum, Prof. Dr. Siti Sundari Rangkuti, SH atas segala petunjuk dan arahnya, serta mantan KPS S3 Ilmu Hukum Prof. Hermien H. Koeswadji, SH dan Prof. Dr. Philipus M. Hadjon, SH juga atas segala petunjuk dan arahnya.
- Rektor Universitas Udayana, Prof. Dr. I Ketut Sukardika dr. DMSK atas ijin yang diberikan kepada penulis untuk mengikuti program S3 Hukum di UNAIR.
- Dekan Fakultas Hukum UNUD, Prof. Dr. I Dewa Gde Atmadja SH MS atas segala fasilitas/bantuan serta dorongan moril untuk penyelesaian studi S3
- Para dosen pengajar S3 Ilmu Hukum angkatan 1996 (termasuk pengasuh MKPD) yakni: Prof. Hermien H. Koeswadji, SH, Prof. Dr. Kunto Wibisono, Prof Sutandyo Wignjosubroto MPA, Prof. Dr. J E Sahetapy SH MA, Prof. Dr. Rudhi Prasetya SH, Prof. Dr. Philipus M Hadjon S, Prof. Dr. I Dewa Gde Atmadja SH MS, Prof Drs. Ramlan Surbakti MA PhD, Dr. Zainudin, Dr. Sarmanu, Dr. Widodo; atas segala ilmu yang telah diberikan kepada penulis sehingga penulis dapat memperluas wawasan kelimuan untuk dapat meningkatkan kesadaran tradisi berpikir ilmiah. Sungguh besar jasa beliau itu semua kepada diri penulis sehingga selain ucapan terima kasih penulis juga menyampaikan penghargaan yang setinggi-tingginya.

Ucapan terima kasih dan penghargaan juga penulis sampaikan kepada semua ketua dan/atau anggota: tim ujian kualifikasi, tim ujian penilaian proposal, tim ujian penilaian naskah disertasi, yang kesemuanya itu meliputi: Prof. Hermien

Hadiati Koeswadji SH, Prof. Dr. Mr. Soetojo Prawirohamidjojo, Prof. Dr. Siti Sundari Rangkuti SH, Prof. Dr. Bagir Manan SH MCL, Prof. Dr. Philipus M Hadjon SH, Prof. Dr. Suwato Mulyosudarmo SH MS, Dr. Abdoel Rasjid SH LLM, Dr. M Isnaeni SH MS; atas semua koreksi dan masukan yang sangat berharga bagi penyempurnaan proposal maupun disertasi penulis.

Tidak lupa pula penulis mengucapkan terima kasih kepada pihak-pihak yang telah dengan tulus hati membantu penulis berupa pemberian bahan-bahan pustaka (terkait dengan materi disertasi), seperti : Prof. Dr. GH Addink, Universitas Utrecht, Netherland; Prof. Dr. Philipus M Hadjon SH, UNAIR; Prof. Dr. I Dewa Gde Atmadja SH MS, UNUD; sejawat I Wayan Parthiana SH MH, UNPAR; sejawat Faiq Bahfen SH, Jakarta; rekan Suryatin Lijaya SH, advokat di Denpasar, rekan Dr. Drs. Johannes Usfunan SH.MS; rekan Dr. Putu Sudarma Sumadi SH SU; rekan Komang Pradnyana Sudibya SH; rekan I Wayan Parsa SH M Hum, dan rekan R Ibrahim SH M Hum. Bantuan mereka itu sangat besar artinya bagi penyelesaian penulisan disertasi ini.

Ucapan terima kasih juga penulis sampaikan kepada pihak perpustakaan seperti : Perpustakaan UNAIR di Surabaya, Perpustakaan UNUD di Denpasar, koleksi khusus FH UNAIR di Surabaya, Perpustakaan FH UNUD di Denpasar, Perpustakaan Daerah Tingkat I Bali di Denpasar, Perpustakaan Kanwil Kehakiman di Denpasar, Perpustakaan Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi Denpasar; atas layanan yang simpatik dari staf pengelolanya saat penulis meminjam bahan

pustaka sehingga penulis merasa sangat terbantu dalam menyelesaikan disertasi ini.

Kepada rekan-rekan sejawat dosen FH UNUD, rekan-rekan mahasiswa S3 UNAIR, handai taulan yang tak dapat disebut satu per satu dalam ruangan ini, penulis menyampaikan terima kasih atas segala dukungan dan dorongan moril terhadap penulis dalam menyelesaikan studi S3 di UNAIR.

Ucapan terima kasih juga penulis sampaikan kepada jasa pengetikan komputer “Widya Kencana Komputer” atas bantuannya mengetik naskah disertasi dalam waktu yang relatif cepat.

Kepada almarhum ayahanda dan paman tercinta yang semasa hidupnya selalu mengajarkan sikap hidup yang bertakwa kepada Tuhan Yang Maha Esa (Hyang Widhi), menghormati orang lain (tatwam asi), jujur (anrasangsy), tegar menghadapi cobaan (satrya wirang); penulis dengan penuh haru menyampaikan rasa terima kasih karena berkat ajaran beliau-beliau itulah penulis tidak goyah menghadapi cobaan dalam penyelesaian penulisan disertasi ini. Rasa hormat dan terima kasih ini juga penulis sampaikan kepada Ibundaku tercinta dalam usianya yang telah lanjut masih terus berharap agar putranya meraih sukses dengan cara yang lurus, jujur, tak tercela, dan selalu berada di jalan Tuhan Yang Maha Esa (Hyang Widhi).

Kepada istri tercinta Ni Wayan Nodji, penulis mengucapkan terima kasih atas pengorbanan dan kesetiiaannya mendampingi penulis dalam suka dan duka, dan atas kesigapannya mengambil alih tanggung jawab keluarga selama penulis

berada di rantauan, juga kepada anak-anak tersayang I Gede Pasek Eka Wisanjaya SH dan Ni Luh Made Suarnithi, terima kasih atas pengertian dan kesadarannya untuk hidup sederhana karena keterbatasan alokasi waktu dan dana selama penulis menempuh studi S3.

Semoga budi baik semua pihak yang telah membantu penulis mendapat pahala yang setimpal dari Tuhan Yang Maha Esa (Hyang Widhi).

## Abstract

Considering the freedom of judicial power as an unlimited freedom which recently occurred in daily-practice on judicial activities in Indonesia, obviously had already been resulted an judicial arbitrary.

In the frame of anticipating those phenomenons, jurisprudence should made an effort to clarify those freedoms naturally limited freedom.

This dissertation greatly concerned with newly thinking concerning the identification of the limits of those judicial freedoms on the ground of some theories and concepts, such as : the Theory of Legal Sovereignty, the Theory of Popular Sovereignty, the Theory of Division of Power, the Concept of Rule of Law, the Concept of Judicial Self-Restraint, the concept of Check and Balances, as well as the substantial philosophical-approach from the school of "Analytical Jurisprudence", "Legism" and "Frie Rechtslehre".

By using those theoretical-basics, this dissertation finally discovered at least three kinds of limits of the judicial freedom, namely : the normative limit, the external-institutional limit, and the internal-ethical limit, and hence advocating the new concept so-called the "Concept of "Limited Discretion" of judiciary.

**Key Words : Judicial freedom, judicial arbitrary, the rule of law, normative limit, external institutional limit, internal-ethical limit, the concept of limited discretion.**



## RINGKASAN

Disertasi ini mengangkat tema sentral berupa “Batas Kebebasan Kekuasaan Kehakiman”. Tema sentral ini muncul karena dilatarbelakangi oleh fenomena sering terjadinya kesewenang-wenangan kekuasaan kehakiman yang sangat merugikan masyarakat pencari keadilan di Indonesia. Lebih dari itu kesewenang-wenangan itu sesungguhnya merupakan ancaman bagi tegaknya Negara Hukum Indonesia karena dalam setiap Negara Hukum, kekuasaan kehakiman diyakini sebagai benteng terakhir bagi tegaknya Negara Hukum.

Penulis berkeyakinan bahwa penyebab utama terjadinya kesewenang-wenangan itu karena terlanggarnya batas-batas kebebasan kekuasaan kehakiman, dimana sebelumnya, wacana Ilmu Hukum memang belum pernah membahasnya secara tuntas batas-batas kebebasan itu. Akibatnya, tidak dapat dipahami secara jelas batas-batas kebebasan itu oleh para pelaku kekuasaan kehakiman itu sendiri sehingga cenderung bertindak sewenang-wenang.

Dalam rangka mencoba menemukan batas-batas kebebasan itu, tema sentral di atas akan dibagi menjadi lima sub permasalahan yakni : (1), masalah keterkaitan kekuasaan kehakiman dengan konsep Negara Hukum; (2), masalah landasan teoritis batas kebebasan kekuasaan kehakiman; (3), masalah batas normatif kebebasan kekuasaan kehakiman; (4) masalah batas eksternal-institusional

dan internal-etikal kebebasan kekuasaan kehakiman dan (5), masalah pengawasan kebebasan kekuasaan kehakiman.

Berkenaan dengan pembahasan masalah keterkaitan kekuasaan kehakiman dengan konsep Negara Hukum akhirnya didapat rumusan (konsepsi) bahwa dalam suatu Negara Hukum setiap kekuasaan harus tunduk pada hukum. Berdasarkan konsepsi ini maka kekuasaan kehakimanpun harus tunduk pada hukum, karena sesuai ajaran Pemisahan/Pembagian Kekuasaan, kekuasaan kehakiman (judicial) adalah merupakan salah satu bagian dari kekuasaan negara.

Untuk memperkuat konsepsi ini, dipergunakan landasan teoritis berupa Teori Kedaulatan Hukum, Teori Kedaulatan Rakyat, Teori Pembagian Kekuasaan, Konsep “Judicial Self Restraint”, dan Konsep “Checks And Balances”.

Dalam pembahasan batas-batas kebebasan kekuasaan kehakiman, landasan teoritis itu dipertajam lagi dengan dasar-dasar pemikiran filsafat hukum dari aliran “Analytical Jurisprudence”, “Legisme” dan “Freie Rechtslehre”, maka akhirnya diketemukan tiga batas kebebasan kekuasaan kehakiman yakni : batas normatif (absolut dan relatif), batas eksternal-institusional dan batas internal-etikal. Agar batas-batas kebebasan kekuasaan kehakiman itu tidak terlanggar, maka dalam melaksanakan kekuasaannya, hakim ditawarkan untuk selalu berpegang pada konsep “Diskresi Terbatas” dari hakim (the concept of “Limited Discretion” of the judge).

Untuk menghindari jangan sampai pelanggaran batas-batas kebebasan itu sebegitu jauh merugikan masyarakat pencari keadilan maka pelaksanaan

kebebasan itu perlu mendapat pengawasan baik pengawasan internal maupun pengawasan eksternal. Pengawasan internal berupa adanya saling kontrol antara sesama Hakim Agung pada saat mengambil putusan, sementara pengawasan eksternal berupa pengawasan fungsional dan pengawasan politis DPR terhadap Mahkamah Agung. Selain pengawasan DPR, pengawasan profesional juga sangat diperlukan dalam rangka mengakaji bobot ilmiah setiap putusan Mahkamah Agung.

## DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL .....	i
HALAMAN PENGESAHAN PANITIA PENGUJI TAHAP I .....	ii
UCAPAN TERIMA KASIH .....	vi
ABSTRACT .....	xi
RINGKASAN .....	xii
DAFTAR ISI .....	xv
DAFTAR TABEL .....	xix
DAFTAR SINGKATAN .....	xxi
BAB I. PENDAHULUAN .....	1
1. Latar Belakang Masalah .....	1
2. Permasalahan .....	45
3. Tujuan Penelitian .....	48
3.1. Tujuan Umum .....	49
3.2. Tujuan Khusus .....	51
4. Kerangka Teoritik .....	52
5. Metode Penelitian .....	54
BAB II. NEGARA HUKUM INDONESIA DAN KEKUASAAN KEHAKIMAN .....	64
1. Indonesia Negara Hukum .....	64
1.1. Pengertian Negara Hukum .....	64

1.2. Aneka Konsep Negara Hukum .....	66
1.3. Formulasi Indonesia Negara Hukum .....	78
2. Urgensi Pembagian Kekuasaan Dalam Negara Hukum Indonesia	87
3. Ruang Lingkup Kekuasaan Kehakiman .....	100
3.1. Perkembangan Secara Garis Besar Kekuasaan kehakiman Indonesia .....	100
3.2. Ragam Fungsi Kekuasaan Kehakiman .....	129
4. Hubungan Kekuasaan Kehakiman Dengan Kekuasaan Eksekutif .....	151
5. Hubungan Kekuasaan Kehakiman Dengan Kekuasaan Legislatif .....	161
6. Kekuasaan Kehakiman Dan Jenis Hukum Materiil ....	168
7. Kekuasaan Kehakiman Dan Jenis Hukum Formil .....	185
<b>BAB III. LANDASAN TEORITIS BATAS KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN .....</b>	<b>207</b>
1. Urgensi Batas Kebebasan .....	207
2. Teori Kedaulatan Hukum .....	212
3. Teori Kedaulatan Rakyat .....	216
4. Keterkaitan Teori Kedaulatan Hukum Dan Teori Kedaulatan Rakyat .....	220
5. Teori Pembagian Kekuasaan .....	223
6. Konsep Judicial Self-Restraint.....	226
<b>BAB IV. BATAS NORMATIF KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN .....</b>	<b>232</b>



1. Batas Normatif-Absolut .....	232
1.1. Hukum Acara Sebagai Pengatur Kekuasaan (P-Laws) .....	235
1.2. Hukum Acara Pidana Sebagai P-Laws .....	236
1.3. Hukum Acara Perdata Sebagai P-Laws .....	242
1.4. Hukum Acara Mahkamah Agung Sebagai P- Laws .....	247
1.5. Hukum Acara Peradilan Agama Sebagai P- Laws .....	250
1.6. Hukum Acara Peradilan Militer Sebagai P- Laws .....	252
1.7. Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Sebagai P-Laws .....	261
2. Hukum Acara Tidak Dapat Didiskresi .....	272
3. Batas Normatif-Relatif .....	287
<b>BAB V. BATAS EKSTERNAL DAN INTERNAL KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN .....</b>	<b>306</b>
1. Batas Eksternal-Institusional .....	306
2. Batas Internal-Etikal .....	315
<b>BAB VI. PENGAWASAN SEBAGAI PENCEGAHAN (EKSES) PELANGGARAN BATAS KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN .....</b>	<b>331</b>

1. Pengawasan Kekuasaan Kehakiman .....	331
2. Pengawasan Terhadap Pengadilan Rendahan .....	338
3. Pengawasan Oleh Pihak Eksekutif Sebelum Perubahan Pasal 11 UU No. 14 Tahun 1970. ....	347
3.1. Kewenangan Presiden Mengangkat Dan Memberhentikan Hakim .....	348
3.2. Hakim Sebagai Pegawai Negeri Sipil .....	353
3.3. Bentuk-Bentuk Pengawasan Irasional Terhadap Kekuasaan Kehakiman .....	359
4. Pengawasan Internal Mahkamah Agung .....	362
5. Pengawasan DPR Terhadap Mahkamah Agung .....	367
5.1. Pengawasan Fungsional .....	369
5.2. Pengawasan Politis .....	372
6. Pengawasan Sosial Terhadap Mahkamah Agung .....	379
BAB VII. SIMPULAN DAN SARAN .....	392
1. Simpulan .....	392
2. Saran .....	398
DAFTAR PUSTAKA .....	404
INDEKS .....	425

**DAFTAR TABEL**

Tabel 1 : Perbandingan Liberaal Democratische Rechtsstaat Dengan Sociale Rechtsstaat .....	71
Tabel 2 : Perbedaan Dan Persamaan Antara Rule Of Law Dan Socialist Legality .....	78
Tabel 3 : Perbandingan Antara UU No. 19/1948 Dengan UU No. 19/1964 .....	121
Tabel 4 : Perbandingan Antara UU No. 19/1964 Dengan UU No. 14/1970 .....	128
Tabel 5 : Perbandingan Tingkat Kewenangan Mengadili Dari Pengadilan Di Bawah MA .....	138
Tabel 6 : Model Hubungan Eksekutif Dan Judicial .....	153
Tabel 7 : Pasal-Pasal KUHAP Yang Bermuatan Conferring Power.....	237-241
Tabel 8 : Pasal-Pasal Hukum Acara Perdata Yang Bermuatan Conferring Power .....	244-247
Tabel 9 : Pasal-Pasal Hukum Acara MA Yang Bermuatan Conferring Power.....	248-250
Tabel 10 : Pasal-Pasal Hukum Acara Peradilan Agama Yang Bermuatan Conferring Power.....	251



Tabel 11 : Pasal-Pasal Hukum Acara Peradilan Militer Yang Bermuatan Conferring Power.....	253-257
Tabel 12 : Pasal-Pasal Hukum Tata Usaha Militer Yang Bermuatan Conferring Power.....	258-260
Tabel 13 : Pasal-Pasal Hukum Peradilan Tata Usaha Negara Yang Bermuatan Conferring Power .....	261-264
Tabel 14 : Dissenting Opinions .....	366

## DAFTAR SINGKATAN

AS	= Amerika Serikat
BPK	= Badan Pemeriksa Keuangan
DPA	= Dewan Pertimbangan Agung
DPR	= Dewan Perwakilan Rakyat
D-Laws	= Duty Imposing Laws
HAM	= Hak Asasi Manusia
H.I.R	= Herziene Indonesisch Reglement
IKAHI	= Ikatan Hakim Indonesia
Kep.Pres.	= Keputusan Presiden
KUHAP	= Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana
KUHP	= Kitab Undang-Undang Hukum Pidana
MA	= Mahkamah Agung
MPR	= Majelis Permusyawaratan Rakyat
Per.Ma.	= Peraturan Mahkamah Agung
PK	= Peninjauan Kembali
PN	= Pengadilan Negeri
P-Laws	= Power Conferring Laws
PNS	= Pegawai Negeri Sipil
PP	= Peraturan Pemerintah

xxi

RO	= Reglement Op de Rechterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie
RBg	= Rechtsreglement Buitengewesten
SBSI	= Serikat Buruh Sejahtera Indonesia
SeMa	= Surat Edaran Mahkamah Agung
UU	= Undang-Undang
UUD	= Undang-Undang Dasar

# BAB I

## PENDAHULUAN

### 1. Latar Belakang Masalah

Wacana-wacana hukum di masa lalu dan dewasa ini jarang dan bahkan hampir tidak ada yang menyentuh substansi batas kebebasan kekuasaan kehakiman secara serius.

Wacana-wacana itu kebanyakan berkutat di sekitar kebebasan atau kemandirian kekuasaan kehakiman. Seakan-akan bila konsep kebebasan atau kemandirian kekuasaan kehakiman itu telah mencapai kesepakatan (konsensus ilmiah) di kalangan ilmuwan hukum, persoalan pokok kekuasaan kehakiman dianggap telah selesai. Pada hal, justru persoalan berikutnya segera muncul manakala kebebasan kekuasaan atau kemandirian kekuasaan itu disalahgunakan oleh pemiliknya. Penyalahgunaan kebebasan kekuasaan kehakiman akan dapat menimbulkan kesewenang-wenangan kekuasaan kehakiman yang pada gilirannya tentu akan merugikan masyarakat pencari keadilan. Lebih dari itu kesewenang-wenangan itu akan membuyarkan segala harapan akan tegaknya suatu negara hukum Indonesia yang demokratis.

Kekuasaan kehakiman merupakan salah satu bagian dari kekuasaan negara. Dalam ajaran pembagian kekuasaan dari John Locke keberadaan kekuasaan kehakiman belum disinggung-singgung sebagai suatu kekuasaan tersendiri yang bebas mandiri, seperti apa yang dituturkan Edgar

Bodenheimer : .... "On the other hand, in his discussion of separation of power whithin the state, the judicial power is not mentioned".<sup>1)</sup> Secara jelas keberadaan kekuasaan kehakiman itu baru disebut-sebut oleh Montesquieu dengan mengatakan :<sup>2)</sup>

....."Again, there is no liberty, if the judiciary power be not separated from the legislative and executive. Were it joined with the legislative, the live and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control; for the judge would be then the legislator. Were it joined to executive power, the judge might behave with violence and oppression". (Garis bawah dari penulis)

Kekuasaan kehakiman yang merupakan salah satu bagian kekuasaan negara itu haruslah memiliki kebebasan karena hanya dengan kebebasan itu ia dapat mengontrol kekuasaan legislatif dan kekuasaan eksekutif. Sehubungan dengan itu maka kekuasaan kehakiman yang bebas akan mampu menyatakan secara hukum syah atau tidaknya tindakan pemerintah demi perlindungan terhadap hak-hak masyarakat.<sup>3)</sup> Bila hak-hak masyarakat telah terlindungi berarti sistem hukum suatu negara telah berfungsi dengan baik. Penyelesaian sengketa tentang hak-hak perorangan oleh suatu kekuasaan kehakiman yang bebas merupakan kunci bagi berfungsinya sistem hukum dengan baik dalam suatu negara (... "Beslissing van Rechtsgeschillen door een onafhankelijke rechter is de basis voor een goed functionerend rechts systeem").<sup>4)</sup>

Di sisi lain Yas Ghai juga pernah mengatakan bahwa kekuasaan kehakiman yang merdeka dengan kewenangannya menafsirkan hukum dapat membuat suatu putusan yang bersifat membatasi kesewenang-

wenangan dan kebijakan pemerintah (..... the interpretation of laws by the independent judiciary, whose discretion then limits the arbitrariness and discretion of the governments).<sup>5)</sup>

Seorang Hakim Agung Australia Sir Anthony Mason dalam kesempatan ceramah berkala Australia di Jakarta secara gamblang menyinggung kebebasan kekuasaan kehakiman berkaitan erat dengan kepercayaan publik pada instansi peradilan, karena kebebasan kekuasaan kehakiman menurut dia merupakan unsur penting dari suatu negara hukum yang demokratis. Tentang hal ini, lebih jauh dia mengatakan :<sup>6)</sup>

“Independence of the judiciary is an indispensable element in the rule of law in a democratic society. The people including the litigants look to a judiciary which is not beholden to government or other powerfull interest .... More importantly, judicial independence contribute to public confidence in the administration of justice”.  
(Garis bawah dari penulis)

Konsep kebebasan kekuasaan kehakiman tidak saja diterima secara luas di kalangan para sarjana (doktrin) tetapi juga ia telah diterima secara universal oleh konstitusi negara-negara tanpa memandang ragam ideologi.

Negara eks Uni Soviet yang menganut ideologi komunis dalam Pasal 155 konstitusinya menyatakan bahwa hakim-hakim adalah bebas dan hanya tunduk pada Undang-Undang.<sup>7)</sup>

Negara sosialis lainnya yang kini masih eksis yakni RRC juga dalam Pasal 78 konstitusinya mengakui kebebasan kekuasaan kehakiman dengan rumusan : Pengadilan rakyat mengelola keadilan secara bebas dan hanya tunduk pada hukum.<sup>8)</sup>



Begitu juga negara yang menganut ideologi Islam seperti misalnya Keemiran Kuwait dalam Pasal 163 konstitusinya menyatakan dengan tegas kebebasan hakim; selengkapnya Pasal itu berbunyi sebagai berikut :<sup>9)</sup>

“Di dalam melaksanakan keadilan para hakim tidak boleh tunduk kepada badan penguasa apapun. Tiada campur tangan apapun diijinkan dalam pelaksanaan keadilan. Undang-Undang harus menjamin kemerdekaan dari peradilan dan harus mengadakan jaminan-jaminan dan peraturan-peraturan yang berhubungan dengan para hakim dan kondisi-kondisi daripada tidak dapat digantinya mereka”.

Negara Islam lainnya yakni Republik Islam Iran juga mengatur kebebasan kekuasaan kehakiman dalam Pasal 156 konstitusinya yang pada pokoknya menyatakan : kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan independen yang membela hak-hak individu dan hak-hak sosial rakyat.<sup>10)</sup>

Negara Islam yang tergolong moderat yakni Lebanon mengatur kebebasan kekuasaan kehakiman dalam Pasal 20 konstitusinya dengan menyatakan : Para hakim bebas dalam melaksanakan tugas mereka, keputusan (qararat) dan pertimbangan semua pengadilan harus dibuat dan dilaksanakan atas nama rakyat Lebanon.<sup>11)</sup>

Negara kecil di Asia Tenggara dengan penduduk sekitar 3 juta yakni Laos sangat spesifik dalam mengatur kebebasan kekuasaan kehakimannya. Dikatakan spesifik karena di samping menentukan adanya kebebasan kekuasaan kehakiman Pasal 42 konstitusi Laos juga mengatur tentang keberadaan sebuah Dewan Hakim yang bertugas untuk mengawasi disiplin para hakim. Secara lengkap Pasal itu berbunyi :<sup>12)</sup>

“The organization, power and jurisdiction of the judicial and administrative courts as well as the conflicts in respect of jurisdiction shall be fixed by law. Law shall also guarantee the independence of the judiciary from the legislative and executive bodies.

A council of magistrates shall be set up to ensure the discipline of the magistrates, other than the public prosecutor and determine the rights and duties of the magistrates. (Garis bawah dari penulis)

Kebebasan kekuasaan kehakiman juga diatur dalam konstitusi Jepang Pasal 76, pada pokoknya menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman Jepang berada di tangan Mahkamah Agung dan pengadilan-pengadilan yang lebih rendah serta hakim-hakim dari semua jenis pengadilan memiliki kebebasan (tidak terikat) dalam menjalankan tugasnya.<sup>13)</sup>

Indonesia yang sejak proklamasi kemerdekaan telah memiliki tiga konstitusi, ketiga konstitusi itu ternyata juga telah mengatur perihal kebebasan kekuasaan kehakiman. Konstitusi RIS 1949 mengaturnya dalam Pasal 145 (1) dan UUDS 1950 mengaturnya dalam Pasal 103. Kedua Pasal itu mempunyai isi yang sama yang pada pokoknya menyatakan : segala campur tangan dalam urusan pengadilan oleh alat-alat perlengkapan yang bukan perlengkapan pengadilan dilarang, kecuali jika diijinkan oleh Undang-Undang. Klasula “kecuali jika diijinkan oleh Undang-Undang” dapat dimengerti karena kedua konstitusi itu menganut supremasi Undang-Undang dan bukan supremasi UUD. UUD 1945 mengatur kekuasaan kehakiman dalam Pasal 24 dan Pasal 25. Kedua Pasal itu mengandung 3 hal pokok yakni : (1) kekuasaan kehakiman dilakukan oleh Mahkamah Agung dan lain-lain badan kehakiman menurut Undang-Undang; (2)



Susunan dan kekuasaan badan-badan kehakiman diatur dengan Undang-Undang; (3) syarat-syarat untuk diangkat dan diberhentikan sebagai hakim diatur dengan Undang-Undang. Sementara, tentang kebebasan kekuasaan kehakiman itu sendiri ditegaskan dalam bagian penjelasan UUD 1945. Penjelasan Pasal 24 dan Pasal 25 menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang merdeka terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah. Oleh karena itu harus diadakan jaminan dalam Undang-Undang tentang kedudukan para hakim. Berpegang pada bunyi penjelasan Pasal 24 dan Pasal 25 UUD 1945 itu maka jika kemudian ternyata ada Undang-Undang kekuasaan kehakiman yang memungkinkan eksekutif mencampuri urusan pengadilan, Undang-Undang demikian sesungguhnya telah melanggar asas kebebasan kekuasaan kehakiman yang universal. Hakim-hakim yang bertindak dengan berlandaskan pada Undang-Undang demikian, memiliki kemungkinan lebih besar untuk menyalah gunakan kebebasannya (bertindak sewenang-wenang).

Sejak berlakunya UUD 1945, pembuat Undang-Undang telah berhasil membuat beberapa Undang-Undang sebagai pelaksanaan Pasal 24 dan Pasal 25 UUD 1945. Di antaranya yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman adalah : 1) Undang-Undang No. 19 tahun 1948 tentang Susunan dan Kekuasaan Badan-Badan Kehakiman dan Kejaksaan,<sup>14)</sup> 2) Undang-Undang No. 19 tahun 1964 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, 3) Undang-Undang No. 13 tahun 1965 tentang Pengadilan Dalam Peradilan Umum Dan Mahkamah Agung, dan

4) Undang-Undang No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Pasal 10 dari Undang-Undang No. 14 tahun 1970 itu menentukan adanya 4 jenis pengadilan dalam lingkungan 4 "peradilan".<sup>15)</sup> Keempat jenis peradilan itu diatur dalam 4 Undang-Undang yakni : 1) Undang-Undang No. 2 tahun 1986 tentang Peradilan Umum, 2) Undang-Undang No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, 3) Undang-Undang No. 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, dan 4) Undang-Undang No. 31 tahun 1997 tentang Peradilan Militer. Selain itu, masih terkait dengan Undang-Undang No. 14 tahun 1970 di undangkan pula Undang-Undang No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

Bagaimanakah pengaturan asas kebebasan kekuasaan kehakiman dalam setiap Undang-Undang tersebut di atas ? Undang-Undang no. 19 tahun 1948 mengatur dengan tegas asas kebebasan kekuasaan kehakiman itu dalam Pasal 3 ayat (2) dan (3) yang selengkapnya berbunyi :

- .....
- (2) Para hakim merdeka dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman dan hanya tunduk pada Undang-Undang.
  - (3) Pemegang kekuasaan pemerintah di larang campur tangan dalam urusan kehakiman, kecuali dalam hal-hal yang tersebut dalam Undang-Undang Dasar.

Sebaliknya, dua Undang-Undang yakni Undang-Undang No. 19 tahun 1964 dan Undang-Undang No. 13 tahun 1965 sama sekali tidak mengakui adanya kebebasan kekuasaan kehakiman. Ketentuan-ketentuan yang menunjukkan hal itu adalah :

- (a) Pasal 19 Undang-Undang No. 19 tahun 1964 yang menyatakan bahwa demi kepentingan revolusi, kehormatan negara dan bangsa atau kepentingan masyarakat yang mendesak, Presiden dapat turun atau campur tangan dalam soal-soal pengadilan.
- (b) Penjelasan Pasal 19 itu antara lain bunyinya : “Pengadilan adalah tidak bebas dari pengaruh kekuasaan eksekutif dan kekuasaan membuat Undang-Undang ..... bahwa Presiden/Pemimpin Besar Revolusi harus dapat turun atau campur tangan baik dalam perkara perdata maupun dalam perkara pidana”....
- (c) Pasal 23 Undang-Undang No. 13 tahun 1965 yang lengkapnya berbunyi sebagai berikut :
- (1) “Dalam hal-hal dimana Presiden melakukan turun tangan, sidang dengan seketika menghentikan pemeriksaan yang sedang dilakukan dan mengumumkan Keputusan Presiden dalam sidang terbuka dengan membubuhi catatan dalam berita acara dan melampirkan Keputusan Presiden dalam berkas tanpa menjatuhkan putusan”
  - (2) “Dalam hal-hal dimana Presiden menyatakan keinginannya untuk melakukan campur tangan menurut ketentuan-ketentuan Undang-Undang Pokok Kekuasaan Kehakiman, sidang mengadakan musyawarah dengan Jaksa”.
  - (3) “Musyawarah termaksud dalam ayat (3) tertuju untuk melaksanakan keinginan Presiden”

(4) “Keinginan Presiden dan hasil musyawarah diumumkan dalam sidang terbuka setelah sidang dibuka kembali”.

(d) Penjelasan Umum Undang-Undang No. 13 tahun 1965 yang antara lain menyatakan : “Campur tangan Presiden dapat mengenai berbagai hal dari pengadilan, campur tangan itu dapat mengenai susunan pengadilan, penunjukkan pengadilan lain atau tambahan-tambahan hakim, penggunaan hukum acara lain dan sebagainya”.....

Pengingkaran terhadap asas kekuasaan kehakiman yang bebas oleh kedua Undang-Undang tersebut jelas merupakan penyimpangan terhadap jiwa dan semangat UUD 1945 terutama dengan ketentuan penjelasan Pasal 24 dan 25 yang tentunya hal itu sangat berbahaya bagi kelangsungan pembangunan negara hukum Indonesia. Oleh sebab itu ketika pemerintah Orde Baru tampil menggantikan pemerintah Orde Lama muncul dengan deras arus pemikiran tentang pemurnian pelaksanaan UUD 1945 yang salah satu agendanya adalah mengganti kedua Undang-Undang tersebut dengan Undang-Undang baru yang di dalamnya mengatur kembali asas kebebasan kekuasaan kehakiman seperti telah pernah diatur sebelumnya oleh Undang-Undang No. 19 tahun 1948.

Arus pemikiran itu ditindak lanjuti pemerintah dengan pembentukan suatu Panitia Persiapan tanggal 14 Oktober 1966 yang anggota-anggotanya terdiri atas unsur DPRGR, unsur Mahkamah Agung, unsur Departemen Kehakiman, dan unsur IKAHI (Ikatan Hakim

Indonesia). Suara yang menghendaki peninjauan kembali kedua Undang-Undang tersebut terdengar pula melalui salah satu keputusan Rapat Kerja para Ketua Pengadilan Tinggi dan Pengadilan Negeri di bawah pimpinan Mahkamah Agung tanggal 27 November 1966 di Jakarta, juga Kongres Peradin II yang berlangsung antara tanggal 5 dan 6 Desember 1966 dalam salah satu resolusinya mendesak agar diadakan peninjauan kembali ketentuan Pasal 19 Undang-Undang No. 19 tahun 1964. Selain itu melalui surat kabar dan majalah telah muncul pula berbagai tulisan yang pada pokoknya bernada sama yakni menginginkan peninjauan kembali atas kedua Undang-Undang tersebut.<sup>16)</sup> Dengan keputusan Presiden RI No. 38 tahun 1967 tanggal 28 Maret 1967 pemerintah membentuk Panitia Interdepartemental Peninjauan Kembali Undang-Undang No. 19 tahun 1964 dan Undang-Undang No. 13 tahun 1965. Dengan Keppres No. 271 tahun 1967 tanggal 29 Desember 1967, Panitia Interdepartemental ini diganti dengan Panitia Negara dengan tugas sama yakni meninjau kembali kedua Undang-Undang tersebut dengan menyiapkan rancangan Undang-Undang yang baru sebagai penggantinya. Pada tanggal 30 Juni 1968 Panitia itu telah berhasil merampungkan tugas-tugasnya dan pada tanggal 13 Agustus 1968 Presiden secara resmi menyampaikan kedua rancangan Undang-Undang itu kepada Ketua DPRGR untuk dibicarakan dan mendapat persetujuan. Pembahasan rancangan itu di DPRGR diberi warna oleh butir-butir kesimpulan (5 butir) Seminar Hukum nasional II di Semarang tanggal 27 s/d 30 Desember yang berkaitan dengan kebebasan

kekuasaan kehakiman. Akhirnya rancangan Undang-Undang ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman berhasil disetujui DPRGR dan kemudian disahkan dan diundangkan Presiden tanggal 17 Desember 1970 sebagai Undang-Undang No. 14 tahun 1970. Sementara rancangan yang lain belum bisa disahkan karena masih memerlukan alokasi waktu yang lebih banyak.<sup>17)</sup> Berkenaan dengan kebebasan kehakiman, Undang-Undang (UU) no. 14/1970 mengaturnya dalam Pasal 1 dan Pasal 4 ayat (3). Pasal 1 isinya bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia. Pasal 4 ayat (3) yang merupakan penguatan ketentuan Pasal 1 itu menyatakan bahwa segala campur tangan dalam urusan peradilan dilarang, kecuali dalam hal-hal yang disebut dalam Undang-Undang Dasar. Rumusan Pasal 4 ayat (3) ini terasa lebih dibandingkan dengan rumusan Pasal 145 ayat (1) Konstitusi RIS maupun Pasal 103 UUDS 1950 karena kedua Pasal ini nampaknya menganut supremasi Undang-Undang, sementara rumusan Pasal 4 ayat (3) UU. No. 14/1970 nampaknya menganut supremasi Undang-Undang Dasar.

Sebagai Undang-Undang Pokok, UU No. 14/1970 seperti sudah disinggung di depan, melalui Pasal 10-nya menentukan lebih jauh adanya 4 jenis "peradilan" untuk menjalankan kekuasaan kehakiman; keempat jenis peradilan itu adalah :

(1) Peradilan Umum diatur dengan UU No. 2/1986.

- (2) Peradilan Agama diatur dengan UU No. 7/1989,
- (3) Peradilan Tata Usaha Negara diatur dengan UU No. 5/1986 dan
- (4) Peradilan Militer diatur dengan UU No. 31/1997.

Dalam keempat Undang-Undang itu, kebebasan hakim diatur masing-masing dalam Pasal 13 ayat (3) UU No. 2/1986, Pasal 5 ayat (3) UU. No. 7/1989, Pasal 7 ayat (3) UU. No. 5/1986 dan Pasal 7 ayat (2) UU No. 31/1997. Kesemua ketentuan tentang kebebasan hakim itu dapat dipandang sebagai penegasan untuk menghilangkan kesan bahwa hakim seakan-akan berada di bawah dominasi eksekutif berhubung adanya ketentuan dalam masing-masing Undang-Undang tersebut yang menyatakan bahwa hakim sebagai pegawai negeri secara organisatoris, administratif dan finansial dibina oleh Departemen terkait.

Terkait dengan pengaturan asas kebebasan kekuasaan kehakiman dalam UU No. 14/1970, yang kiranya perlu dicermati adalah seberapa luaskah kandungan pengertian kebebasan itu? Menurut penjelasan Pasal 1 UU No. 14/1970 kebebasan kekuasaan kehakiman meliputi :

- (1) Bebas dari campur tangan kekuasaan negara lainnya.
- (2) Bebas dari paksaan, direktive atau rekomendasi dari pihak ekstra judiciil, kecuali dalam hal-hal yang diijinkan oleh Undang-Undang.

Dalam konteks itu Bagir Manan mengemukakan 3 dimensi kebebasan kekuasaan kehakiman, yakni :<sup>18)</sup>

- (1) Kebebasan menyelenggarakan fungsi peradilan (fungsi yudisial) yang meliputi kebebasan dalam memeriksa, mengadili dan memutus perkara.
- (2) Kebebasan yang mengandung makna larangan bagi kekuasaan ekstra yudisial mencampuri proses penyelenggaraan peradilan. Hal ini merupakan penegasan bunyi penjelasan UUD 1945 yang secara umum menyebutkan "terlepas dari pengaruh kekuasaan pemerintah". Kekuasaan pemerintah tidak semata-mata kekuasaan eksekutif tetapi juga meliputi kekuasaan lainnya seperti kekuasaan : MPR, DPR, DPA, BPK dan kekuasaan ekstra yudisial lainnya.
- (3) Kebebasan yang terkait dengan upaya mewujudkan negara berdasarkan atas hukum (*de rechtsstaat*). Dalam hal ini, kekuasaan kehakiman dimungkinkan untuk melakukan pengawasan yudisial (*rechterlijke control*) terhadap tindakan badan penyelenggara negara atau penyelenggara pemerintah lainnya.

Nampaknya masih ada kebebasan lainnya yakni kebebasan untuk membuat kebijaksanaan dengan tujuan agar fungsi yudisial itu dapat berjalan lancar, sehingga mencapai hasil-guna yang optimal. Kebijakan semacam itu misalnya tindakan Mahkamah Agung membuat surat edaran, instruksi, teguran dan lain-lain yang terkait dengan fungsi pengawasan kepada pengadilan rendahan.

Dari uraian di depan nampak betapa asas kebebasan kekuasaan kehakiman itu betul-betul telah memiliki sifat yang universal, karena ia telah diterima melalui doktrin (konsensus ilmiah di kalangan para sarjana), melalui konstitusi negara-negara dengan latar belakang aneka ideologi dan melalui peraturan perundang-undang (hukum positif) Indonesia.



Seperti telah disinggung di awal tulisan ini, penerimaan itu saja tidak membuat diskursus atau wacana hukum selesai atau berhenti pada suatu titik, tetapi justru konsensus ilmiah itu memicu suatu diskursus baru yakni adanya penyalahgunaan kebebasan kekuasaan kehakiman itu oleh si pemilik kekuasaan. Penyalahgunaan kebebasan itu mengejawantah dalam bentuk kesewenang-wenangan yang tidak usah disangsikan lagi akibatnya berupa kemerosotan dan kehancuran sendi Negara Hukum hingga ke titik nadir.

Kesewenang-wenangan kekuasaan kehakiman itu menurut data yang terkumpul ternyata telah melanda dan telah menggejala dalam praktek dinamika sistem hukum Indonesia belakangan ini. Beberapa contoh penyalahgunaan kebebasan kekuasaan kehakiman (kesewenang-wenangan) baik dilakukan oleh para hakim secara individual maupun dilakukan oleh institusi (kelembagaan) kekuasaan kehakiman dapat dilihat berikut ini.

Kesewenang-wenangan hakim (secara individual) misalnya :

(1) Seorang hakim pada pengadilan Negeri Mataram, September 1992 karena jengkel kepada pengunjung sidang mengeluarkan kata-kata kotor di persidangan sebagai berikut : “Saudara yang bilang woow tadi, manusia kok tidak bisa diajar. Anjing yang paling kotor bisa diajar, masak manusia tidak bisa”. Ucapan hakim seperti itu, oleh seorang pengacara

yang kebetulan sedang menghadiri persidangan dinilai sebagai suatu “Contempt of Court”. Paling tidak ucapan itu telah melanggar kode etik profesi hakim. Namun menurut pengakuan hakim yang bersangkutan, ia tidak pernah mendapat teguran dari atasannya atas ucapannya itu.<sup>19)</sup>

(2) Hakim pengadilan Negeri Stabat (Sumatera Utara) Siti Zaenab Tampubolon pada Juni 1992 telah melanggar ketentuan Pasal 153 ayat (3) KUHAP yang isinya bahwa anak di bawah umur harus diperiksa dalam sidang tertutup. Namun nyatanya hakim itu telah menggelar sidang anak di bawah umur terbuka untuk umum.<sup>20)</sup>

(3) Hakim PTUN Padang, 26 April 1993 telah mengusir seseorang yang duduk di kursi pengujung, pada hal persidangan dibuka untuk umum. Pengusiran itu dilakukan gara-gara hakim jengkel terhadap oknum tersebut yang sebelumnya telah ditolak bertindak sebagai saksi.<sup>21)</sup>

(4) Pada September 1992 hakim Pengadilan Negeri Makale Sulawesi Selatan telah melakukan kesewenang-wenangan dalam mengadili perkara berupa keterangan saksi yang menguatkan tak dimasukkan dalam berita acara persidangan, juga telah merubah dan menambah keterangan saksi misalnya keterangan saksi yang merupakan “tanah kosong bertahun-tahun” sebenarnya tidak pernah diucapkannya dalam persidangan.<sup>22)</sup>

(5) Ketua Majelis Hakim Pengadilan Negeri Ujung Pandang pada 26 Juli 1993 telah membacakan putusan yang tanpa didahului dengan

pertimbangan hukumnya. Berhubung demikian, kedua anggota majelis lainnya tidak mau menandatangani putusan. Menurut Yahya Harahap SH. (mantan Hakim Agung) putusan tanpa pertimbangan hukum adalah batal demi hukum.<sup>23)</sup>

(6) Di awal 1994 terjadi serangkaian aksi protes, pengacara meninggalkan ruangan sidang gara-gara tidak puas dengan sikap hakim yang sewenang-wenang. Protes itu terjadi di Pengadilan Negeri Bogor dalam perkara Dedi Ekadibrata yang menurut KUHAP Dedi tidak perlu ditahan karena ia dituduh penggerak, bukan pelaku. Protes serupa juga terjadi di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam perkara Nuku Soleiman gara-gara permintaan pembela menghadirkan saksi yang meringankan ditolak hakim. Saksi yang sedianya dihadirkan antara lain; Ariel Heryanto, Marsillam Simanjuntak, Emha Ainun Nadjib, dan Abdul Rachman Wachid. Protes pengacara berupa "walk out" juga terjadi pada persidangan perkara Marsinah di pengadilan Negeri Surabaya gara-gara permintaan pembela menghadirkan saksi-saksi yang meringankan Marsinah ditolak hakim.<sup>24)</sup>

(7) Merosotnya citra hakim di mata masyarakat terlihat juga di pengadilan Negeri Lahat Sumatra Utara. Karena masyarakat jengkel, seorang anggota majelis hakim dihajar hingga babak belur dan gedung pengadilan dirusak. Juga di Pengadilan Negeri Surabaya 1987, seorang

saksi pelapor langsung melempar sepatu ke arah hakim dengan tuduhan hakim telah menerima suap darinya tetapi tetap menghukum ringan terdakwa. Juga pernah terjadi di Pengadilan Negeri Surabaya, pengunjung menggelar poster dan mengibas-ngibaskan uang kertas untuk mengejek hakim yang doyan suap, suatu peristiwa yang mungkin tidak pernah terjadi di negara lain.<sup>25)</sup>

(8) Hakim pengadilan Negeri Kisaran Sumatera Utara pertengahan Agustus 1994 telah bertindak sewenang-wenang dalam mengadili terdakwa Suyatno. Menurut Suyatno ia diadili tanpa pemeriksaan saksi pelapor dan Jaksa hanya membacakan berita acara pemeriksaan (BAP). Tindakan hakim seperti itu bertentangan dengan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) yang mengisyaratkan bahwa dalam perkara pidana pemeriksaan harus disertai dengan pemeriksaan saksi pelapor.<sup>26)</sup>

(9) Peristiwa yang cukup menggelikan yakni hakim menyuap hakim terjadi di Pengadilan Negeri Tarutung Sumatera Utara, awal 1993. Hakim Yanter Gultom menyuap rekannya hakim Abid Saleh Mendrofa untuk memenangkan salah satu pihak dalam perkara yang sedang ditangani hakim Abid Saleh Mendrofa. Sementara itu, di Pengadilan Negeri Sidikalang Sumatera Utara diberitakan bahwa hakim E.L Silaban mendapat julukan hakim “kanan-kiri” yang artinya menerima suap dari kedua belah pihak yang berperkara dan memenangkan pihak yang paling tinggi bayarannya.<sup>27)</sup>

(10) Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat April 1993 ketika mengadili terdakwa Lina Juniwati telah melakukan serangkaian kesewenang-wenangan yakni :

(a) Hakim tidak mengindahkan surat keterangan Jaksa mengenai penangguhan penahanan bagi saksi yang sedang menderita sakit. Hakim tetap pada perintahnya agar saksi masuk tahanan.

(b) Hakim selalu memotong semua pernyataan penasihat hukum yang ditujukan kepada Jaksa. Akibatnya penasehat hukum tidak sempat berkonfrontasi dengan Jaksa, malah justru berkonfrontasi dengan hakim.

(c) Hakim mau memeriksa perkara yang tidak ada barang buktinya, pada hal dalam berkas perkara tertera adanya barang bukti itu.

(d) Hakim menolak barang bukti yang diajukan oleh pengacara terdakwa dengan alasan yang tidak jelas.

Buntut dari kesewenang-wenangan hakim itu, pengacara terdakwa mengajukan protes ke Pengadilan Tinggi dan Mahkamah Agung sambil mohon agar hakim itu diganti dengan hakim lain. Selama belum diganti pengacara tidak mau menghadiri sidang-sidang.<sup>28)</sup>

Selanjutnya masih dalam rangka menggambarkan kesewenang-wenangan kekuasaan kehakiman berikut ini disajikan beberapa contoh kesewenang-wenangan kekuasaan kehakiman yang bukan dilakukan oleh hakim secara individual tetapi dilakukan oleh majelis hakim atau oleh pejabat lembaga kekuasaan kehakiman,<sup>29)</sup> misalnya :

(1) Ketua Pengadilan Tinggi Jawa Timur Juni 1993 telah menunda eksekusi putusan MA hanya melalui telepon kepada Pengadilan Negeri Malang.<sup>30)</sup>

(2) Ketua Mahkamah Agung telah menelegram Kepala Rumah Tahanan (Rutan) Ujung Pandang agar menanggihkan pembebasan Kevin Franks (warga Negara Selandia Baru). Pada hal menurut KUHAP demi hukum ia harus dibebaskan karena masa penahannya telah habis.<sup>31)</sup>

(3) Dalam kasus Marsinah, telah terjadi kolusi antara Pengadilan Negeri Surabaya dengan pihak kepolisian dengan cara mempercepat proses persidangan perkara Pokok agar kesempatan mengajukan praperadilan terhadap polisi menjadi gugur.<sup>32)</sup>

(4) Surat Ketua Mahkamah Agung kepada Pengadilan Negeri Kuala Simpang Aceh, untuk menghentikan persidangan karena Mahkamah Agung menilai pengadilan tersebut telah melakukan kekeliruan dalam mengadili.<sup>33)</sup> Surat semacam itu menunjukkan adanya kesewenang-wenangan Mahkamah Agung karena kekeliruan dalam menerapkan hukum seyogyanya diluruskan dalam kasasi, bukan menghentikan persidangan.

(5) Pengiriman putusan kasasi MA dalam perkara waduk Kendugombo memakan waktu selama 11 bulan. Putusan yang ditandatangani tanggal 28 Juli 1993 diterima PN Semarang tanggal 14 Juli 1994.<sup>34)</sup> Diduga, MA sengaja mengendapkan putusan yang memenangkan tuntutan masyarakat Kendugombo untuk memberi kesempatan kepada pemerintah mengajukan Peninjauan Kembali pada saat yang tepat<sup>35)</sup>

(6) Eksekusi putusan MA oleh PN Banjarmasin terkatung-katung, pada hal telah memakan waktu 30 tahun lebih.<sup>36)</sup>

(7) Dalam kasus Marsinah, MA telah melakukan penahanan terhadap terdakwa melampaui jangka waktu yang ditentukan dalam KUHAP yakni untuk MA maksimum jangka waktu penahanan 170 hari (Pasal 28 dan Pasal 29).<sup>37)</sup> Hal ini menunjukkan adanya kesewenangan MA dengan terang-terangan telah melanggar Undang-Undang (KUHAP).

(8) Berdasarkan putusan sela MA, Pengadilan Tinggi Riau telah mengeluarkan dua putusan yang berbeda terhadap perkara yang sama. Putusan pertama tertanggal 14 Mei 1992 isinya membebaskan terdakwa Jaali dari hukuman 1 tahun penjara oleh pengadilan Negeri Bangkinang. Putusan kedua tertanggal 7 Juli 1995 isinya menghukum terdakwa Jaali satu tahun penjara. Menurut Ketua Muda bidang pidana umum, H Adi Andojo SH, hasil pemeriksaan Pengadilan Tinggi Riau sebagai akibat adanya putusan sela MA, tidaklah harus dibuat vonis baru, tetapi harus dikirim ke MA kembali. Menurut pengacara Jaali, Ramlan, tindakan MA mengeluarkan putusan sela tidak dikenal dalam UU tentang Mahkamah Agung. MA hanya berwenang membuat putusan yang isinya menolak atau menerima kasasi.<sup>38)</sup>

(9) Ketika Adi Andojo berhasil membongkar kolusi di MA, Ketua MA, Soerjono SH berang dan mengusulkan kepada Presiden pemberhentian Adi Andojo sebagai Hakim Agung.<sup>39)</sup> Tindakan sewenang-

wenang Ketua MA ini mendapat protes keras dari mahasiswa.

10) Majelis Hakim Pengadilan Negeri Sidoarjo telah melakukan pelanggaran terhadap Undang-Undang Perkawinan (UU No. 1 tahun 1974) dengan memutus anak luar kawin memiliki hubungan keperdataan dengan ayahnya. Pada hal Pasal 43 (1) Undang-Undang Perkawinan menyatakan bahwa anak luar kawin hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya.<sup>40)</sup>

11) Adanya ketidakkonsistenan MA terhadap putusan serta merta (uit voerbaar bij voorrad). Surat Edaran MA (SeMa) No. 6/1975 membolehkan putusan “uit voerbaar bij voorrad” dengan persyaratan tertentu. Tetapi SeMa No. 3 tahun 1978 melarang putusan serta merta sekalipun persyaratan Pasal 180 (1) HIR telah terpenuhi yakni dengan adanya alas hak yang otentik.<sup>41)</sup>

12) MA telah mengeluarkan Per.Ma. No. 1 tahun 1993 yang isinya bahwa MA bisa melakukan uji materiil secara langsung tanpa melalui pemeriksaan pengadilan rendahan. Per.Ma. ini jelas melanggar Pasal 26 UU No. 14 tahun 1970 yang pada pokoknya menyatakan hak uji materiil MA dilaksanakan pada pemeriksaan perkara di tingkat kasasi.<sup>42)</sup>

13) Adanya surat sakti Ketua MA No. KMA/126/1995 kepada Ketua Pengadilan Negeri Jayapura yang isinya menunda eksekusi putusan PK MA yang memenangkan kepala suku Hanoch Hebe Ohee dan mengalahkan Gubernur Irian Jaya. Surat semacam itu dinilai telah



menganulir putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap sehingga dapat menimbulkan ketidakpastian hukum.<sup>43)</sup>

14) Per.Ma. lain yang tergolong kontroversial adalah Per.Ma. No. 1 tahun 1980 yang isinya tentang peninjauan kembali. Pada hal materi itu menurut Pasal 21 UU No. 14/1970 harus diatur dengan Undang-Undang.<sup>44)</sup>

15) Putusan MA yang menggambarkan dengan sempurna kesewenang-wenangan MA adalah putusan peninjauan kembali (PK) No. 55/Pid/1996 dalam perkara Muchtar Pakpahan. Putusan PK itu membatalkan putusan kasasi MA No. 395/Pid/1995 dalam perkara yang sama.

Berhubung putusan PK MA itu dijadikan fokus uraian dalam latar belakang permasalahan (tema sentral) disertasi ini maka ada baiknya kalau putusan itu ditinjau agak lebih mendalam berikut ini. Data diambil dari majalah Varia Peradilan, No. 137/1997, halaman 5-62.

Muchtar Pakpahan adalah Ketua umum SBSI (Serikat Buruh Sejahtera Indonesia) yang didirikan tanggal 25 April 1992 di Jakarta. Sekitar pertengahan April 1994 di kota Medan marak terjadi unjuk rasa yang dilakukan oleh tidak kurang dari 20.000 buruh anggota SBSI. Mereka membawa poster-poster dan sepanduk yang bertuliskan kata-kata : a) "Kebebasan Berserikat Bagi Kaum Buruh"; b) "Naikkan Upah Buruh"; c) "Tuntaskan kasus kematian buruh Rusli"; d) Selesaikan Masalah PHK di PT Korek Api"; e) "SBSI Yes, SPSI No".

Sosok Muchtar Pakpahan diduga memiliki korelasi dengan meletusnya aksi buruh besar-besaran di Medan itu. Berhubung dengan itu ia ditangkap dan ditahan yang berwajib kemudian diajukan sebagai terdakwa pada pengadilan Negeri Medan. Jaksa Penuntut Umum menuduh Muchtar Pakpahan telah melakukan tindak pidana berupa penghasutan secara berlanjut dan menyebarkan tulisan yang isinya menghasut masyarakat. Atas perbuatannya itu Jaksa Penuntut Umum menuntut agar terdakwa oleh pengadilan Negeri Medan dinyatakan terbukti bersalah melakukan tindak pidana sesuai Pasal 160 Yo 64 (1) KUHP (primer) dan Pasal 161 (1) KUHP (subsider), dan karena kesalahannya itu terdakwa agar dijatuhi hukuman penjara selama 4 (empat) tahun dikurangi masa tahanan sementara serta terdakwa tetap berada dalam tahanan.

Atas tuntutan Jaksa penuntut umum itu akhirnya P.N. Medan mengeluarkan putusan yang isinya :

- a) Terdakwa telah terbukti dengan sah dan meyakinkan bersalah melakukan tindak pidana kejahatan.
- b) Menghukum terdakwa dengan hukuman penjara selama 3 (tiga) tahun.
- c) Menetapkan, masa penahanan yang telah dijalani terdakwa dikurangkan seluruhnya dari pidana yang dijatuhi.
- d) Dan seterusnya ..... dan seterusnya

Ternyata terdakwa tidak dapat menerima putusan PN Medan itu dan mengajukan banding kepada Penagihan Tinggi (PT) Medan.

Putusan PT. Medan isinya sebagai berikut :

- a) Menghukum terdakwa dengan hukum penjara selama 4 (empat) tahun.
- b) Menetapkan masa penahanan yang telah dijalani terdakwa dikurangkan dari pidana yang dijatuhkan.
- c) Memerintahkan terdakwa tetap ditahan dalam rutan.
- d) Menguatkan putusan Pengadilan Negeri Medan selebihnya.
- e) Dst ..... dst.

Dibandingkan dengan putusan PN Medan, putusan PT Medan lebih merugikan terdakwa karena hukuman penjara yang dijatuhkan lebih berat (4 tahun) yang semula hanya 3 tahun.

Sudah terang terdakwa dan penasehat hukumnya menolak putusan PT. Medan itu dan selanjutnya mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung (MA).

Setelah melakukan pemeriksaan di tingkat kasasi, MA mengeluarkan putusan yang isinya :

- a) Menyatakan terdakwa Dr. Muchtar Pakpahan SH. MA tidak terbukti secara sah dan meyakinkan bersalah melakukan kejahatan yang didakwakan kepadanya.
- b) Membebaskan terdakwa oleh karena itu dari semua dakwaan tersebut.
- c) Memulihkan hak terdakwa dalam kemampuan, kedudukan dan harkat serta martabatnya.
- d) Dst ..... dst .....

Putusan MA itu secara diamentral berbeda dengan putusan PN dan PT Medan. Untuk mengetahui alasannya perlu dilihat bagian pertimbangan hukum (Ratio decidendi) dari putusan itu, karena pada ratio decidendilah termuat alasan bagi dibuatnya putusan (the reason for the decision).<sup>45)</sup> Adapun alasan pokok mengapa MA sampai pada putusan membebaskan terdakwa karena menurut MA, PN dan PT Medan telah melakukan kekeliruan penafsiran terhadap ketentuan Pasal 160 jo 64 KUHP (tentang perbuatan “menghasut”) yang dibuat pada masa kolonial 85 tahun yang lalu. Kini ketentuan-ketentuan itu tidak cocok lagi diterapkan sehubungan dengan pengaruh kuat arus globalisasi dan keterbukaan serta dalam era usaha pemberdayaan peran dan fungsi orsospol menuju ke arah tatanan demokrasi yang berkualitas dalam naungan negara hukum Indonesia.

Dikaitkan dengan tipe hakim di Amerika Serikat dalam membuat putusan, Hakim Agung dalam membuat putusan pembebasan itu dapat digolongkan ke dalam tipe “Grand Style” yang dalam membuat kebijaksanaan berdasarkan pada politik hukum, berlawanan dengan tipe “Formal Style” yang dalam membuat putusan selalu berpegang pada deduksi logis tanpa politik hukum.<sup>46)</sup> Di samping itu, ditinjau dari segi ajaran pengambilan keputusan, nampaknya Hakim-Hakim Agung MA itu menganut ajaran “Perubahan Keadaan” (The Changed Circumstance Doctrine) yang dalam bahasa latin ajaran itu dilukiskan dalam adagium “Cessante Ratione, Cessat Ipsa Lex” (with the ceasing of the reason for

the existence of a legal rule, the legal rule itself cease to exist).<sup>47)</sup> Sebagai alasan (reason) dari politik hukum, kolonial Belanda dulu memasang Pasal-Pasal “menghasut” sebagai legal-rule adalah untuk memperkuat hak khusus (exorbitante rechten) Gubernur Jendral Hindia Belanda untuk mempertahankan status-quo pemerintah kolonial Belanda di Indonesia. Dengan Pasal-Pasal itu pemerintah Hindia Belanda tanpa halangan dapat meredam dan menumpas setiap gerakan kemerdekaan. Dengan mengesampingkan Pasal-Pasal kolonial itu sesungguhnya MA telah menolak aliran juridispositivisme dan berpaling pada aliran juridis-idealisme yang mengutamakan Rechts Idee.<sup>48)</sup>

Putusan MA yang membebaskan terdakwa Muchtar Pakpahan mendapat reaksi keras dari pihak Kejaksaan berupa upaya luar biasa pengajuan permintaan peninjauan kembali ke Mahkamah Agung. Selang beberapa lama akhirnya MA mengeluarkan putusan peninjauan kembali yang isinya sebagai berikut :

- a) Menyatakan terdakwa Dr. Muchtar Pakpahan SH MA telah terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan tindak pidana menghasut.
- b) Menghukum terdakwa dengan pidana penjara selama 4 (empat) tahun.
- c) Menetapkan masa penahanan yang telah dijalani terdakwa dikurangkan seluruhnya dari pidana yang dijatuhkan.
- d) Dst ..... Dst.....

Bila putusan PK itu ditinjau dari segi juridis-teoritis dan juridis normatif, terlihat adanya beberapa kejanggalan yakni :

(1) Putusan Peninjauan Kembali semestinya dikeluarkan oleh majelis hakim yang sama dengan majelis hakim yang membuat putusan kasasi. Prinsip ini dikemukakan oleh Soepomo dalam mengomentari Pasal 385 Rv (Reglement op de Rechtsvordering) tentang "Request Civiel" sebagai berikut :<sup>49)</sup>

"Menurut Pasal itu hakim yang memberi putusan yang telah pasti telah dalam beberapa hal dapat memeriksa kembali putusannya. Dengan lain perkataan, Permohonan untuk memeriksa kembali putusan hakim yang pasti harus diajukan kepada hakim yang memberi putusan itu ....." (Garis bawah dari penulis)

Dalam hukum positif Indonesia (KUHAP) dan Hukum Acara MA, tidak diatur asas kesamaan itu sehingga Majelis Hakim Agung yang mengadili perkara PK Muchtar Pakpahan berbeda dengan Majelis Hakim Agung yang mengadili perkara kasasi. Demi rasa keadilan dan obyektivitas semestinya majelis PK adalah sama dengan majelis kasasi, terlebih-lebih pada saat pembentukan majelis PK, semua anggota majelis kasasi masih dalam dinas aktif.

(2) MA menerima permintaan PK perkara Muchtar Pakpahan yang diajukan oleh Jaksa ternyata telah terang-terangan melanggar ketentuan hukum acara pidana yakni Pasal 263 (1) KUHAP yang lengkapnya berbunyi sebagai berikut :

(1) "Terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap kecuali putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum, terpidana atau ahli warisnya dapat

mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung”, (Garis bawah dari penulis)

Bertitik tolak pada rumusan itu semestinya MA menolak permintaan PK karena yang dimintakan PK itu adalah putusan bebas. (Exs putusan kasasi MA. No. 395/pid/95).

(3) Masih dalam konteks rumusan Pasal 263 (1) KUHAP itu, adalah jelas di situ dinyatakan bahwa yang berhak mengajukan permintaan peninjauan kembali adalah hanya terpidana atau ahli warisnya. Dengan demikian berarti Jaksa tidak berhak mengajukan permintaan peninjauan kembali. Oleh karena itu, semestinya MA menolak permintaan peninjauan kembali yang diajukan oleh Jaksa. Visi bahwa Jaksa tidak berhak mengajukan permintaan peninjauan kembali dalam konteks Pasal 263 (1) KUHAP sempat pula dilontarkan oleh pakar hukum pidana A. Hamzah dan Irdan Dahlan dalam komentarnya terhadap Pasal itu sebagai berikut :<sup>50)</sup>

.....”Yang berhak melakukan peninjauan kembali adalah terdakwa atau ahli warisnya. Jadi, penuntut umum tidak berhak untuk mengajukan permintaan peninjauan kembali. (Garis bawah dari penulis)

Dengan pelanggaran semacam itu MA berarti telah mengesampingkan asas “konsistensi logikal” dalam menerapkan hukum dan nyata-nyata mengabaikan hakikat Pasal 263 (1) KUHAP yang menurut hemat penulis memiliki karakter “semua atau tidak sama sekali” (alles of niets karakter). Secara materiil Pasal 263 (1) KUHAP yang melarang putusan bebas dimintakan PK sesungguhnya ia merupakan konkritisasi dari salah satu asas hukum yang oleh Meuwissen disebutkan sebagai

berikut : asas “Respek terhadap kepribadian manusia”.<sup>51)</sup> Putusan bebas oleh pengadilan adalah merupakan penghormatan (respek) tertinggi atas hak asasi manusia absolut yakni kemerdekaan diri pribadi. Respek terhadap pribadi manusia merupakan logika rasional dari Pasal 263 (1) itu sehingga dalam penerapan Pasal itu logika itu harus bisa selalu mengejawantah. Putusan PK MA telah gagal mengejawantahkan logika rasional dari Pasal 263 (1) KUHAP itu sehingga putusan itu dapat dikatakan tidak memiliki konsistensi logikal.

Sementara itu karakter “alles of niet” dari suatu kaidah oleh Dworkin (seperti disitir Bruggink) dijelaskan sebagai berikut.<sup>52)</sup>

“Jika orang untuk suatu kejadian tertentu telah menemukan aturan hukum yang dapat diterapkan terhadapnya maka aturan hukum itu memaksakan suatu keputusan tertentu. Aturan hukum tersebut tidak membuka kemungkinan bahwa pada waktu yang bersamaan terdapat suatu aturan hukum lain yang dapat diterapkan terhadap kejadian itu. Untuk setiap kejadian hanya terdapat satu aturan hukum yang dapat diterapkan yang menutup pintu bagi aturan hukum lainnya” (Garis bawah dari penulis)

Jika penjelasan Dworkin itu diproyeksikan pada rumusan Pasal 263 (1) KUHAP itu, jelas kiranya dalam hal MA menangani permintaan PK perkara pidana, Pasal itulah satu-satunya (alles of niet) yang harus diterapkan dan bukan Pasal lain, mengingat rumusan Pasal itu telah begitu jelas dan gamblang, sehingga tidak perlu diinterpretasikan lagi atau diciptakan norma hukum baru. Namun nyatanya MA telah mengabaikan karakter “alles of niet” dari Pasal 263 (1) KUHAP itu dan dengan tindakan sewenang-wenang telah menciptakan kaidah hukum baru,

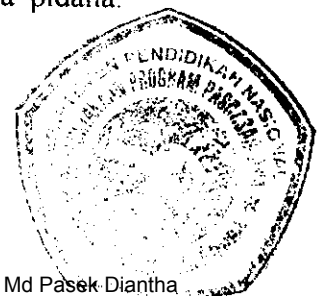


mengesampingkan atau bahkan meniadakan eksistensi Pasal 263 (1) KUHAP itu dengan membenarkan Jaksa mengajukan permintaan PK dan membenarkan putusan bebas dimintakan PK. Kesemuanya itu dilakukan MA dengan menggunakan dalih “kebebasan kekuasaan kehakiman”.

Jalan pikiran MA membenarkan Jaksa mengajukan PK dapat ditelusuri dalam bagian pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) dari putusan PK yang terkenal kontroversial itu. Di situ MA mengklasifikasi alasan mengapa Jaksa dapat mengajukan PK sebagai berikut :

- a) Bahwa dalam KUHAP tidak diatur kewenangan mengajukan PK.
- b) Bahwa oleh karena Jaksa mewakili kepentingan umum, maka Jaksa dapat mengajukan PK.
- c) Bahwa langkah MA menerima permintaan PK oleh Jaksa adalah dalam rangka membentuk jurisprudensi sebagai akibat adanya kekosongan hukum atau tidak jelasnya aturan hukum (KUHAP)
- d) Bahwa meski tidak diatur dalam KUHAP, MA melihat ada beberapa ketentuan hukum yang dapat ditafsirkan memberi indikasi bahwa Jaksa sesungguhnya mempunyai hak mengajukan permintaan PK. Ketentuan-ketentuan itu adalah : Pasal 21 UU No. 14/1970, Pasal 263 (1) KUHAP (yang tidak secara tegas melarang Jaksa mengajukan PK), Pasal 263 (3) KUHAP, RO, Peraturan Mahkamah Agung No. 1/1969, dan Peraturan Mahkamah Agung No. 1/1980.

Berdasarkan klasifikasi itu kiranya dapat dijelaskan bahwa MA bermaksud membuat suatu jurisprudensi di bidang hukum acara pidana.



Menurut Bagir Manan & Kuntana Magnar, ada 4 cara untuk membentuk jurisprudensi yakni : penafsiran, konstruksi, penggalian dan penciptaan.<sup>53)</sup>

Dikaitkan dengan langkah MA tersebut nampaknya MA telah membuat jurisprudensi (menerima PK yang diajukan pihak Jaksa) dengan cara penafsiran dan cara penggalian. Cara penafsiran dilakukan terhadap ketentuan Pasal 263 (1) dan Pasal 263 (3) KUHAP. Sementara cara penggalian berupa menggali ketentuan-ketentuan hukum lama yang sudah tidak berlaku baik yang berstatus Undang-Undang (RO) maupun yang bukan Undang-Undang (Per.Ma. No. 1/1969) dan Per.Ma. No. 1/1980.

Apakah jurisprudensi MA semacam itu memiliki bobot penting (dampak luas) terhadap dinamika sistem hukum Indonesia ? Secara konseptual, kriteria untuk menentukan apakah suatu putusan memiliki bobot penting atau tidak, dapat dilihat pada bagian ratio decidendi (pertimbangan hukum/konsideran) dan bukan pada obiter dicta (putusan/diktum). Berkaitan dengan ini Ian Mc Leod membedakan adanya dua jenis ratio decidendi yakni “descriptive ratio” dan “prescriptive ratio”, tentang descriptive ratio ia mengatakan :<sup>54)</sup>

*“In its descriptive sense the phrase ratio decidendi is used to describe the way in which the earlier judge reached the decision clearly, therefore in this context the later judge must acknowledge the materiality of the facts which the earlier judge treated as being material” (Garis bawah dari penulis)*

Berarti discriptive ratio itu adalah upaya mengidentifikasi fakta-fakta oleh hakim terdahulu dan fakta-fakta itulah yang merupakan materi (bahan) menyelesaikan sengketa. Bila fakta-fakta (material) sejenis muncul

kembali maka hakim belakangan sebaiknya mengakuinya sebagai fakta (materi) pemecahan perkara yang sedang ditanganinya.

Dengan demikian “descriptive ratio” tidak menyangkut soal hukumnya (mater of law), tetapi sekedar menyangkut tentang fakta (matter of fact). Contohnya barangkali bila hakim terdahulu menyatakan ayam itu tergolong hewan maka jika belakangan muncul sengketa tentang status ayam, hakim belakangan harus mengikuti sikap hakim terdahulu bahwa ayam memiliki status hewan. Berbeda dengan “prescriptive ratio” yang tentang hal ini Ian Mc Leod lebih jauh mengatakan :<sup>55)</sup>

“.....prescriptive ratio..... in other words the statement of law derived from the earlier case which that case prescribe as being the law for later court to follow” (Garis bawah dari penulis).

Berarti prescriptive ratio itu menggambarkan adanya penciptaan kaidah hukum baru oleh hakim terdahulu dan kaidah baru ini harus dianggap sebagai hukum oleh hakim belakangan. Ditinjau dari segi kekuatan mengikat, putusan yang mengandung prescriptive ratio memiliki bobot lebih penting karena kaidah baru yang diciptakan itu berlaku umum yang menyebabkan hakim belakangan menjadi terikat (it is prescriptive ratio which is binding).<sup>56)</sup> Jadi “matter of law” lebih penting dari “matter of fact” dalam kaitan penciptaan suatu jurisprudensi. Biasanya putusan yang “erga omnes” mengandung prescriptive ratio, sedangkan putusan yang “inter partes” mengandung “descriptive ratio”. Putusan erga omnes adalah putusan yang mengandung kaidah baru berlaku umum, sedangkan putusan inter partes adalah putusan yang kaidahnya berlaku khusus bagi

pihak-pihak yang berperkara. Putusan *erga omnes* terdapat di negara-negara yang menganut asas *stare decisis* (*precedent*) sedangkan putusan “*inter partes*” berlaku pada negara-negara yang tidak menganut asas “*stare decisis*”. Namun pada negara-negara yang menganut asas “*stare decisis*” dalam kenyataannya putusan *inter partes* otomatis berubah sifatnya menjadi *erga omnes*.<sup>57)</sup>

Dengan mengacu kepada pandangan Ian Mc Leod tentang putusan yang mengandung *prescriptive-ratio* (*matter of law*) memiliki bobot penting, kiranya putusan PK MA atas terdakwa Muchtar Pakpahan dapat digolongkan dalam katagori putusan berbobot penting, karena ia mengandung *precriptive-ratio* (*matter of law*) yakni kaidah hukum baru yang mengakui kewenangan Jaksa mengajukan PK. Tentu saja putusan itu memiliki sifat “*erga omnes*” karena ia berlaku umum, yakni selain berlaku bagi seluruh pengadilan rendah dan juga berlaku bagi seluruh Kejaksaan Negeri di seluruh Indonesia. Artinya di masa-masa mendatang tanpa ragu-ragu lagi Jaksa secara leluasa dapat mengajukan PK terhadap putusan pidana yang telah memiliki kekuatan hukum tetap, meski putusan itu berisi pembebasan terdakwa.

Berhubung putusan PK MA tersebut memiliki dampak yang sangat serius terhadap dinamika mekanisme sistem hukum Indonesia, demi kepentingan ilmu hukum kiranya “*prescriptive-ratio*” yang ditemukan dalam amar putusan itu perlu diadakan telaah lebih jauh untuk membuktikan seberapa jauh ia memiliki derajat koherensi. *Prescriptive*

ratio itu dikonkritisasi oleh serangkaian argumentasi MA (seperti telah disinggung di depan) sebagai berikut : (1) bahwa oleh karena Jaksa mewakili kepentingan umum maka ia harus diberi kewenangan mengajukan PK; (2) bahwa telah terjadi kekosongan dalam KUHAP sepanjang menyangkut kewenangan Jaksa itu, maka perlu diciptakan kaidah hukum baru untuk mengisi kekosongan itu, (3) bahwa penciptaan itu dilakukan dengan menggunakan teknik interpretasi terhadap Pasal 21 UU No. 14/1970 Pasal 263 (1) dan Pasal 263 (3) KUHAP, dan teknik penggalan (penelusuran) terhadap RO, Per.Ma. No. 1/1969 dan Per.Ma. No. 1/1980. Terhadap argumentasi (1) dapat diajukan bantahan sebagai berikut : Dalam perkara Muchtar Pakpahan tidak tepat kalau Jaksa dikatakan mewakili kepentingan umum. Pengertian kepentingan umum dalam perundang-undangan yang diacu oleh MA sangat luas karena di dalamnya termasuk “kepentingan pembangunan”, slogan demi “kepentingan pembangunan” senada dengan slogan demi “kepentingan revolusi” di masa orde lama yang terbukti telah menjebak alat penegak hukum untuk bertindak lebih menyenangkan elit kekuasaan ketimbang bertindak obyektif dalam menegakkan hukum. Dalam perkara itu yang pantas disebut mewakili kepentingan umum adalah Muchtar Pakpahan bersama SBSInya yang telah dengan gigih memperjuangkan kepentingan buruh (umum) yang ditindas oleh pihak majikan (Individual). Dalam hal itu yang lebih kentara memenuhi unsur kepentingan umum adalah kepentingan buruh karena jumlah buruh jauh lebih besar dari pada jumlah

majikan, oleh karena itu dalam perkara itu lebih tepat kiranya kalau jaksa dikatakan mewakili kepentingan hukum, bukan kepentingan umum. Dalam posisi demikian Jaksa seyogyanya mentaati putusan kasasi MA (yang membebaskan terdakwa) karena dalam suatu negara hukum MA adalah merupakan pemegang supremasi tertinggi masalah penegakan hukum. Terhadap argumentasi ke (2) dapat pula diajukan bantahan bahwa : tidak benar telah terjadi kekosongan hukum dalam KUHP. Pasal 263 (1) telah dengan lugas menyatakan yang boleh meminta PK adalah terdakwa atau ahli warisnya. Pihak lain (Jaksa) berarti tidak boleh. Anggapan terjadinya kekosongan hukum semata-mata adalah anggapan MA sendiri yang mengandung muatan politis, agar putusan kasasi MA dapat dianulir, mengingat putusan itu merugikan kepentingan penguasa yang saat itu sangat represif terhadap gerakan demokratisasi.

Begitu juga argumentasi ke (3) sangat lemah sehingga kepadanya perlu diajukan bantahan sebagai berikut : adalah benar bahwa PK dapat diajukan oleh pihak yang merupakan salah satu pihak yang bekepentingan, juga benar kalau Jaksa merupakan salah satu pihak yang berkepentingan. Yang tidak benar adalah MA tidak dapat menerapkan UU No. 14/1970 karena ia bersifat umum tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman (legi generalis), yang harus diterapkan adalah UU No. 8/1981 (KUHP) karena UU ini bersifat khusus (Lex specialis) yakni memuat kaidah-kaidah hukum khusus untuk kepentingan beracara. Bantahan yang ditujukan pada argumentasi (3) itu bertumpu pada adagium hukum yang berbunyi “Lex specialis derogat legi generalis” (hukum khusus mengesampingkan hukum

umum). Selain itu, sisi kelemahan lainnya andaikata Pasal 21 UU No. 14/1970 itu diterapkan secara murni tanpa mengkaitkan dengan Pasal 263 (1) KUHAP tentu selain Jaksa yakni : polisi, pengacara, pihak ketiga, dan lain-lain juga dapat mengajukan PK asalkan mereka itu mempunyai kepentingan. Kalau hal ini terjadi, lembaga PK jelas tidak lagi menjamin adanya kepastian hukum.

Berkenaan dengan Pasal 263 (1) KUHAP yang oleh MA dianggap di dalamnya tidak ada larangan tegas bagi Jaksa mengajukan PK ternyata hal itu merupakan suatu anggapan yang keliru. Untuk kejelasan penalaran Pasal itu perlu dikutip sekali lagi. Lengkapnya Pasal 263 (1) itu berbunyi :

“Terhadap keputusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap, kecuali putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum terpidana atau ahli warisnya dapat mengajukan permintaan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung” (Garis bawah dari penulis)

Jika disimak dengan seksama Pasal itu mengandung 4 (empat) kaidah hukum yakni :

(1) Hanya putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap yang dapat dimintakan PK.

(2) Putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum merupakan perkecualian yang berarti tidak dapat dimintakan PK.

(3) Hanya terpidana atau ahli warisnya yang dapat mengajukan PK bagi putusan yang tidak mengandung pembebasan atau pelepasan dari segala tuntutan hukum.

(4) Hanya Mahkamah Agung yang berwenang memeriksa PK.

Dengan memperhatikan kaidah-kaidah yang dikandungnya itu dapat dinyatakan bahwa hPasal 263 (1) KUHAP itu bersifat imperatif-

limitatif, imperatif artinya mengikat, limitatif artinya terbatas pada pihak yang disebut secara tegas di dalamnya. Lebih jauh ini berarti pihak yang tidak disebut secara tegas yakni : Jaksa, tidak dapat mengajukan PK karena hanya terdakwa atau ahli warisnya yang disebut secara tegas dapat mengajukan PK. Contoh lain sebagai analogi norma yang bersifat imperatif limitatif misalnya aturan yang berbunyi : “Di lapangan ini hanya kuda dan kambing yang dapat digembalakan. Penyebutan kuda dan kambing bersifat limitatif, artinya kerbau meski mempunyai kepentingan sangat besar untuk menikmati rumput di lapangan itu, menjadi tidak boleh digembalakan karena tidak disebut secara tegas dalam aturan itu. Berbeda kalau aturan itu tidak limitatif misalnya berbunyi “Di lapangan ini semua hewan dapat digembalakan”; tentunya kerbau tanpa ragu-ragu dapat digembalakan di situ.

Berkenaan dengan Pasal 263 (3) KUHAP yang juga diacu MA sebagai indikator Jaksa dapat mengajukan PK, ternyata MA telah melakukan kekeliruan penafsiran. Pasal 263 (3) itu tidak berbicara apa-apa tentang kewenangan Jaksa mengajukan PK. Untuk jelasnya ketentuan itu perlu dikutip seutuhnya, berbunyi :

“Atas dasar alasan yang sama sebagaimana tersebut pada ayat (2) terhadap suatu putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap dapat diajukan permintaan peninjauan kembali apabila dalam putusan itu suatu perbuatan yang didakwa telah dinyatakan terbukti akan tetapi tidak diikuti oleh suatu pemidanaan”.

Jalan pikiran MA barangkali, karena Jaksa yang berkewajiban membuktikan kesalahan terdakwa maka Jaksa pulalah yang berkepentingan agar pembuktiannya itu diikuti dengan penjatuhan hukuman pidana oleh



hakim MA dalam tingkat PK bila dalam putusan kasasi tidak dijatuhkan pidana. Bila benar demikian tentu jalan pikiran itu agak aneh karena, bukankah dalam pertimbangan putusan kasasi MA (yang terhadapnya diajukan PK oleh Jaksa) MA telah menyatakan perbuatan yang dilakukan terdakwa bukan merupakan perbuatan pidana sehingga hasil pembuktian Jaksa harus dikesampingkan. Dengan kata lain dalam pemeriksaan tingkat kasasi terdakwa tidak terbukti melakukan tindak pidana karena perbuatan yang dilakukannya memang bukan perbuatan pidana sehingga terdakwa harus dibebaskan. Berbeda misalnya jika dalam pemeriksaan kasasi MA menyatakan terdakwa terbukti bersalah namun tidak diikuti pemidanaan barulah Pasal 263 (3) KUHAP itu memiliki relevansi, itupun kalau kewenangan Jaksa diatur secara tegas dalam Pasal 263 (1) KUHAP untuk mengajukan PK.

Selanjutnya penggalan MA hingga kepada RO juga tidak relevan. Sebagaimana diketahui dengan dikeluarkannya KUHAP, RO telah dinyatakan tidak berlaku. Andaikata pula RO tetap berlaku tentu akan terjadi konflik norma antara RO dan KUHAP karena dalam RO kewenangan Jaksa mengajukan PK diakui sedangkan dalam KUHAP tidak diakui. Jika terjadi konflik semacam itu mestinya MA menyikapi dengan berpegang kepada dua asas yakni : (1) “Lex posteriori derogat legi priori”, yang artinya norma yang baru mendesak norma yang lama dan (2) “In dubio proreo” yang artinya jika terjadi keragu-raguan dalam menerapkan dua norma yang berbeda maka norma yang menguntungkan terdakwa yang harus diterapkan. Dengan asas (1) berarti KUHAP mengesampingkan RO (legi priori) dan ditilik dari kepentingan terdakwa, KUHAP lebih

menguntungkan terdakwa karena Jaksa tidak dapat mengajukan permintaan PK, maka sesuai asas (2) mestinya MA menerapkan KUHAP bukan menerapkan RO.

Argumentasi MA dengan dasar acuan Per.Ma. No. 1/1969 dan Per.Ma. No. 1/1980 yang menurut MA Per.Ma.-Per.Ma. itu memberi kewenangan kepada Jaksa mengajukan permintaan PK harus pula dibantah. Tidak benar kalau suatu produk hukum yang bukan produk legislatif dapat memberi kewenangan (to confer power) kepada institusi kenegaraan tertentu. Materi muatan sebuah Per.Ma. seyogyanya hanya mengikat struktur-struktur kekuasaan kehakiman dan tidak mengikat institusi-ekstern. Terlepas dari materi muatan Per.Ma.-Per.Ma. itu, secara normatif Per.Ma.-Per.Ma. itu sesungguhnya tidak mempunyai kekuatan mengikat karena MA dalam membuat Per.Ma.-Per.Ma. itu tidak mendapat delegasi kewenangan dari pembuat Undang-Undang terutama jika mengacu pada Pasal 21 UU No. 14/1970. Pasal itu selengkapnya berbunyi :

“Apabila terdapat hal-hal atau keadaan-keadaan yang ditentukan dengan Undang-Undang, terhadap putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum yang tetap dapat dimintakan peninjauan kembali kepada Mahkamah Agung dalam perkara perdata dan pidana oleh pihak-pihak yang berkepentingan”. (Garis bawah dari penulis).

Memperhatikan kata-kata yang penulis beri garis bawah nyatalah bahwa untuk pengaturan PK (Peninjauan Kembali) pembentuk Undang-Undang menunjuk pada Undang-Undang tertentu dan sama sekali tidak memberi delegasi kewenangan kepada Per.Ma.. Dalam kaitan ini persoalan delegasi adalah penting karena ia merupakan salah satu cara untuk menimbulkan kewenangan di samping cara atribusi dan mandat.<sup>58)</sup> Selain

Per.Ma.-Per.Ma. itu tidak memiliki kekuatan mengikat karena tidak memiliki landasan hukum (delegasi dari UU) dalam mengatur PK, kehadiran produk MA yang bersifat mengatur itu oleh sementara kalangan sulit dapat diterima karena sesuai ajaran Trias Politica, kekuasaan kehakiman c.q. MA memiliki fungsi utama untuk mengadili. Fungsi ini dilaksanakan dengan mengadakan "Law enforcement" dan satu-satunya produk yang dilahirkan olehnya adalah putusan (Vonnis).<sup>59)</sup> Bagaimanapun juga kehadiran Per.Ma. dalam kancah tata hukum Indonesia (kalau Per.Ma. itu memiliki kekuatan mengikat secara ekstern) telah menimbulkan kerancuan dan kontroversi hukum ; salah satu kontroversi yang ditimbulkannya berupa persoalan jika Per.Ma. dan produk MA lainnya tergolong peraturan perundang-undangan, dapatkah MA menguji materiil produknya sendiri.<sup>60)</sup>

Dari bantahan-bantahan yang diajukan terhadap argumentasi MA yang dikemukakannya dalam bagian pertimbangan putusan PK (berupa prescriptive ratio) dalam perkara Muchtar Pakpahan, nyatalah MA telah dengan leluasa menyalahgunakan kebebasan kekuasaan kehakiman sehingga merugikan pihak pencari keadilan. Ditinjau dari segi Hukum Tata Negara penyalahgunaan kebebasan (kesewenang-wenangan) itu telah menimbulkan dampak yang sangat serius bagi sistem hukum Indonesia berupa : (1) MA telah dengan sengaja melakukan pelanggaran terhadap Undang-Undang (KUHAP), dengan dalih menciptakan aturan hukum baru. Pelanggaran itu sama sekali tidak diikuti sanksi apa-apa; (2) dengan dalih menciptakan hukum baru MA sebenarnya telah menyerobot wewenang pembentuk Undang-Undang karena produk baru ciptaannya itu bersifat

mengikat umum (*erga omnes*) suatu materi yang selayaknya ditangani oleh badan legislatif sebagai pencerminan kemauan rakyat.

Untuk mencegah kesewenang-wenangan semacam itu penulis berkeyakinan, mutlak perlu adanya pemahaman akan adanya batas kebebasan kekuasaan kehakiman.

Lontaran pemikiran tentang perlu adanya batas kebebasan kekuasaan kehakiman itu sekilas telah pernah dikedepankan oleh berbagai kalangan terutama dari kelompok cendekiawan hukum.

Hans Kelsen misalnya, mengakui adanya kebebasan kekuasaan kehakiman, namun dalam melaksanakan kebebasan itu, kekuasaan kehakiman hanya tunduk pada hukum bukan pada organ kekuasaan kehakiman atau administratif yang lebih tinggi. Ini berarti hukum bersifat membatasi kebebasan kekuasaan kehakiman itu. Tentang tunduknya kebebasan kekuasaan kehakiman pada hukum, Kelsen mengatakan antara lain sebagai berikut :<sup>61)</sup>

“The judges are for instance, ordinarily “independent” that is they are subject only to laws and not to the orders (instructions) of superior judicial or administrative organs”. (Garis bawah dari penulis).

Senada dengan Kelsen, Montesquieu menegaskan bahwa dalam suatu negara republik, hakim dalam menjalankan kebebasannya harus tunduk pada hukum tertulis agar jangan merugikan kehormatan dan harta benda warga negara.<sup>62)</sup>

Lord Scarman, hakim Majelis Tinggi (House of Lord) Inggris menyadari adanya kesewenang-wenangan hakim dalam menciptakan hukum baru, yang dinilai telah melanggar ajaran Trias Politica karena

menyerobot fungsi parlemen. Menurut dia jika kebebasan hakim tidak dibatasi dan jika hakim mengambil keputusan hanya menuruti perasaannya sendiri mengenai apa yang dianggap benar tak pelak dalam pelaksanaan kekuasaan kehakiman akan muncul ketidakpastian dan kesewenang-wenangan. Tentang itu dia mengatakan .<sup>63)</sup>

“Whithin ..... limits .... Judges have a genuine creative role .... But the constitution separation of power or more accurately function, must be observed if judicial independence is not to be put at risk. For if peole and parliament come to think that the judicial power is to be confined by nothing other than the judge’s sense of what is right .... Confidence in the judicial system will be replaced by fear of it becaming uncertain and arbitrary in its application”.... (Garis bawah dari penulis).

Sehubungan dengan itu, kecaman terhadap kecenderungan penyalahgunaan kekuasaan kehakiman dengan menyerobot kewenangan pembentuk Undang-Undang juga sempat dilontarkan oleh Holmes. Dia mengimbau, jangan kiranya kebebasan hakim untuk menciptakan hukum itu dijadikan dalih untuk mengambil alih fungsi legislatif ( .....”but he has to remember that his function is judicial, not legislative, and that he ought no to use his judicial powers).<sup>64)</sup>

Di Amerika gagasan untuk membatasi kebebasan kekuasaan kehakiman berkembang dengan marak. Penomena yang sangat menarik dari kemunculan gagasan ini adalah bahwa para penggagasnya itu tidak saja berasal dari kalangan Senator, Guru Besar dan Presiden tetapi ternyata kalangan Hakim Agung pun ikut ambil bagian.

Demikianlah misalnya Senator William E. Jenner sangat mencemaskan kekuasaan MA AS yang begitu besar dalam membuat hukum baru dan dengan hukum baru ini katanya MA dapat membuka

kembali perkara lama yang tidak sempat menggunakan norma hukum baru (... A basis for reopening cases already tried which involved the point covered the new rule).<sup>65)</sup>

J.B. Grossman dan R.S. Wells guru besar hukum Tata Negara masing-masing dari Universitas Wisconsin dan Universitas Oklahoma juga cenderung membatasi kebebasan kekuasaan MA AS atas dasar semangat demokratis. Mereka menyatakan :<sup>66)</sup>

“If one accepts majority rule by elected official as the sole standard, than the supreme court is clearly an anomaly at best and at worst offensive to the very spirit of our democratic institutions”.

Artinya, jika orang menerima adanya asas suara terbanyak dari pejabat-pejabat yang dipilih rakyat sebagai satu-satunya standar, maka tindakan MA (membuat aturan hukum baru) adalah contoh anomali paling baik, dan dalam sisi terburuk tindakan MA itu merupakan perlawanan terhadap semangat demokrasi. Dikatakan perlawanan terhadap demokrasi karena suatu Undang-Undang (peraturan hukum baru) yang mengikat rakyat harus didasarkan pada persetujuan rakyat melalui wakil-wakilnya yang dipilih secara demokratis.

Selain Grossman dan Wells, tokoh-tokoh ternama AS yang juga menyerukan pembatasan kebebasan kekuasaan kehakiman AS adalah Thomas Jefferson, dengan artikelnya berjudul “An Argument Against Judicial Supremacy” dan Roosevelt dengan artikelnya berjudul “Address on Court Reform”.<sup>67)</sup> Seperti diketahui kedua tokoh itu adalah Presiden-Presiden AS yang amat tersohor dalam sejarah kenegaraan AS.

Dari kalangan Hakim Agung tak kurang dari nama-nama : Learned Hand dan Frankfurter ikut mengumandangkan perlunya pembatasan kebebasan kekuasaan kehakiman. Di kalangan sejawat mereka, kedua Hakim Agung itu dinilai eksklusif karena apa yang mereka tuntut berlawanan dengan tuntutan para hakim pada umumnya, yakni kebebasan penuh kekuasaan kehakiman. Kedua Hakim Agung itu beranggapan bahwa akan lebih demokratis jika suatu Undang-Undang dirubah oleh badan legislatif ketimbang oleh pengadilan. Tentang hal itu Rostow menyatakan.<sup>68)</sup>

“Some like judge Learned Hand and justice Frankfurter, are still closely link with the tradition of legal positivism .... Therefore they seek to limit the judges historic role in making law .... They know that law must be change as society changes but they would prefer law to be altered not by judges but by legislatures chosen, they believe more democratically than judges are. (Garis bawah dari penulis).

Selain kedua Hakim Agung yang beraliran positivis itu nampak juga Hakim Agung yang menganut paham hukum bebas (kebebasan hakim) yakni Hakim Agung Black mendukung upaya pembatasan kebebasan kekuasaan kehakiman. Dia beranggapan sebaiknya aturan yang telah pasti dan telah mempunyai pengertian mutlak tak dapat dijadikan bahan bagi pembentukan hukum baru, hal ini untuk menghindari tindakan sewenang-wenang pengadilan ( ..... as having fixed and absolute meaning, so that society will be protected against the arbitrary exercise of judicial power).<sup>69)</sup>

Akademisi AS lainnya yakni Prof. Dorothy B James dalam kaitan gagasan pembatasan kekuasaan kehakiman telah berpikir lebih konkrit dengan menunjuk salah satu batas kebebasan kekuasaan kehakiman yakni aturan hukum tentang hak asasi kebebasan manusia. Bagi dia, aturan ini merupakan area dimana hakim tidak boleh melakukan experimentasi untuk melahirkan kaedah hukum baru yang menghapuskan hak asasi manusia itu sendiri. (While flexibility was clearly preferable to the justice, there was one area where he would restrict experimentation, the field of civil liberties).<sup>70)</sup>

## 2. Permasalahan

Dari uraian latar belakang masalah di depan nampak betapa kebebasan kekuasaan kehakiman telah disalahgunakan sehingga menimbulkan kesewenang-wenangan dalam praktek penegakkan hukum. Untuk mengantisipasi itu tiada jalan lain yang perlu dilakukan kecuali menegaskan perlunya pemahaman terhadap batas kebebasan kekuasaan kehakiman. Ini berarti tema sentral (Permasalahan pokok) yang perlu dikedepankan dalam kontek penyalahgunaan kebebasan itu adalah tentang pemahaman batas kebebasan itu sendiri. Tema sentral itu dirumuskan dalam sebuah judul penelitian disertasi sebagai berikut : **“BATAS KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN”**.



Bila tema sentral (Permasalahan pokok) itu dikaitkan dengan uraian pada latar belakang masalah di depan maka dapat dimunculkan lima sub masalah yakni :

1) Sub masalah berupa “Eksistensi Kekuasaan Kehakiman dalam Suatu Negara Hukum Indonesia”. Hal ini mempunyai kaitan erat dengan batas kebebasan kekuasaan kehakiman karena sebelum membicarakan batas kebebasan kekuasaan kehakiman terlebih dahulu perlu diketahui eksistensinya serta hubungannya dengan kekuasaan lainnya terutama dengan pembentuk Undang-Undang yang menghasilkan dua jenis Undang-Undang yakni Undang-Undang yang tergolong hukum primer dan Undang-Undang yang tergolong hukum sekunder. Oleh karena itu sub Permasalahan pokok (1) itu akan mencakup aspek-aspek Permasalahan berupa : (a) aspek Indonesia negara hukum; (b) aspek urgensi pembagian kekuasaan dalam negara hukum Indonesia; (c) aspek ruang lingkup kekuasaan kehakiman; (d) hubungan fungsional antara kekuasaan kehakiman (judicial), eksekutif, dan legislatif; (e) aspek kekuasaan kehakiman dan jenis hukum materiil, serta jenis hukum formil.

2) Sub masalah berupa Landasan Teoritis Batas Kebebasan Kekuasaan Kehakiman yang akan meliputi aspek-aspek ; a) Urgensi Batas Kebebasan; b) Teori Kedaulatan Hukum; c) Teori Kedaulatan Rakyat; d) keterkaitan Teori Kedaulatan Hukum dan Teori Kedaulatan Rakyat; e) Teori Pembagian Kekuasaan; f) Konsep Judicial Self-Restraint.

3) Sub masalah berupa Batas Normatif Kebebasan Kekuasaan Kehakiman yang akan terdiri dari aspek-aspek; a) Batas Normatif-Absolut; b) Hukum Acara Tidak Dapat Didiskresi; c) Batas Normatif-Relatif.

4) Sub masalah berupa Batas Eksternal dan Internal yang akan terdiri dari aspek ; a) Batas Eksternal-Institusional; dan b) Batas Internal-Etikal.

5) Sub masalah berupa “Pengawasan Sebagai Upaya Pencegahan Ekses Pelanggaran Batas Kebebasan Kekuasaan Kehakiman”. Sebagaimana sub masalah pokok sebelumnya, sub masalah pokok (5) ini juga akan dibagi-bagi dalam beberapa aspek masalah yakni : a) Pengawasan Kekuasaan Kehakiman; b) Pengawasan Terhadap Pengadilan Rendahan; c) Pengawasan Oleh Pihak Eksekutif; d) Pengawasan Internal Terhadap Mahkamah Agung; e) Pengawasan Fungsional Dan Politis Terhadap Mahkamah Agung; f) Pengawasan Sosial Terhadap Mahkamah Agung.

Permasalahan yang mengandung dimensi dogmatik hukum akan membahas norma hukum (peraturan hukum) yang berkaitan dengan eksistensi kekuasaan kehakiman, berbagai Hukum Acara, aturan hukum yang berkaitan dengan pengawasan kekuasaan kehakiman, dan lain-lain.

Permasalahan yang mengandung dimensi teori hukum menyangkut aspek Permasalahan yang membahas tentang landasan teori perlunya pemahaman terhadap batas kebebasan kekuasaan kehakiman Indonesia dan

tentang bentuk (wujud) batas-batas kebebasan kekuasaan kehakiman Indonesia itu sendiri.

Permasalahan yang mengandung dimensi filsafat hukum terlihat dalam aspek masalah pokok terutama : tentang pelanggaran batas kebebasan kekuasaan kehakiman yang menimbulkan kesewenang-wenangan kekuasaan kehakiman. Menurut Meuwissen masalah kesewenang-wenangan kekuasaan dalam suatu negara demokrasi merupakan salah satu bidang kajian filsafat hukum.<sup>71)</sup>

### 3. Tujuan Penelitian

G. Kuypers, sebagaimana dikutip oleh Bruggink membedakan dua jenis tujuan dalam pengembangan ilmu hukum. Pertama ; tujuan dari penelitian hukum (het doel Van het onderzoek) dan kedua tujuan dalam penelitian hukum (het doel In het onderzoek). Perbedaan semacam ini dilakukan Kuypers dengan mengambil analogi tujuan perang dari Von Clausewitz. Menurut Von Clausewitz tujuan perang berupa : tujuan dari perang dan tujuan dalam perang. Tujuan dari perang bersifat luas (menaklukan negara ?) sedangkan tujuan dalam perang bersifat sempit yakni untuk membuat musuh tak berdaya. Bruggink mengklasifikasi paradigma Kuypers itu menjadi lebih jelas yakni : het doel van het onderzoek (tujuan dari penelitian) dikaitkan dengan kepentingan ilmu pengetahuan (kennisbelang) sedangkan het doel in het onderzoek (tujuan

dalam penelitian) dikaitkan dengan tujuan ilmu pengetahuan (kennis doel). Lebih jauh dikatakan, kennis-belang adalah kepentingan penelitian hukum untuk membangun teori hukum (karena proses ilmu tak pernah berhenti). Kennis doel berupa manfaat/kegunaan teori (ilmu pengetahuan) itu bagi masyarakat secara langsung. Untuk itu seorang ilmuwan hukum harus merumuskan Permasalahan hukum untuk mengaplikasikan teori-teori ilmu hukum agar teori-teori itu memiliki manfaat/kegunaan praktis kepada masyarakat.<sup>72)</sup>

Berdasarkan pandangan Bruggink itu, menurut pandangan penulis tujuan dari penelitian (het doel van het onderzoek) mengandung dimensi ilmiah berupa penemuan teori baru atau penyempurnaan teori lama. Sedangkan tujuan dalam penelitian (het doel in het onderzoek) mengandung dimensi praktis berupa manfaat/kegunaan teori ilmiah itu bagi kesejahteraan kehidupan MA luas. Dengan kata lain, untuk kejelasan konseptual, kiranya istilah “het doel Van het onderzoek” dapat disalin dengan “tujuan penelitian” (dimensi ilmiah) dan istilah “het doel in het onderzoek”, dapat disalin dengan “manfaat penelitian” (dimensi praktis). Dengan pemikiran seperti itu akan terlihat jelas perbedaan antara “tujuan penelitian” (tujuan umum) dan “manfaat penelitian” (tujuan khusus).

### **3.1. Tujuan Umum**

Dengan mengacu kepada paradigma Kuypers di atas maka tujuan umum penelitian ini adalah untuk :

1) Menegaskan bahwa dalam suatu negara hukum kekuasaan apapun (tidak terkecuali kekuasaan kehakiman) harus tunduk kepada hukum sesuai asas “supremasi hukum” (supremacy of the law).

2) Menegaskan, dengan berdasar pada teori kedaulatan rakyat dan teori kedaulatan hukum, hukum primer (primary rule) yakni hukum yang mengatur kepentingan masyarakat dan hukum sekunder (secondary rule) yakni hukum yang mengatur kekuasaan, memiliki perbedaan yang amat prinsipal dikaitkan dengan fungsi penegakan hukum (law enforcement) oleh kekuasaan judicial.

3) Menemukan konsep tentang batas-batas kebebasan kekuasaan kehakiman dan menegaskan pelanggaran atas kebebasan itu akan dapat menimbulkan kesewenang-wenangan yang sama buruknya dengan kesewenang-wenangan dalam kondisi tanpa adanya kebebasan kekuasaan kehakiman.

4) Menemukan konsep, bahwa hakim tidak dapat membuat jurisprudensi (mengisi kekosongan/menciptakan hukum baru) di bidang hukum yang tergolong jenis secondary rules, mengingat fungsi secondary rules dalam suatu negara hukum sangat signifikan yakni sebagai pengatur kekuasaan (conferring power). Hakim hanya dapat membuat jurisprudensi di bidang hukum yang tergolong primary rules.

5) Menemukan konsep tentang kewenangan pengawasan terhadap kekuasaan Mahkamah Agung

### 3.2. Tujuan Khusus

Seperti diuraikan dalam latar belakang Permasalahan, akibat tindakan sewenang-wenang kekuasaan kehakiman yang melanggar batas kebebasannya, para pencari keadilan telah dirugikan, karena adanya putusan-putusan maupun tindakan-tindakan yang mencerminkan ketidakadilan. Dengan demikian, penelitian ini mempunyai tujuan khusus berupa :

1) Para hakim dan pejabat pengadilan; dengan memahami batas-batas kebebasannya dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman akan dapat dihindari tindakan sewenang-wenang dan pembuatan putusan yang tidak adil.

2) Pihak legislatif untuk memprioritaskan pemantauannya terhadap substansi Undang-Undang yang tergolong “secondary rules” agar Undang-Undang ini selalu dapat memenuhi kebutuhan kekuasaan kehakiman dalam menjalankan fungsinya. Dengan demikian akan dapat dihindari upaya pengadilan mengisi kekosongan hukum atau menciptakan hukum baru yang berbentuk jurisprudensi di bidang hukum sekunder (acap kali dilakukan dengan dalih adanya kebebasan kekuasaan kehakiman).

3) Pihak masyarakat pencari keadilan ; mereka tentunya paling merasakan manfaat penelitian ini karena mereka akan mendapatkan keadilan bila hakim memahami batas-batas kebebasannya dalam membuat putusan atau dalam melakukan tindakan judicial lainnya.

4) Kalangan masyarakat ilmiah dan para pembaca lainnya akan mendapat informasi baru yang bersifat ilmiah di sekitar perlunya kekuasaan kehakiman memahami dan mentaati batas-batas kebebasannya. Informasi itu tertuang dalam disertasi yang merupakan sumbangan kepada Ilmu Hukum.

5) Pihak penulis sendiri memetik manfaat yang amat besar karena dengan penelitian ini penulis mendapat kesempatan memperluas wawasan keilmuan dengan menghasilkan sebuah disertasi yang merupakan salah satu persyaratan untuk menyelesaikan studi S3 Ilmu Hukum.

#### **4. Kerangka Teoritik**

Kerangka pemikiran yang digunakan untuk memunculkan tema sentral ataupun Permasalahan dalam penelitian ini adalah bahwa dalam suatu negara hukum, hukum memiliki supremasi. Baik pemerintah maupun rakyat harus tunduk pada hukum. Pemerintah dalam arti luas memanifes dalam wujud berbagai kekuasaan yang secara garis besar terbagi dalam 3 jenis kekuasaan yakni kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif dan kekuasaan judicial.

Bertitik tolak dari ajaran supremasi hukum itu maka tidak saja kekuasaan legislatif dan eksekutif yang harus tunduk pada hukum, kekuasaan judicial pun harus tunduk pada hukum. Tetapi seringkali meski kekuasaan kehakiman itu nyata-nyata melanggar Undang-Undang, opini ilmiah belum menemukan satu konsensus untuk meminta

pertanggungjawaban pada pengembalian kekuasaan kehakiman itu karena terbentur pada ajaran kebebasan kekuasaan kehakiman. Artinya seorang hakim tidak bisa dipersalahkan dalam hal dia melakukan fungsi mengadili karena dijamin oleh prinsip kebebasan kekuasaan kehakiman. Penulis sendiri ragu, apa betul prinsip kebebasan kekuasaan kehakiman dapat dimaknai, bahwa hakim secara bebas dapat menyimpangi aturan hukum pada saat ia melakukan peradilan. Apa betul hakim memiliki kebebasan mutlak (tanpa batas) dalam melakukan fungsi judicial. Apa logis dalam suatu negara hukum, hakim kebal hukum ?

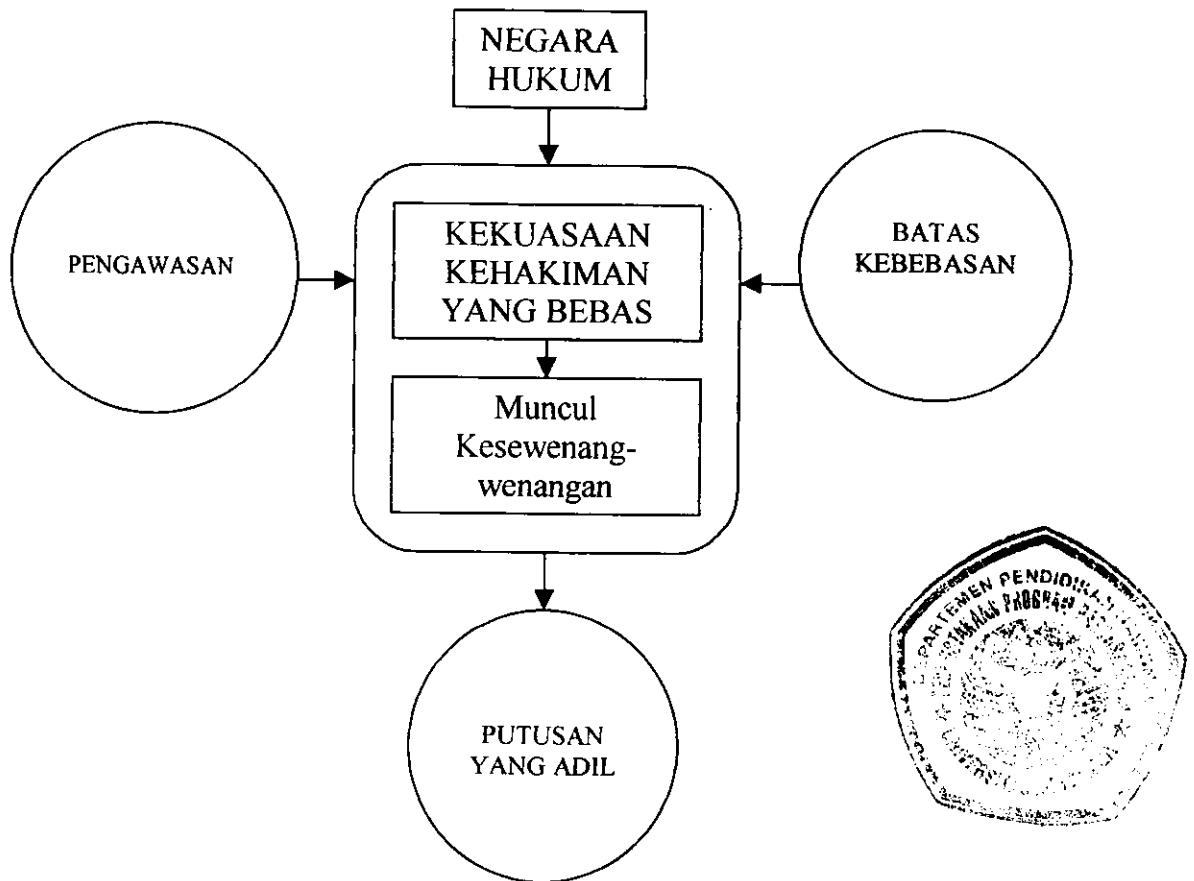
Sekali lagi, berdasarkan pada ajaran supremasi hukum penulis berkeyakinan pastilah ada batas kebebasan kekuasaan kehakiman itu yang menyebabkan mereka tidak kebal hukum. Keyakinan itulah yang mendorong penulis untuk memunculkan tema sentral tentang perlunya pemahaman terhadap batas kebebasan kekuasaan kehakiman agar kekuasaan kehakiman itu tidak sewenang-wenang (despotis).

Jadi kerangka pemikiran dalam konteks penelitian ini adalah ;

- 1) Dalam suatu negara hukum setiap kekuasaan harus tunduk pada hukum tidak terkecuali kekuasaan kehakiman;
- 2) Oleh karena kekuasaan kehakiman secara universal diakui memiliki kebebasan, seringkali kesewenang-wenangan yang dilakukan dianulir dengan menggunakan dalih kebebasan itu;
- 3) Untuk mengantisipasi hal itu demi terciptanya putusan hakim yang adil perlu dipahami adanya batas-batas kebebasan kekuasaan kehakiman itu yang tidak boleh dilanggar oleh hakim;
- 4) Perlu adanya



lembaga di luar pengadilan yang dapat mengawasi kekuasaan kehakiman. Jika kerangka pemikiran itu dituangkan dalam suatu bagan akan nampak sebagai berikut :



#### 4.1. Metode Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian Ilmu Hukum Dogmatik. Pertama-tama perlu dijelaskan bahwa oleh karena Ilmu Hukum Dogmatik itu merupakan ilmu yang “Sui generis” yakni ilmu yang tak dapat dibanding (diukur, dinilai) dengan ilmu yang lain,<sup>73)</sup> maka metode penelitiannya pun bersifat spesifik, berbeda dengan ilmu lain.

Berhubung dengan hal itu, secara sekilas akan ditinjau ciri-ciri dan karakter keilmuan Ilmu Hukum Dogmatik itu.

Adapun ciri-cirinya adalah : a) bersifat menganalisis (tidak semata-mata erklaren/menjelaskan); b) berkaitan pada pengembangan sistem terbuka; c) bersifat hermeneutis (interpretasi); d) penilaian (evaluasi) hukum yang berlaku; e) memberi model-teoritis bagi kepentingan praktek hukum.<sup>74)</sup> Jika semua ciri-ciri itu diproyeksikan pada penelitian ini maka akan tampak adanya suatu koherensi. Ciri a) dilakukan dengan menganalisis perlunya penentuan batas kebebasan kekuasaan kehakiman; Ciri b) berupa penekanan bahwa sistem terbuka itu hanya cocok bagi jenis kaedah hukum yang tergolong primary rules (hukum primer); Ciri c) berupa interpretasi terhadap putusan hakim (terutama bagian prescriptive-rationya) dan interpretasi terhadap peraturan perundang-undangan yang memberi indikasi adanya batas kebebasan kekuasaan kehakiman; Ciri d) berupa penilaian putusan pengadilan yang tidak mencerminkan rasa keadilan dan penilaian terhadap peraturan perundang-undangan yang belum memadai karena belum mengatur kewenangan untuk mengawasi kekuasaan Mahkamah Agung Indonesia; Ciri e) berupa hasil penelitian yang di dalamnya memunculkan konsep baru yang dapat dipakai landasan untuk praktek hukum terutama bagi pengadilan agar dalam penegakkan hukum ("law enforcement") tidak melanggar batas kebebasan kekuasaan kehakiman.

Adapun karakter Ilmu Hukum Dogmatik (yang menurut Kelsen memiliki sudut pandang normatif)<sup>75)</sup> adalah sangat berbeda dengan karakter ilmu-ilmu lainnya terutama dengan ilmu-ilmu empiris. Perbedaan yang paling pokok sedikit-dikitnya ada 4 (empat) yakni : 1) relasi ilmuwan; 2) jenis pengetahuan; 3) sikap ilmuwan; 4) teori kebenaran.<sup>76)</sup>

Dari segi relasi ilmuwan dalam Ilmu Hukum Dogmatik relasi ilmuwan berupa hubungan subyek-subyek bukan hubungan subyek-obyek seperti pada ilmu-ilmu empiris.

Dari segi jenis pengetahuan, ilmu hukum dogmatik menghasilkan pengetahuan yang bersifat inter-subyektif sedangkan ilmu empiris menghasilkan pengetahuan yang bersifat obyektif.

Sementara dari segi sikap ilmuwan, dalam Ilmu Hukum Dogmatik ilmuwan bersikap sebagai peserta (*deelnemer*) ikut aktif dalam menginterpretasi dan menilai obyek. Tidak demikian halnya dalam ilmu empiris, ilmuwan bersikap sebagai penonton berdiri dalam perspektif eksternal. Segi 1), 2) dan 3) itu menyebabkan Ilmu Hukum Dogmatik tidak bebas nilai seperti halnya ilmu empiris (ilmu alam) melainkan ia sarat akan nilai. Hal ini bermuara pada teori kebenaran (segi ke 4) yang dianut Ilmu Hukum Dogmatik berupa “kebenaran pragmatik” yang berbeda dengan kebenaran ilmu empiris yakni “kebenaran korespondensi”.

Kebenaran pragmatik adalah kebenaran yang mementingkan berfungsinya suatu teori keilmuan secara memuaskan. Suatu teori hukum dianggap benar bila teori itu berfungsi dalam kenyataan praktek hukum.

Untuk menentukan kebenaran jenis ini diperlukan persetujuan (konsensus) dari mereka yang akan menggunakan teori itu atau oleh kalangan sejawat ilmuwan.

Karakter khas Ilmu Hukum Dogmatik yang berupa kandungan kebenaran pragmatik dan ciri khas Ilmu Hukum Dogmatik berupa analisis-evaluatif seperti tersebut di atas merupakan landasan pokok bagi penentuan metode penelitian yang digunakan dalam penulisan disertasi ini.

Beranjak dari hal itu maka dapat ditegaskan bahwa metode penelitian ini adalah metode penelitian hukum dogmatik (yang memiliki ciri dan karakter tertentu) maka metode penelitiannya berupa upaya menganalisis, menginterpretasi dan mengevaluasi obyek penelitian yang berupa norma hukum dengan maksud agar hasil penelitian itu nantinya bisa memperoleh persetujuan (konsensus) dari kalangan ilmuwan hukum sehingga diperoleh kebenaran pragmatik. Berkait dengan upaya itu sudah barang tentu terbuka lebar peluang untuk menelusuri keakuratan analisis-interpretasi dan evaluasi itu, sesuai dengan sifat *controleer-baar* (keterbukaan untuk direspon) dari setiap deskripsi normatif.

Berkenaan dengan pendekatan yang digunakan dalam mendeskripsi Permasalahan penelitian, penelitian ini menggunakan pendekatan konseptual (*conceptual approach*), pendekatan norma Undang-Undang (*statue approach*) dan pendekatan perbandingan konstitusi.

Sementara logika berpikir yang digunakan dapat dirumuskan urutan-urutannya sebagai berikut : deduktif-induktif-deduktif. Deduksi awal,

berupa pemikiran deduksi dari konsep negara hukum dan konsep kebebasan kekuasaan kehakiman. Pemikiran induksi diperlukan dalam menganalisis putusan pengadilan tertentu yang melanggar batas kebebasan kekuasaan kehakiman. Deduksi akhir, berupa kesimpulan bahwa secara teoritis perlu adanya batas kebebasan kekuasaan kehakiman dan pengawasan terhadap kekuasaan kehakiman itu sendiri.

Akhirnya sebagai data (bahan) penelitian akan digunakan bahan hukum primer (berupa Undang-Undang dan putusan pengadilan) dan bahan hukum sekunder berupa text-book, jurnal, majalah dan dokumen lain sepanjang berkaitan dengan tema sentral.

## CATATAN

- 1) Edgar Bodenheimer; Jurisprudence the Philosophy and Method of The Law, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1962, h. 46.
- 2) Montesquieu; The Spirit of The Law, Translated by Thomas Nugent, Hafner Press, New York, 1949, h. 15
- 3) Konijnenbelt/Van Wijk; Hoofdstukken Van Administratief Rechts, Vuga, S Gravenhage, 1984, h. 34
- 4) M Scheltema; De Rechtsstaat, Dalam JWM Engels (et al.) "De Rechtsstaat herdacht", Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, h. 17.
- 5) Yash Ghai; The Rule of Law and Human Rights in Malaysia and Singapore", Kehmas 2 Grael, Selangor, 1989, h. 17
- 6) Sir Anthony Mason; The Second Annual Australian Lecture, 20 October 1994, Kedubes Australia, Jakarta, h.29
- 7) Prajudi Atmosudirdjo, (et al.); Konstitusi Soviet, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, h. 85
- 8) Prajudi Atmosudirdjo, (et al.); Konstitusi RRC, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, h.37
- 9) Prajudi Atmosudirdjo, (et al.); Konstitusi Kuwait, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, h.47-48
- 10) Humas Kedubes Rep. Islam Iran; Konstitusi Iran, h. 82
- 11) Prajudi Atmosudirdjo, (et al.); Konstitusi Lebanon, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, h.15-16
- 12) Prajudi Atmosudirdjo, (et al.); Konstitusi Laos, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, h.46
- 13) Prajudi Atmosudirdjo, (et al.); Konstitusi Jepang, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, h.36

<sup>14)</sup> Undang-Undang ini agak aneh, karena konsiderannya menunjuk Pasal 24 UUD 1945 yang bila rumusan Pasal itu dicermati ternyata tidak tercakup di dalamnya kekuasaan Kejaksaan.

<sup>15)</sup> Menurut hemat penulis, istilah “peradilan” dalam Pasal 10 itu kurang tepat karena istilah itu menunjuk kepada suatu proses mengadili yang di dalamnya terlibat tidak saja kekuasaan kehakiman (hakim) juga kekuasaan kepolisian (polisi) dan kekuasaan Kejaksaan (Jaksa). Ternyata 4 jenis Undang-Undang sebagai pelaksana Pasal 10 itu di dalamnya tidak mengatur keterlibatan kekuasaan kepolisian dan kekuasaan kejaksaan dalam proses mengadili oleh karena itu istilah “peradilan” lebih tepat diganti dengan istilah “pengadilan”.

<sup>16)</sup> K Wantjik Saleh; Kehakiman dan Peradilan, Simbur Chaya, Jakarta, 1976, h. 20.

<sup>17)</sup> Ibid, h. 21 – 23.

<sup>18)</sup> Bagir Manan; Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia, Universitas Islam Bandung, 1995, h.10-11

<sup>19)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 13, tanggal 15 Oktober 1992, h.64

<sup>20)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 07, tanggal 23 Juli 1992, h.84

<sup>21)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 05, tahun II, tanggal 24 Juni 1993, h.82

<sup>22)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 11, tanggal 17 September 1992, h.54

<sup>23)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 10, Tahun II, 2 September 1993, h.81

<sup>24)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 24, Tahun II, tanggal 17 Maret 1994,  
h.96

<sup>25)</sup> ....., Forum Keadilan; No.15, Tahun II, tanggal 11 November 1993,  
h.5

<sup>26)</sup> ....., Forum Keadilan; No.08, Tahun III, tanggal 4 Agustus 1994,  
h.9.

<sup>27)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 24, Tahun IV, tanggal 11 Maret 1996,  
h.17

<sup>28)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 03, Tahun II, tanggal 17 Mei 1993, h.67

<sup>29)</sup> Pejabat kekuasaan kehakiman misalnya Ketua Pengadilan dan Ketua Mahkamah Agung.

<sup>30)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 04, Tahun II, tanggal 10 Juni 1993, h.58-60

<sup>31)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 03, Tahun II, tanggal 27 Mei 1993, h.65

<sup>32)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 16, Tahun II, tanggal 25 November 1993, h.18

<sup>33)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 04, Tahun III, tanggal 9 Juni 1994, h.107

<sup>34)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 04/1994, Op.Cit., h.107

<sup>35)</sup> Ternyata kemudian setelah Ketua Majelis Hakim Agung yang memenangkan gugatan masyarakat Kedungombo pensiun, Pemerintah Daerah Jawa Tengah mengajukan Permohonan Peninjauan Kembali dan dikabulkan oleh Majelis Hakim Agung yang baru.

<sup>36)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 21, Tahun IV, tanggal 29 Januari 1996, h.56-57

<sup>37)</sup> ....., Gatra; No. 18, Tahun I, tanggal 18 Maret 1995, h. 79

<sup>38)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 06, Tahun V, tanggal 1 Juli 1996, h. 34-35

<sup>39)</sup> Presiden tidak memberi keputusan atas usul Ketua MA itu. Adi Andoyo kemudian berenti sebagai Hakim Agung karena menjalani masa pensiun (bukan diberhentikan Presiden).

<sup>40)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 16, Tahun VI, tanggal 17 November 1997, h.40

<sup>41)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 07/1992, Op.Cit., h.90

<sup>42)</sup> ....., Forum Keadilan; No. 06/1993, Op.Cit., h.11

<sup>43)</sup> Atmaja; Kebebasan Hakim dan Surat Ketua MA, Dalam Majalah Ilmiah "Kerta Wicaksana", Fakultas Hukum Universitas Warmadewa Denpasar, 1995, h.10



- <sup>44)</sup> Philipus, M. Hadjon; Lembaga Tertinggi dan Lembaga-Lembaga Tinggi Negara Menurut UUD 1945, Suatu Analisa Hukum dan Kenegaraan, PT. Bina Ilmu, Surabaya, 1987, h.65, (I)
- <sup>45)</sup> Ian Mc Leod; Legal Method, Macmillan, London, 1996, 137
- <sup>46)</sup> W Van Gerven; Het Beleid Van de Rechter, Alih Bahasa Hartini Tranggono, Erlangga, Jakarta, 1973, h.35.
- <sup>47)</sup> Ian Mc Leod; Op.Cit., h. 148.
- <sup>48)</sup> M Koesnoe; Pasti ada Kolusi di Mahkamah Agung, Editor Hadely Hasibuan, Liga Pro Adi, Jakarta, Tanpa Tahun, h.178-181.
- <sup>49)</sup> R Soepomo; Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri, Pradnya Paramita, Jakarta, 1994, h. 99.
- <sup>50)</sup> A Hamzah & Irdan Dahlan; Perbandingan KUHAP/HIR dan Komentar, Ghalia Indonesia; Jakarta, 1984, h.356.
- <sup>51)</sup> JJH Bruggink; Refleksi tentang Hukum, Terjemahan Arief Sidharta, PT Citra Aditya Bakti Bandung, 1996, h.136.
- <sup>52)</sup> JJH Bruggink; Ibid., h. 126.
- <sup>53)</sup> Bagir Manan & Kuntana Magnar; Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia, Alumni, Bandung, 1993, h. 145.
- <sup>54)</sup> Ian Mc Leod; Op.Cit., h. 139.
- <sup>55)</sup> Ian Mc Leod; Loc.Cit., h. 152.
- <sup>56)</sup> Ian Mc Leod; Op.Cit., h. 152.
- <sup>57)</sup> Bagir Manan; Op.Cit., h. 28-29.
- <sup>58)</sup> Philipus M Hadjon: "Fungsi Normatif Hukum Administrasi Dalam Mewujudkan Pemerintahan yang Bersih", Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Ilmu Hukum Pada Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Tgl. 10 Oktober 1994, h. 7 (II).
- <sup>59)</sup> Philipus M Hadjon (I); Op.Cit., h. 48.

- <sup>60)</sup> Philipus, M Hadjon; "Eksistensi Per.Ma. Dan Se.Ma. Dalam Tatahan Hukum Nasional", Makalah, Pada Diskusi Panel, Diadakan oleh Senat Mahasiswa Fakultas Hukum Ubaya, Tanggal 21 Desember 1993, h.5, (III).
- <sup>61)</sup> Hans Kelsen; General Theory of Law and State Russel & Russel, New York, 1945, h.275.
- <sup>62)</sup> Montesquieu; Op.Cit., h. 25.
- <sup>63)</sup> Philipus, M Hadjon (I); Op.Cit., h. 48
- <sup>64)</sup> Ian Mc Leod; Loc.Cit., h. 207.
- <sup>65)</sup> E William Jenner; American Government, Editor PH Odegard, Harper & Row, New York, 1964, h.328.
- <sup>66)</sup> JB Grossman & RS Well; Constitutional Law and Judicial Policy Making, John Willey & Sons, Toronto New York, London, Sydney, 1972, h.128
- <sup>67)</sup> Peter H Odegard; American Government, Reading and Document; Harper & Row, New York, 1964, h. 319.
- <sup>68)</sup> Eugene V Rostow; The Sovereign Prerogative the Supreme Court and The Quest for Law, Yale University Press, New Haven and London, 1963, h. xvi.
- <sup>69)</sup> Eugene V Rostow; Ibid., h. xvii.
- <sup>70)</sup> Dorothy B James; Law and The Behavioral Sciences, Editor L.M. Friedman & Stewart Macaulay, Bobbs-Meril Company, Inc., New York, tanpa tahun, h.328.
- <sup>71)</sup> DHM Meuwissen; Pro Justitia Tahun XII, No. 3, Juli 1994, Terjemahan Arief Sidharta, h. 4 (I).
- <sup>72)</sup> JJ Bruggink; Op.Cit., h. 216.
- <sup>73)</sup> DHM Meuwissen; Pro Justicia Tahun XII, No. 4, Oktober, 1994, Terjemahan Arief Sidharta, h.26, (II)
- <sup>74)</sup> DHM Meuwissen; Ibid., h. 26-28.
- <sup>75)</sup> DHM Meuwissen; Ibid., h. 25.
- <sup>76)</sup> JJ Bruggink; Op.Cit., 189.

## **BAB II**

# **NEGARA HUKUM INDONESIA DAN KEKUASAAN KEHAKIMAN**

### **1. Indonesia Negara Hukum**

#### **1.1. Pengertian Negara Hukum**

Sebelum menguraikan Indonesia suatu negara hukum dipandang perlu terlebih dahulu meninjau pengertian dan keanekaragaman konsep negara hukum.

Tentang pengertian negara hukum, banyak dijumpai dalam kepustakaan hukum Indonesia. Wiryono Prodjodikoro memberi pengertian negara hukum sebagai berikut ; negara hukum adalah negara dimana para penguasa dalam melaksanakan tugas kenegaraan terikat pada peraturan-peraturan hukum yang berlaku.<sup>1)</sup>

M. Yamin mengartikan negara hukum sebagai suatu negara yang menjalankan pemerintahan tidak menurut kemauan orang-orang yang memegang kekuasaan, melainkan menurut aturan tertulis yang dibuat oleh badan-badan perwakilan rakyat yang terbentuk secara sah, sesuai dengan asas "the laws and not men shall govern".<sup>2)</sup>

Sementara itu Joeniarto memberi pengertian negara hukum adalah negara dimana tindakan penguasanya harus dibatasi oleh hukum yang berlaku.<sup>3)</sup>

Sudargo Gautama<sup>4)</sup> yang menyatakan bahwa paham negara hukum berasal dari ajaran kedaulatan hukum memberi pengertian; negara hukum adalah negara dimana alat-alat negaranya tunduk pada aturan hukum.<sup>5)</sup>

Di sisi lain Soediman Kartohadiprodjo menyatakan bahwa negara hukum adalah negara dimana nasib dan kemerdekaan orang-orang di dalamnya dijamin sebaik-baiknya oleh hukum.<sup>6)</sup>

Jika dicari inti dari pengertian negara hukum yang dikemukakan oleh para sarjana Indonesia yang cukup terkemuka itu, nampaknya mereka semua menekankan tentang tunduknya penguasa terhadap hukum sebagai esensi negara hukum. Esensi negara hukum yang demikian itu sangat relevan dengan tema sentral disertasi ini yang menitikberatkan pada tunduknya kekuasaan kehakiman pada hukum.

Untuk lebih memantapkan dukungan ilmiah terhadap kebenaran proposisi “kekuasaan kehakiman tunduk pada hukum” perlu dilakukan pembahasan yang lebih luas tentang keanekaragaman konsep negara hukum sebagai batu loncatan untuk sampai pada uraian Indonesia adalah negara hukum seperti telah disinggung di depan. Dalam pengkajian Indonesia adalah negara hukum akan ditekankan pada pemikiran bahwa kekuasaan kehakiman Indonesia juga tunduk pada hukum. **Pemikiran demikian sangat penting**

untuk mengantarkan persepsi bahwa tunduknya kekuasaan kehakiman pada hukum menyebabkan munculnya pemahaman akan adanya batas-batas kebebasan kekuasaan kehakiman.

## 1.2. Aneka Konsep Negara Hukum

### A. Konsep Rechtsstaat

Istilah Rechtsstaat pertama kali dipergunakan oleh Rudolf Von Gneist, guru besar Universitas Berlin dalam sebuah karangannya yang berjudul “Das Englische Verwaltungsrecht”, 1857. Dalam karangannya itu digunakan istilah “Rechtsstaat” untuk menunjuk sistem hukum yang berlaku di Inggris. Berkenaan dengan hal ini Willem Van der Vlugt, guru besar di Leiden dalam disertasinya yang berjudul “De Rechtsstaat Volgens de Leer Van Rudolf Von Gneist” menyatakan ; kepada Gneist-lah diberi kehormatan yang tadinya dengan kurang tepat diberikan kepada Montesquieu, sebagai seorang yang mewedarkan tata negara Inggris sebagai satu kesatuan yang hidup.<sup>7)</sup>

Ditinjau dari segi perkembangannya, konsep Rechtsstaat telah berkembang dari konsep klasik ke arah konsep modern. Konsep klasik disebut “Klassiek Liberale en Democratische Rechtsstaat” disingkat “Democratische Rechtsstaat”. Konsep modern di Belanda disebut “Sociale Rechtsstaat” atau juga disebut “Sociale-democratische Rechtsstaat”.<sup>8)</sup>

Ciri-ciri Rechtsstaat yang klasik<sup>9)</sup> (formal rechtsstaat) menurut Friederich Julius Stahl adalah :<sup>10)</sup>

1. Adanya pengakuan akan hak-hak dasar manusia.
2. Adanya pembagian kekuasaan.
3. Pemerintahan berdasarkan peraturan (wetmatigheid van bestuur).
4. Adanya peradilan tata usaha.

Di sisi lain S.W. Couwenberg seperti dikutip Philipus M. Hadjon, mengemukakan prinsip-prinsip liberal dan prinsip-prinsip demokratis dari konsep Rechtsstaat yang klasik.

Prinsip-prinsip liberal meliputi :<sup>11)</sup>

- 1) Pemisahan antara negara dan masyarakat sipil (dengan *scheiding tussen staat en burgerlijke maatschappij*), pemisahan antara kepentingan umum dan kepentingan khusus perorangan ; pemisahan antara hukum publik dan hukum privat.
- 2) Pemisahan antara negara dan gereja.
- 3) Adanya jaminan atas hak-hak kebebasan sipil (*burgerlijke vrijheidsrechten*).
- 4) Persamaan terhadap Undang-Undang (*gelijkheid voor de wet*).
- 5) Adanya konstitusi tertulis sebagai dasar kekuasaan negara dan dasar sistem hukum.
- 6) Pemisahan kekuasaan berdasarkan trias politica dan sistem "checks and balances".

7) Asas legalitas (*heerschappij van de wet*).

8) Ide tentang aparat pemerintahan dan kekuasaan kehakiman yang tidak memihak dan netral.

9) Prinsip perlindungan hukum bagi rakyat terhadap penguasa oleh peradilan yang bebas dan tidak memihak dan berbarengan dengan prinsip-prinsip tersebut diletakkan prinsip tanggung gugat negara secara yuridis.

10) Prinsip pembagian kekuasaan<sup>12)</sup> baik teritorial sifatnya maupun vertikal (sistem federasi maupun desentralisasi).

Bersamaan dengan prinsip-prinsip liberal itu, asas-asas demokratis yang melandasi *Rechtsstaat* adalah :

1) Asas hak-hak politik (*het beginsel van de politieke grondrechten*).

2) Asas mayoritas.

3) Asas perwakilan.

4) Asas pertanggungjawaban

5) Asas publik (*openbaarheids beginsel*)

Berdasarkan pada prinsip-prinsip liberal dan prinsip-prinsip demokratis tersebut maka *Rechtsstaat* memiliki ciri-ciri pokok sebagai berikut :<sup>13)</sup>

a) Adanya Undang-Undang Dasar atau konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dan rakyat.

b) Adanya pembagian kekuasaan negara yang meliputi : kekuasaan pembuat Undang-Undang yang ada pada parlemen, kekuasaan kehakiman yang bebas yang tidak hanya menangani sengketa antara individu dan rakyat tetapi juga antara penguasa dan rakyat, dan pemerintah yang mendasarkan tindakannya pada Undang-Undang.

c) Diakui dan dilindunginya hak-hak kebebasan rakyat (Vrijheidsrechten van de burger).

Sehubungan dengan ciri-ciri rechtsstaat, Sudargo Gautama menyebut adanya 5 ciri Rechtsstaat yakni :<sup>14)</sup>

a) Terdapat pembatasan kekuasaan negara kepada perorangan. Pembatasan itu dilakukan oleh hukum.

b) Pelanggaran atas hak-hak individu hanya boleh atas dasar aturan hukum (asas legalitas).

c) Adanya perlindungan hak asasi manusia (hak-hak kodrat).

d) Adanya pemisahan kekuasaan

e) Badan peradilan yang tak memihak.

Frans Magnis Suseno mengemukakan adanya 4 ciri Rechtsstaat yakni : a) asas legalitas ; b) kebebasan/kemandirian kekuasaan kehakiman; c) perlindungan hak asasi manusia; d) sistem konstitusi/hukum dasar.<sup>15)</sup>

Sementara itu, perkembangan konsep Rechtsstaat klasik ke arah modern<sup>16)</sup> disebabkan oleh adanya krisis ekonomi yang melanda dunia setelah berakhirnya Perang Dunia II. Konsep modern yang berupa Sociale



Rechtsstaat dikaitkan dengan fungsi negara telah memunculkan konsep baru yakni konsep “Welvaartsstaat” yang kemudian lebih dikenal dengan nama “Verzorgingsstaat” yang hakikatnya merupakan konsep-konsep sosiologi dan politikologi. S.W. Couwenberg menganggap bahwa “Sociale Rechtsstaat” merupakan variant dari “Liberaal-democratische rechtsstaat”. Sebagai variant ia memunculkan interpretasi baru terhadap hak-hak klasik dan bersamaan dengan itu muncullah hak-hak sosial; interpretasi baru tentang kekuasaan politik dalam hubungan dengan kekuasaan ekonomi, konsepsi baru tentang makna kepentingan umum, karakter baru dari “wet” dan “wetgeving”.<sup>17)</sup>

Perkembangan terakhir menunjukkan bahwa dalam negara “Welvaartsstaat” (Sociale rechtsstaat) kegiatan ekonomi dilakukan oleh negara dan oleh privat (mixed economy). Dalam keadaan demikian negara memiliki 4 fungsi yakni : a) State as provider (penyelenggara kesejahteraan); b) state as regulator (pengatur); c) state as enterpreneur (pengusaha); d) state as umpire (wasit).<sup>18)</sup>

Lebih jauh perbandingan antara konsep “Liberaal democratische rechtsstaat” dan “Sociale rechtsstaat” dapat dilihat dalam tabel berikut :

Tabel 1

**Perbandingan Liberaal Democratische Rechtsstaat  
Dengan Sociale Rechtsstaat**

	<b>Liberaal- democratische rechtsstaat</b>	<b>Sociale rechtsstaat</b>
- Konsep kebebasan dan persamaan	- formal yuridis	- kebebasan dan persamaan riil dalam masyarakat
- Hak-hak asasi manusia	- hak-hak klasik	- hak-hak klasik dan hak-hak sosial
- Kekuasaan	- primer adalah legitimasi kekuasaan politik	- kekuasaan ekonomi dan hubungan dengan kekuasaan politik
- Wet	- ratio scripta	- alat hukum untuk mewujudkan kebijaksanaan (beleid)
- Kepentingan umum	- kepentingan negara/kep. Borjuis	- kepentingan seluruh rakyat

(Sumber : Philipus M. Hadjon, 1987, 80)

### **B. Konsep Rule of Law**

Konsep Rule of Law yang semula dianut di Inggris, menurut AV Dicey mengandung tiga unsur pokok yakni : (1) supremasi absolut atau predominasi dari “regular law” untuk menentang pengaruh dari “arbitrary power” dan meniadakan kesewenang-wenangan prerogatif atau “discretionary authority” yang luas dari pemerintah; (2) persamaan di

hadapan hukum atau penundukan yang sama dari semua golongan kepada “ordinary law of the land” yang dilaksanakan oleh ordinary court, ini berarti bahwa tidak ada orang yang berada di atas hukum, baik perseorangan maupun pejabat negara<sup>19)</sup> berkewajiban untuk mentaati hukum, tidak ada peradilan administrasi; (3), konstitusi adalah hasil dari “the ordinary law of the land”, bahwa konstitusi bukanlah sumber tetapi merupakan konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan oleh peradilan, prinsip-prinsip hukum privat melalui tindakan peradilan dan parlemen sedemikian rupa diperluas sehingga membatasi posisi Crown dan pejabat-pejabatnya. Di sisi lain, ECS Wade & G. Philips menyetengahkan tiga unsur pokok Rule of Law yakni : (1) Rule of Law merupakan konsep filosofis yang dalam tradisi barat berkaitan dengan demokrasi, menentang otokrasi; (2) the Rule of Law merupakan doktrin hukum bahwa pemerintahan harus dilaksanakan sesuai dengan hukum; (3) the Rule of Law merupakan kerangka pikir politik yang harus dirinci lebih jauh dalam peraturan-peraturan hukum baik hukum substantif maupun hukum acara. Pandangan Wade & Philip ini ternyata telah mendapat pengaruh dari sistem hukum Eropa di luar Inggris, sedangkan pandangan A.V. Dicey merupakan pandangan murni berdasarkan sistem hukum Common Law Inggris.<sup>20)</sup>

Konsep Rule of Law klasik selain dikecam oleh Wade & Philips ternyata juga mendapat kecaman baik dari kelompok kiri maupun dari

kelompok kanan. Kelompok kiri memandang model klasik itu telah gagal dalam mencapai tujuannya. Kegagalan itu disebabkan karena ia didasarkan pada suatu konsep yang sempit tentang pemerintahan yang semata-mata mengkaitkan pemerintah dengan faktor hukum saja. Berkenaan dengan hal ini, BA Hepple mengatakan :<sup>21)</sup>

.....“They say that the weakness of the classical model is not that is espoused the ideals of universality, openness, equality, and accountability; but rather that in moderns conditions it fails to achieve these ideals. It fails because it is based on unduly narrow concept of government according to law” ..... (Garis bawah dari penulis).

Salah satu contoh tidak tercapainya tujuan negara hukum klasik menurut Jowel (seorang kelompok kiri) bisa dilihat bahwa salah satu tujuan negara hukum klasik adalah untuk memberikan pengawasan terhadap kekuasaan administratif; justru menurut dia pengawasan semacam itu lebih mantap dewasa ini dibandingkan pada jamannya Dicey (.....”in many respect the underlying need for the control of administrative is more pressing to day than in Dicey’s time”)<sup>22)</sup>

Sementara, kelompok kanan mengecam bahwa model Rule of Law versi Dicey lebih banyak menekankan pada perlindungan individu, misalnya Undang-Undang Perburuhan yang sangat mencolok melindungi buruh secara individual. Keberatan datang dari para majikan yang menilai Undang-Undang itu menghalangi mereka bertindak cepat, fleksibel dan

tidak bisa mengefektifkan biaya-biaya untuk mengantisipasi tuntutan pasar. Tentang ini Hepple mengatakan :

“For example, employers claimed that labor laws were preventing them from reacting quickly, flexible and cost-effectively to changing market requirements”.<sup>23)</sup>

Dengan adanya kecaman-kecaman itu, Rule of Law modern menurut Hepple harus diwarnai oleh adanya peluang bagi masyarakat untuk berpartisipasi dalam pembuatan keputusan pemerintah. Dengan demikian ciri-ciri Rule of Law modern menurut dia adalah : a) Universality (universalitas); b) Openness (keterbukaan); c) Equality (persamaan); d) Accountability (pertanggungjawaban); e) Clarity (kejelasan); dan f) Rationality. (Lebih jauh dalam Rule of Law modern fungsi negara menurut Hepple adalah ....”Instead of giving priority to state policies such as the protection of tenants or of individual employees, the overall objective of the state has been redefined as being the revitalization of the profit-based market economy “ bahwa di samping membuat kebijaksanaan untuk memberikan perlindungan kepada individu juga perlu dirumuskan kembali peranan negara untuk merevitalisasi landasan perolehan keuntungan pada ekonomi pasar).<sup>24)</sup>

Meskipun terdapat berbagai versi tentang konsep Rule of Law, namun menurut Sunaryati Hartono, inti dari konsep Rule of Law tetap

sama yakni ia harus menjamin apa yang oleh masyarakat dipandang sebagai “keadilan” khususnya keadilan sosial.<sup>25)</sup>

Bila konsep “Rechtsstaat” diperbandingkan dengan konsep “Rule of Law” maka akan tampak adanya perbedaan dan persamaan. Perbedaannya yakni kedua konsep itu ditopang oleh sistem hukum yang berbeda, dan karakteristik konsep “rechtsstaat” adalah administratif (adanya peradilan administratif) dan karakteristik konsep “Rule of Law” adalah judicial, pembatasan kekuasaan melalui dokumen konstitusi seperti misalnya Habeas Corpus, antara lain mengatur tentang peradilan yang adil dan penekanan tidak sewenang-wenang.

Persamaannya adalah bahwa kedua konsep itu sama-sama menekankan pada perlindungan hak asasi manusia. Secara lebih spesifik, persamaan kedua model itu berupa adanya hak bagi anggota masyarakat untuk menggugat setiap keputusan pejabat yang merugikan.<sup>26)</sup>

### **C. Konsep Socialist Legality**

Konsep Socialist Legality (Negara Hukum Sosialis) dianut oleh negara-negara sosialis (komunis) seperti eks Uni Soviet dan beberapa negara komunis lainnya yang hingga kini tetap eksis.

Pemikiran tentang Socialist Legality sempat dibahas dalam diskusi Warsawa Colloquium, dan dalam kesempatan itu Tchikvadze menyatakan:<sup>27)</sup>

“Socialist legality safe guard the political rights and liberties of citizens, it protects their rights to work and to a home, as well as other interests and rights affecting the person and good of citizens, their life, their health and their human dignity. The protection of rights and civic liberties is one of the essential constituents of socialist legality” (Garis bawah dari penulis).

Senada dengan Tchikvadze, Romashkin menyatakan:<sup>28)</sup>

“It (socialist legality) stand on guard of the citizens, political rights and freedom, it protects their labor, housing and other personal and corporal rights and interests and their life, health, dignity and reputation”.

Berdasarkan pada pandangan sarjana-sarjana itu dan juga berdasarkan pada teori dan praktek sistem hukum sosialis Umar Seno Adji mencoba untuk mengidentifikasi beberapa ciri konsep Socialist Legality sebagai berikut.<sup>29)</sup>

- a) Adanya perlindungan terhadap hak-hak dan kebebasan warga negara. Perlindungan ini terutama diberikan kepada kaum buruh (labor).
- b) Berkaitan dengan kebebasan (freedom) dan tanggung jawab (responsibility) socialist legality lebih mendahulukan “responsibility” ketimbang “freedom”.
- c) Adanya pemisahan secara tajam antara negara dan gereja berdasarkan prinsip “Trennung Von Staat und Kirche”.
- d) Adanya kebebasan kekuasaan kehakiman yang diatur secara tegas dalam konstitusi.
- e) Larangan terhadap berlakunya hukum pidana secara retroaktif atau retrospektif.

f) Kebebasan pers dimaknai sebagai kebebasan untuk mengkritik kaum kapitalis maupun kaum borjuis.

g) Hukum dimaknai sebagai alat untuk mencapai sosialisme. Posisi hukum adalah subordinasi terhadap sosialisme.

Meski secara konstitusional kekuasaan kehakiman adalah bebas namun demi kepentingan sosialisme dalam prakteknya hakim-hakim di Uni Soviet misalnya tunduk pada kebijakan rahasia dari penguasa dan tunduk pada perintah-perintah pejabat partai komunis Uni Soviet. Hal ini dituturkan oleh Solzhenitsyn seperti dikutip Antony Allot sebagai berikut:<sup>30)</sup>

“The USSR ..... has no predictable system of law; it has an arbitrary system of sanctions meted out by courts which act according to the secret discretions and instructions of party officials, from which there is no appeal, and whom there is no possibility of effective argument..... The law in our country in its might and its flexibility is unlike anything called “law” elsewhere on earth. (Garis bawah dari penulis).

Berdasarkan identifikasi itu kiranya dapat ditunjukkan perbedaan dan persamaan antara konsep Rule of Law dan konsep socialist legality dalam sebuah tabel.





Tabel 2.

**Perbedaan dan Persamaan Antara Rule of Law  
Dan Socialist Legality**

<b>Item</b>	<b>Rule of Law</b>	<b>Socialist Legality</b>
1. Ideologi	Liberal	Komunis
2. Posisi hukum	Supremacy	Subordinasi terhadap sosialis
3. Fungsi hukum	Mewujudkan keadilan	Alat sosialisme
4. Kedudukan W.N. terhadap hukum	Persamaan (equality)	Primat buruh (labor)
5. Tujuan	Perlindungan HAM	Perlindungan HAM (teoritis)

### 1.2.1. Formulasi Indonesia Negara Hukum

Untuk mengetahui apakah suatu negara merupakan negara hukum atau bukan, instrumen yang paling tepat dipakai sebagai tolok ukurnya adalah konstitusi negara yang bersangkutan, artinya apakah konstitusi memuat ketentuan tentang negara hukum. Instrumen lain yang juga dapat dipakai sebagai indikator adalah kesepakatan ilmiah di kalangan para sarjana yang berupa pandangan-pandangan tentang ciri-ciri ataupun unsur-unsur negara hukum.

Isi konstitusi dijadikan tolok ukur, senada dengan pernyataan K.C. Wheare<sup>31)</sup> bahwa isi minimum suatu konstitusi adalah tentang negara hukum.

Wheare mengajukan pertanyaan "What should a constitution contain ?"

Pertanyaan itu dijawabnya sendiri, the short answer is : The very minimum, and that minimum to be "Rule of Law".<sup>32)</sup>

Berkenaan dengan isi minimum konstitusi adalah negara hukum, Meuwissen dalam pengamatannya terhadap isi konstitusi Belanda menemukan bahwa konstitusi Belanda menurut dia mengandung isi yang beraspek negara hukum klasik berupa *klassieke vrijheidrechten* (de artikelen 1 tot en met 17 de *klassieke vrijheidrechten*) dan yang beraspek negara hukum modern (de artikelen 18 tot en met 23 de *sociale grondrechten*).<sup>33)</sup> Lebih jauh, H van Maarsveen dan G. van der Tang dari hasil penelitiannya terhadap sejumlah konstitusi di dunia sampai pada suatu kesimpulan bahwa isi pokok konstitusi adalah negara hukum (Rule of Law) di samping isi lainnya yang terkait dengan negara hukum. Isi konstitusi seperti itu menurut kedua sarjana itu juga terdapat pada konstitusi yang tergolong tua (....."which is that of the old constitution ; the Rule of Law, the freedoms, the representation principle, and a number of other convictions".....).<sup>34)</sup>

Bertitik tolak dari pandangan sarjana-sarjana di atas maka konstitusi yang relevan ditelaah (untuk menjawab pertanyaan apakah Indonesia sebuah negara hukum), adalah UUD 1945. Hal ini disebabkan karena UUD 1945-lah yang kini berlaku di Indonesia sebagai hukum positif.

Sebagaimana diketahui, UUD 1945 terdiri dari Pembukaan, Batang Tubuh dan Penjelasan. Dalam Pembukaan UUD 1945 ketentuan yang

mengisyaratkan negara hukum oleh M. Yamin ditunjuk bagian alenia keempat. Tentang hal ini Yamin mengatakan :<sup>35)</sup>

.....”tetapi pengertian yang sedemikian didapat pada Pembukaan UUD 1945 (kalimat 4). Maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang dasar Negara Indonesia; jadi RI ialah suatu negara hukum yang berkonstitusi yang dituliskan” (Garis bawah dari penulis)

Memang, kalau diperhatikan dengan seksama kalimat “Maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang dasar” segera tampak bahwa pembentuk UUD 1945 menempatkan UUD sebagai sumber pengaturan segala kegiatan bernegara dalam suasana Indonesia merdeka. Pengaturan segala sesuatu urusan kenegaraan melalui sebuah aturan dasar tertulis (hukum tertinggi) menunjukkan adanya respek pembentuk negara terhadap negara hukum karena bukankah salah satu unsur negara hukum adalah “supremacy of the law” menurut Dicey atau “Grondrechten” menurut SW Couwenberg.

Dalam Batang Tubuh UUD 1945, citra negara hukum dapat dilihat dalam Pasal-Pasal yang mengandung pengutamaan terhadap hukum (supremacy of the law). Dikatakan pengutamaan terhadap hukum karena Pasal-Pasal itu mengatur kekuasaan negara yang didistribusikan kepada sejumlah Lembaga-Lembaga Negara yang lebih jauh diatur dengan Undang-Undang. Dalam hal demikian, konstitusi dapat dianggap sebagai sumber kekuasaan (the nucleus of a country’s public law, the formal grant of power).<sup>36)</sup> Konstitusi sebagai sumber kekuasaan K.C. Wheare

menggambarkannya sebagai aturan hukum yang mengatur pemerintah (..... a selection of the legal rule which govern the government....),<sup>37)</sup> Mac Iver menyebut konstitusi sebagai sumber kekuasaan dengan istilah “the law which governs the state” (hukum yang memerintah negara) yang dibedakannya dengan “the law of which the state govern” (hukum yang digunakan oleh negara untuk memerintah)<sup>38)</sup>

Dalam UUD 1945 Pasal-Pasal yang menghendaki adanya Undang-Undang untuk mengatur lebih jauh kekuasaan negara sebagai pencerminan citra negara hukum adalah : Pasal 2 (1) tentang susunan anggota MPR; Pasal 16 (1) tentang susunan anggota DPA; Pasal 18 tentang pembagian wilayah Indonesia, Pasal 19 (1) tentang susunan anggota DPR; Pasal 23 (1), (2), (3), (4), (5) tentang anggaran pendapatan dan belanja negara, pajak, mata uang, keuangan negara, dan keberadaan/susunan BPK; Pasal 24 tentang kekuasaan MA, Pasal 25 tentang syarat-syarat diangkat dan diberhentikan sebagai hakim; Pasal 25 (1) tentang mengesahkan orang asing menjadi warga negara; Pasal 31 (2) tentang pengajaran. Selain itu ada Undang-Undang tertentu yang dikehendaki oleh UUD 1945 untuk mengatur lebih jauh kekuasaan Presiden dalam menyatakan keadaan bahaya. Undang-Undang itu dikehendaki oleh Pasal 12 yang menyatakan bahwa syarat-syarat dan akibat keadaan bahaya ditetapkan dengan Undang-Undang.

Berkaitan dengan Pasal 11 yang menyatakan Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat, menyatakan perang, membuat

perdamaian dan perjanjian dengan negara lain, penulis berbeda pendapat dengan Wan Alidin yang menyatakan persetujuan DPR itu tertuang dalam suatu bentuk Undang-Undang.<sup>39)</sup> Persetujuan DPR dalam Pasal 11 itu tidaklah tepat dalam bentuk Undang-Undang, melainkan lebih tepat dalam bentuk keputusan DPR (beschikking) seperti apa yang pernah dikemukakan oleh Mas Subagio bahwa selain beschikking DPR yang berhubungan dengan Pasal 11 itu, dalam praktek beschikking itu dapat dilihat dalam pengangkatan Ketua dan Anggota BPK, serta pengangkatan Ketua, Wakil Ketua dan Hakim-Hakim Agung MA.<sup>40)</sup> Di Amerika Serikat beschikking DPR semacam itu disebut dengan istilah Act of Congress (keputusan DPR) yang berbeda dengan "statutes" (Undang-Undang).<sup>41)</sup>

Di samping Pasal-Pasal tersebut yang mencerminkan citra negara hukum, terdapat satu Pasal yang sebegitu jauh cukup jelas melukiskan betapa UUD dan Undang-Undang serta peraturan-peraturan lainnya mewakili supremasi (sesuai prinsip "Supremacy of the law") adalah Pasal 9 UUD 1945 yang mengatur lafal sumpah/janji Presiden dan Wakil Presiden. Bagian yang mencerminkan supremasi hukum dari Pasal 9 itu berbunyi sebagai berikut :

"Demi Allah, saya bersumpah akan memenuhi kewajiban Presiden Republik Indonesia (Wakil Presiden Republik Indonesia) dengan sebaik-baiknya dan se-adil-adilnya, memegang teguh Undang-Undang Dasar dan menjalankan segala Undang-Undang dan peraturannya dengan se-lurus-lurusnya serta berbakti kepada nusa dan bangsa. (Garis bawah dari penulis).

Selanjutnya bagian Penjelasan UUD 1945 yang dengan tegas menyebut Indonesia adalah Negara Hukum (versi Rechtsstaat) adalah angka I Penjelasan tentang Sistem Pemerintahan Negara. Selengkapnya bagian itu berbunyi sebagai berikut :

“I. Indonesia, ialah negara yang berdasar atas hukum (Rechtsstaat).

I. Negara Indonesia berdasar atas hukum (Rechtsstaat) tidak berdasar atas kekuasaan belaka (Machtsstaat)”.

Jika diperhatikan ketentuan Penjelasan UUD 1945 itu ternyata penyebutan Indonesia negara hukum (rechtsstaat) sebanyak dua kali; pertama, dalam judul pokok masalah (Angka I), kedua, dalam sub judul pokok masalah yang merupakan penjelasan lebih jauh dari pokok masalah (Angka 1). Hal ini menunjukkan betapa pembentuk UUD 1945 menaruh perhatian cukup besar terhadap konsep negara hukum yang diyakini konsep itu dapat mengantarkan rakyat Indonesia ke dalam suasana hidup merdeka, aman, tertib dan berkeadilan.

Berdasarkan tinjauan isi Pembukaan, Batang Tubuh dan Penjelasan UUD 1945 seperti tersebut di atas, akhirnya diperoleh gambaran bahwa menurut UUD 1945 negara Indonesia adalah negara hukum. Gambaran ini adalah gambaran yang berdimensi normatif, artinya sesuai apa yang tersurat dan tersirat dalam UUD 1945. Dimensi normatif itu dalam praktek kehidupan bernegara di Indonesia saat ini tampak belum memuaskan karena hal ini berkaitan erat dengan dimensi empiris. Dimensi empiris dari negara hukum

Indonesia harus dipertimbangkan pada faktor-faktor non yuridis seperti historis, ideologi, politis, sosial, ekonomi dan budaya.

Meski dimensi normatif itu dalam aplikasinya terlihat belum memuaskan, namun keberadaan negara hukum Indonesia tetap sangat diperlukan untuk mengantisipasi tiga persoalan kenegaraan seperti apa yang dikemukakan Daniel S Lev yakni : a) Keanekaragaman etnis dan agama (ethnic and religious pluralism); b) Struktur perubahan kelas (changing class structure); c) Persoalan legitimasi politik (the problem of political legitimacy). Dengan adanya negara hukum Indonesia, hak-hak minoritas seperti etnik Cina dijamin dan dilindungi oleh hukum, juga kebebasan kelas menengah untuk mengkritik pemerintah dijamin oleh hukum, dan pergantian pemerintahan secara demokratis dilegitimasi oleh hukum<sup>42)</sup>

Sehubungan adanya perbedaan baik historis maupun ideologis antara Indonesia dengan barat (asal konsepsi negara hukum) maka beberapa sumber telah mencoba memberikan gambaran tentang corak khas negara hukum Indonesia.

Demikianlah misalnya Oemar Seno Adji menyatakan bahwa negara hukum Indonesia memiliki dua dimensi yakni :<sup>43)</sup> 1) Dalam negara hukum Indonesia, aturan hukumnya haruslah bersumber pada Pancasila; 2) Negara hukum Indonesia haruslah diisi dengan doktrin-doktrin atau konsep-konsep yang telah diterima oleh bangsa Indonesia seperti : hak asasi manusia, kekuasaan kehakiman yang bebas, asas legalitas formal maupun material.

Simposium tentang Indonesia negara hukum yang diadakan oleh Universitas Indonesia di Jakarta dari tanggal 6 hingga 8 Mei 1966 dalam kesimpulannya menentukan ada empat ciri negara hukum Indonesia yakni :

- 1) Pancasila menjiwai setiap peraturan hukum dan pelaksanaannya. Asas kekeluargaan merupakan titik tolak negara hukum Indonesia.
- 2) Pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia.
- 3) Peradilan bebas
- 4) Legalitas dalam arti hukum dan semua bentuknya.

Sementara itu, Philipus M Hadjon mengemukakan unsur-unsur negara hukum Indonesia berupa : a) Keserasian hubungan antara pemerintah dan rakyat; b) Hubungan fungsional yang proporsional diantara kekuasaan-kekuasaan negara; c) Penyelesaian sengketa melalui musyawarah, dan peradilan sarana terakhir; d) Keseimbangan antara hak dan kewajiban.<sup>44)</sup>

Meski ada banyak pandangan tentang corak khas negara hukum Indonesia, namun inti terdalam dari negara hukum Indonesia itu kiranya dapat diidentifikasi yakni tunduknya penguasa dan rakyat Indonesia terhadap hukum Indonesia yang dibuat secara demokratis dan berjiwakan Pancasila. Dalam keadaan demikian, menurut Padmo Wahjono hukum harus merupakan titik sentral dalam kehidupan perorangan, masyarakat, bangsa dan negara.<sup>45)</sup>

Bila hukum dijadikan titik sentral, maka faktor penegakan hukum memiliki peranan penting kalau cita-cita hukum yakni "keadilan" betul-betul ingin diwujudkan. Berbicara faktor penegakan hukum, maka dalam analisis



terakhir kekuasaan kehakiman merupakan faktor kunci. Artinya meski substansi hukum telah memadai, alat penegak hukum lainnya (polisi, jaksa) telah bekerja maksimal, namun kalau hakimnya tidak memiliki integritas, niscaya inti negara hukum yakni supremasi hukum (hukum sebagai titik sentral kehidupan) tidak bisa terwujud. Sebaliknya bila hakim memiliki integritas tinggi, meski aturan hukum kurang sempurna, penegak hukum lainnya kurang kredibilitas, dapat diyakini, supremasi hukum dan cita hukum (keadilan) pasti terwujud di masyarakat. Dengan gambaran itu dapat dipahami bahwa dalam negara Indonesia kekuasaan kehakiman merupakan benteng terakhir bagi tegaknya negara hukum Indonesia. Sesungguhnya tergantung pada peranan hakimlah terwujud atau tidaknya negara hukum itu.<sup>46)</sup>

Menyadari posisi sentral kekuasaan kehakiman sebagai benteng terakhir negara hukum Indonesia, penulis percaya, semua orang akan setuju kalau kekuasaan itu tidak dijalankan secara sewenang-wenang dengan melanggar batas-batas kebebasannya. Sebab kalau dijalankan dengan sewenang-wenang cita negara hukum Indonesia tidak akan pernah terwujud. Dengan demikian tergambar bahwa betapa pentingnya eksistensi kekuasaan kehakiman dalam negara hukum Indonesia.

## 2. Urgensi Pembagian Kekuasaan dalam Negara Hukum Indonesia

Hubungan antara negara hukum dan pembagian kekuasaan sangat erat di samping pembagian kekuasaan merupakan salah satu unsur penting negara hukum juga pembagian kekuasaan dalam suatu negara hukum harus diatur dengan tegas melalui aturan hukum terutama dalam ketentuan konstitusi. Untuk menjamin kepastian hukum, tanpa adanya pembagian kekuasaan, tidak mungkin kesewenang-wenangan pemerintah dapat dicegah. Dengan kata lain, tanpa pembagian kekuasaan tidak mungkin hak-hak dan kebebasan warga masyarakat dapat terlindungi. Tanpa pembagian kekuasaan tidak mungkin terwujud kekuasaan kehakiman yang bebas (mandiri). Namun kekuasaan kehakiman yang bebas tanpa mengenal batas perlu diwaspadai karena penyalahgunaan kebebasan itu justru merupakan pengingkaran terhadap tujuan akhir negara hukum yakni keadilan atau perlindungan HAM.

Untuk memperoleh gambaran betapa pembagian kekuasaan merupakan solusi yang ampuh bagi pencegahan kesewenang-wenangan pemerintah, kiranya sekilas perlu ditinjau wacana-wacana teoritis di sekitar pembagian kekuasaan.

Doktrin pembagian kekuasaan pada awalnya berupa doktrin pemisahan kekuasaan, pertama-tama dikemukakan oleh John Locke dan kemudian dimodifikasi oleh Montesquieu.<sup>47)</sup>

John Locke mengedepankan ajaran pemisahan kekuasaan (*separation of power*) itu dalam bukunya "Two Treatises on Civil Government (1690). Buku ini ditulis dengan tujuan untuk mengkritik kekuasaan absolut raja-raja dinasti Stuart serta untuk membenarkan revolusi gemilang tahun 1688 (*The glorious revolution*) yang telah dimenangkan oleh parlemen Inggris. Menurut J Locke, kekuasaan negara dibagi dalam tiga kekuasaan yakni : kekuasaan legislatif, kekuasaan eksekutif dan kekuasaan federatif yang masing-masing terpisah satu sama lainnya. Kekuasaan legislatif ialah kekuasaan membuat Undang-Undang, kekuasaan eksekutif ialah kekuasaan melaksanakan Undang-Undang dan di dalamnya termasuk kekuasaan pengadilan<sup>48)</sup> (Locke memandang pengadilan itu sebagai "uitvoering" yakni pelaksanaan Undang-Undang). Kekuasaan federatif adalah kekuasaan yang berhubungan dengan keamanan negara dalam kaitan dengan hubungan luar negeri.<sup>49)</sup>

Setengah abad kemudian, Montesquieu menulis sebuah buku yang berjudul "L'Esprit Des Lois". Dalam Bab VI buku ini diuraikan tentang adanya tiga jenis kekuasaan yang terpisah satu sama lain baik dari segi fungsi maupun organnya. Berbeda dengan John Locke, Montesquieu memandang kekuasaan pengadilan (yudikatif) harus dipisahkan dari kekuasaan eksekutif, dan kekuasaan federatif menurut dia telah termasuk dalam kekuasaan eksekutif.<sup>50)</sup> Antara John Locke dan Montesquieu terdapat perbedaan mengenai kekuasaan yang ketiga. Versi John Locke kekuasaan ketiga adalah "federatif", sedangkan versi Montesquieu kekuasaan ketiga adalah "judicatif"

Hal yang menarik dari Montesquieu adalah pemikirannya yang memisahkan secara tajam kekuasaan pengadilan dari kekuasaan eksekutif. Pemikiran itu didasarkan pada penomena sejarah kekaisaran Romawi yang sebagian besar kaisar-kaisarnya bertindak diktator karena mereka merangkap sebagai hakim. Kaisar-kaisar yang demikian itu misalnya : Cladius, Nero, dan Arcadius. Cladius dilukiskan sebagai kaisar yang merangkap hakim yang dalam satu keputusannya membenarkan segala bentuk penjarahan terhadap harta penduduk. Nero hampir sama dengan Cladius, namun ia lebih membatasi dirinya tidak mau bertindak sebagai hakim perdata. Sementara, pada masa pemerintah Arcadius, dalam kapasitasnya sebagai hakim ia pernah mengeluarkan keputusan yang controversial bahwa setiap orang yang meninggal dianggap tidak mempunyai waris dan harta bendanya boleh dijarah. Sikap Arcadius itu didorong oleh nafsu serakah dan kerakusan putra-putrinya.<sup>51)</sup>

Dalam perkembangannya, teori pemisahan kekuasaan tidak pernah dilaksanakan secara konsekuen. Konstitusi Amerika Serikatpun yang oleh sementara kalangan dianggap menerapkan ajaran pemisahan kekuasaan dari Montesquieu, ternyata substansinya tidak memisahkan kekuasaan secara tajam. Hal ini dapat dibuktikan dengan adanya kewenangan Mahkamah Agung AS (kekuasaan judicial) untuk menjaga keseimbangan kekuasaan pemerintah federal dan pemerintah negara bagian. Tentang ini Alexis De Toqueville mengatakan :<sup>52)</sup>

.....”a high federal court was created, one of whose duties was to maintain the balance of power between the two rival government as it had been established by the constitution” (Garis bawah dari penulis).

Selain menjaga keseimbangan kekuasaan pemerintah federal dan pemerintah negara bagian kekuasaan kehakiman AS juga berfungsi untuk menjaga keseimbangan kekuasaan legislatif dan kekuasaan eksekutif seperti apa yang dikemukakan oleh Ferguson & Mc. Henry sebagai berikut.<sup>53)</sup>

“An important function of court in the American system is to check and balance the legislative and executive branches. This they do, first by deciding the meaning of legislative acts if cases come before them; second, by passing on the legality of executive action; and third, by determining wheter statutes and administrative acts are constituional” (Garis bawah dari penulis).

Tentang ikhwal kekuasaan kehakiman dapat melakukan pengawasan dan keseimbangan (check and balance) seperti yang berlaku di Amerika Serikat, hal ini menunjukkan adanya primat kekuasaan kehakiman terhadap kekuasaan lainnya. Artinya kekuasaan kehakiman memiliki posisi lebih dominan ketimbang kekuasaan legislatif dan eksekutif. Dominasi judicial ini juga sempat disinggung Hans Kelsen sebagai berikut : “The control of the legislative and executive function by the courts means that legislative, executive and judicative function are combined in the competence of the court.<sup>54)</sup> Jika apa yang dikemukakan oleh Ferguson & Mc. Henry dan Hans Kelsen itu dikembalikan kepada konsep negara hukum, maka muncul pertanyaan, siapakah yang berwenang melakukan pengawasan dan keseimbangan (cehck and balance) terhadap kekuasaan kehakiman itu sendiri?

Jawaban atas pertanyaan ini akan mendapat perhatian besar dalam penulisan disertasi ini (Bab VI). Penemuan jawaban atas pertanyaan itu terasa semakin penting mengingat dominasi judicial terhadap kekuasaan lainnya justru akan dapat menimbulkan kesewenang-wenangan baru yang pada hakikatnya kontradiksi dengan ide semula konsep pemisahan kekuasaan yakni mencegah kesewenang-wenangan. Dalam kaitan ini, Lafayette sempat mengatakan bahwa bila dalam suatu masyarakat terus timbul kesewenang-wenangan akibat tidak terlindunginya hak-hak masyarakat, maka masyarakat demikian sesungguhnya adalah masyarakat tanpa konstitusi. ("A society in which rights are not secure nor the separation of power established, is a society without constitution").<sup>55)</sup>

Bukti lain bahwa konstitusi AS tidak menganut ajaran pemisahan kekuasaan secara murni dapat dilihat dalam hal adanya veto Presiden AS terhadap rancangan Undang-Undang yang telah disetujui Kongres; persetujuan Senat terhadap pembuatan perjanjian luar negeri dan pengangkatan pejabat tinggi; dan kewenangan Senat melakukan pengadilan (impeachment). Secara lebih jelas tentang hal ini, lebih jauh K.C. Wheare menyatakan sebagai berikut :<sup>56)</sup>

"Thus, although all legislative powers are granted to Congress, the President has power to veto its acts and his veto can be overridden only by a two-thirds majority in both houses; although executive power is vested in the President he must ask the advice and consent of the Senate for the making of treaties and for important appointments, including those of members of his own cabinet: and although judicial power is vested in a supreme court and subordinate court, the Senate

is empowered to try impeachment of the President” ..... (Garis bawah dari penulis).

Tidak dianutnya ajaran pemisahan kekuasaan secara tegas oleh konstitusi AS dan bersamaan dengan itu pembentuk konstitusi lebih cenderung menerapkan sistem “check and balance”<sup>57)</sup> mempunyai tujuan agar masyarakat Amerika terlindungi dari tindakan tirani kekuasaan. Hal ini ditegaskan oleh R.K. Huitt sebagai berikut : .....”modified some what by so called checks and balances .... This formula is supposed to protect the people from tyranny”.....<sup>58)</sup>

Selain apa yang dipaparkan oleh Toqueville, Wheare dan Huitt tentang tidak konsistennya konstitusi AS menerapkan ajaran pemisahan kekuasaan berupa modifikasi “check and balance”, R. Crince Le Roy melihat aspek lain dari ketidak konsistenan itu berupa munculnya kekuasaan keempat dalam praktek berupa kekuasaan birokrasi (American Bureaucracy).<sup>59)</sup>

Memang jika ditinjau dari segi “check and balance” dan efektivitas-fungsional suatu kekuasaan teori pemisahan kekuasaan paling tidak mengandung dua kelemahan yakni : Pertama, pemisahan mutlak mengakibatkan adanya badan kenegaraan yang tidak dapat ditempatkan di bawah pengawasan (kontrol) badan kenegaraan lain, itu berarti ada kemungkinan suatu badan kenegaraan akan melampaui batas kekuasaannya (the encroaching nature of power); kedua, dalam suatu negara hukum modern tidak mungkin diterima sebagai asas tetap bahwa tiap-tiap badan kenegaraan

itu hanya dapat disertai satu fungsi tertentu saja, ada banyak badan kenegaraan yang disertai lebih dari satu fungsi, oleh karena itu teori pemisahan kekuasaan hanya cocok bagi negara hukum sempit (*rechtsstaat in engere zin*) model Kant dan Fichte.<sup>60)</sup>

Dengan adanya kelamahan-kelamahan seperti itu maka jika teori pemisahan kekuasaan itu diterapkan secara murni tak pelak akan terjadi disintegrasi kekuasaan.<sup>61)</sup> Berhubung dengan itu, Kelsen menganjurkan, pemisahan kekuasaan itu haruslah dimaknai sebagai suatu ajaran yang mengandung prinsip dasar berupa penentangan terhadap konsentrasi kekuasaan dalam satu tangan, sehingga titik beratnya bukan pada pemisahan itu sendiri (... "it works against a concentration rather than for a separation of power").<sup>62)</sup>

Seiring dengan himbauan Kelsen itu, perkembangan lebih jauh teori pemisahan kekuasaan atau "Trias Politica"<sup>63)</sup> ternyata mengalami pergesaran dari pemisahan kekuasaan (*separation of power*) menjadi pembagian kekuasaan (*division of power*) atau distribusi kekuasaan (*distribution of power*). Tentang ini Kelsen mengatakan : "Not separation but distribution of power".<sup>64)</sup>

Pembagian kekuasaan berarti bahwa kekuasaan itu memang dibagi-bagi dalam beberapa bagian, tetapi tidak dipisah-pisah secara tajam. Akibatnya diantara bagian-bagian itu dimungkinkan adanya kerjasama. Berbeda dengan pemisahan kekuasaan yang berarti pemisahan baik organnya



maupun fungsinya sehingga sama sekali tidak ada kerja sama asatu sama lainnya.<sup>65)</sup>

Jika kriteria itu diaplikasikan pada UUD 1945, jelas nampak, bahwa UUD 1945 tidak menganut ajaran pemisahan kekuasaan tetapi pembagian kekuasaan. Dalam UUD 1945 diatur kerjasama antara Presiden dan DPR dalam membuat Undang-Undang (Pasal 5 (1), Pasal 20, Pasal 21 UUD 1945). Hal itu sekaligus menunjukkan bahwa satu kekuasaan memiliki fungsi lebih dari satu; di samping memiliki fungsi eksekutif Presiden juga memiliki fungsi legislatif.

Dalam tataran teoritis konsep pembagian kekuasaan tidak lagi terpaku pada pola lama (Trias Politika) yang hanya membagi kekuasaan dalam tiga jenis kekuasaan tetapi terkadang dibagi dalam dua jenis (dwipradja), catur pradja, panca pradja, sad pradja dan sapta pradja.

Konsep dwipradja membagi kekuasaan negara dalam dua jenis yakni : kekuasaan yang menentukan tugas/politik negara (taakstelling) dan kekuasaan yang menyelenggarakan tugas atau politik negara yang telah ditentukan (verwezenlijking van de taak). Konsep ini dikemukakan oleh Donner dan kemudian diikuti oleh sarjana-sarjana administrasi publik (public administration) di AS seperti W Wilson, F Goodnow dan H Finer. Sementara, konsep catur pradja dikemukakan oleh Van Vollenhoven yang menyatakan adanya 4 kekuasaan yakni : bestuur (pemerintahan dalam arti sempit), polisi, mengadili dan membuat peraturan.<sup>66)</sup> Di sisi lain Koentjoro Poerbopranoto

menyebut teori catur pradja van Vollenhoven itu berupa : (1), *bestuursrecht*, (2), *politierecht*, (3), *justitierecht* dan (4), *regelaarsrecht*. Menurut beliau teori van Vollenhoven di Belanda ditentang oleh Kranenburg, van Poelje, Romeyn, dan lain-lain.<sup>67)</sup>

Konsep panca pradja dikemukakan oleh WLG Lemaire dengan membagi kekuasaan negara menjadi kekuasaan : (1), *Wetgeving* (membuat Undang-Undang), (2), *uit-voering* (menjalankan Undang-Undang), (3), *rechtspraak* (mengadili), (4), *bestuuren* (pemerintahan khusus penyelenggara kesejahteraan) dan (5), *polisi*.<sup>68)</sup> Wirjono Pradjodikoro dalam majalah "Hukum" tahun 1952 mengatakan bahwa UUDS 1950 menganut konsep Sad pradja karena membagi kekuasaan dalam 6 (enam) bidang yakni : (1), pemerintahan, (2), perUndang-Undangan, (3), pengadilan, (4), keuangan, (5), hubungan luar negeri, dan (6), pertahanan negara dan keamanan umum.<sup>69)</sup> Konsep sapta pradja menurut Notohamidjojo dianut oleh UUD 1945. Menurutnya, UUD 1945 mengakui adanya 7 kekuasaan negara yakni : (1), MPR, (2), Presiden, (3), DPA, (4), DPR, (5), BPK, (6), MA dan (7), Kejaksaan Agung<sup>70)</sup>

Menurut hemat penulis, UUD 1945 tidak menganut sapta pradja tetapi tetap tri pradja (legislatif, eksekutif, *judicatif*) karena ; kekuasaan MPR dan DPR dapat dikelompokkan ke dalam genus kekuasaan legislatif; kekuasaan DPA, Presiden dan BPK dapat dimasukkan dalam genus kekuasaan eksekutif; dan kekuasaan Mahkamah Agung sebagai kekuasaan *judicial*. BPK dimasukkan ke dalam genus kekuasaan eksekutif karena hasil temuannya

yang disampaikan kepada pemerintah segera harus ditindak lanjuti oleh pemerintah untuk mewujudkan pemerintah yang bersih. Oleh karena itu dengan mengefektifkan fungsi BPK pemerintah tidak perlu lagi membentuk BPKP, selain kewenangannya tumpang tindih dengan BPK badan semacam itu bersifat inkonstitusional.

Jika dikembalikan kepada ide dasar pembagian kekuasaan berupa pencegahan kesewenang-wenangan demi perlindungan kebebasan/hak-hak warga masyarakat (seperti mula-mula dipikirkan oleh Montesquieu), maka dalam kaitan Indonesia negara hukum perlu diadakan telaah apakah pembentukan UUD 1945 dilandasi oleh pemikiran perlindungan hak asasi manusia ataupun pemikiran pembagian kekuasaan.

Indonesia yang kemerdekaannya diproklamasikan tanggal 17 Agustus 1945 dua hari setelah Jepang menyerah kepada Sekutu<sup>71)</sup> memerlukan suatu UUD untuk mengatur kemerdekaannya. Proklamasi kemerdekaan itu sendiri merupakan keputusan politik tertinggi bangsa Indonesia karena setelah penyerahan Jepang itu nasib bangsa Indonesia diserahkan sepenuhnya ke tangan bangsa Indonesia. Untuk mengatur negara yang baru lahir akibat adanya keputusan politik tertinggi itu disyahkan UUD 1945 tanggal 18 Agustus 1945. UUD 1945 yang disyahkan tanggal 18 Agustus 1945 oleh PPKI (Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia) sebelumnya dirancang melalui dua tahapan persidangan yakni tahap pertama dari tanggal 29 Mei 1945 sampai dengan tanggal 1 Juni 1945, dan tahap kedua dari tanggal 10 Juli

s/d tanggal 17 Juli 1945.<sup>72)</sup> Berkaitan dengan hak asasi manusia dan pembagian (pemisahan) kekuasaan, dalam masa perancangan UUD 1945 itu terlihat adanya perbedaan pandangan antara Soepomo dan Hatta, dan antara Soepomo dan M Yamin.

Sikap Soepomo yang tak setuju pencantuman hak asasi manusia dalam UUD 1945 tercermin dari ucapannya pada pidato perancangan UUD sebagai berikut : <sup>73)</sup>

“..... Hak-hak kewarganegaraan konstitusional tidak pantas dalam suatu negara, yang merupakan rakyat sendiri yang terorganisasi. Pencantumannya dalam Undang-Undang Dasar merupakan suatu upaya individualis, suatu kesalahan sistem” (Garis bawah dari penulis).

Pandangan Soepomo ini dibantah oleh Hatta dengan mengatakan bahwa bilamana dalam Undang-Undang Dasar tidak ada jaminan untuk hak-hak warganegara maka negara itu akan merosot menjadi negara penguasa. Sebagai jalan tengah akhirnya disepakati, dalam UUD dimuat pokok-pokok hak asasi manusia, dan penjabarannya lebih jauh diatur dengan Undang-Undang.<sup>74)</sup>

Soepomo juga tidak menyetujui Trias Politica (pemisahan kekuasaan) dicantumkan dalam UUD 1945. Ketidaksetujuannya itu dapat diketahui dari ucapannya pada saat terjadi perdebatan dengan Yamin berhubung adanya usul Yamin agar UUD yang akan dibentuk memuat pembagian kekuasaan. Dalam kesempatan itu Soepomo beranggapan bahwa UUD yang akan dibentuk tidak memuat teori Trias Politika. Lebih jauh beliau mengatakan sebagai berikut :

“Menurut pendapat saya, Tuan Ketua, dalam rancangan UUD ini kita memang tidak memakai sistem yang membedakan tiga badan itu”.....<sup>75)</sup>

Ucapan Soepomo itu dilontarkan dalam rangka menanggapi usul Yamin agar dalam UUD nantinya kekuasaan negara dipisah-pisah (dibagi-bagi ?) menjadi 6 bagian yakni : kepresidenan, MPR, DPR, DPA, Mahkamah Agung dengan hak uji materiil, serta departemen-departemen yang dikepalai menteri-menteri.<sup>76)</sup>

Ketidaksetujuan Soepomo terhadap Trias Politica (pemisahan kekuasaan) sejalan dengan ide negara integralistik yang diujarkannya, yang didasarkannya pada filsafat Hegel tentang dialektika. Menurut Hegel negara adalah hasil akhir dari akal budi manusia yang berkembang sesuai hukum dialektika yakni : these, antithese, dan synthese. Sebagai “these” adalah manusia perseorangan (individu) yang selalu berkonflik dengan masyarakat (sebagai antithese) dan untuk mengakhiri konflik itu dibentuklah negara (sebagai synthese). Dalam hal ini negara melindungi secara bersamaan baik kepentingan individu maupun kepentingan masyarakat. Untuk keperluan itu negara memegang monopoli untuk menentukan apa yang benar apa yang salah, apa yang moral apa yang bukan moral, apa yang baik apa yang destruktif. Negara adalah idea tertinggi dan realitas tertinggi. Oleh karena negara memegang monopoli kekuasaan maka kekuasaan negara harus tunggal tidak dapat dibagi-bagi (dipisah-pisahkan). Menurut pikiran Hegel, bila kekuasaan yang terbagi-bagi itu menghabiskan tenaganya untuk saling

mengendalikan, maka akhirnya hanya akan mengakibatkan hancurnya negara. Segala kekuatan (kekuasaan) itu harus dimasukkan ke dalam satu kehidupan organis negara. Dalam kaitan ini, Hegel juga menolak demokrasi dan hak umum untuk memilih, karena menurut dia, negara bukan penjelmaan kehendak bersama, bukan pula kehendak mayoritas melainkan penjelmaan kehendak rasional.<sup>77)</sup>

Betapun serunya perdebatan antara Soepomo dan Yamin tentang pembagian kekuasaan, namun pada akhirnya yang keluar sebagai pemenang adalah Yamin. Terbukti kemudian UUD 1945 yang disahkan tanggal 18 Agustus 1945 menyerap pikiran Yamin walaupun tidak seutuhnya. Usul Yamin bahwa Departemen-Departemen merupakan kekuasaan keenam nampaknya tidak disetujui oleh Panitia Perancang UUD, dan sebagai gantinya ditetapkan adanya BPK (Badan Pemeriksa Keuangan). Dengan demikian UUD 1945 mengenal 6 jenis kekuasaan (MPR, Presiden, DPA, DPR, BPK dan MA). Mengingat satu sama lain terkadang memiliki hubungan fungsional dan hubungan pengawasan (check and balance) maka jelas kiranya UUD 1945 tidak dapat dikatakan menganut pemisahan kekuasaan tetapi lebih tepat dikatakan menganut pembagian kekuasaan atau distribusi kekuasaan ("distribution of power" meminjam istilah Kelsen).

Berkenaan dengan peristilahan mana yang tepat, M. Yamin menganjurkan agar dipergunakan istilah pembagian kekuasaan dengan alasan : a) istilah Trias Politica tidak tepat karena kekuasaan dalam suatu negara

tidak selalu tiga (trias) tetapi terkadang lebih dari tiga; b) istilah pemisahan kekuasaan (separation of power) juga tidak tepat karena istilah itu menggambarkan seakan-akan satu sama lain kekuasaan itu tidak ada hubungan lagi.<sup>78)</sup>

Urgensi pembagian kekuasaan dalam UUD 1945 ditinjau dari segi tujuan negara hukum adalah bahwa ; UUD 1945 mengenal fungsi pengawasan dari satu jenis kekuasaan negara terhadap kekuasaan negara lainnya, untuk menghindari kesewenang-wenangan. Bertitik tolak dari paradigma itu maka dalam tahap pemikiran *ius constituendum* tentunya dimungkinkan pula adanya pengawasan dari DPR terhadap MA (kekuasaan kehakiman) agar MA dalam menjalankan kekuasaannya tidak sewenang-wenang. Pengawasan demikian itu yang bertumpu pada konsep “check and balance” dalam konteks negara hukum dapat menimbulkan dua akibat hukum yakni : pertama, masyarakat pencari keadilan terhindar dari kesewenang-wenangan (ketidakadilan MA); kedua, mewujudkan supremasi hukum berupa tunduknya MA terhadap peraturan.

### **3. Ruang Lingkup Kekuasaan Kehakiman**

#### **3.1. Perkembangan Secara Garis Besar Kekuasaan kehakiman Indonesia**

Salah satu fungsi pokok kekuasaan kehakiman menurut CF Strong adalah untuk memutus perkara dengan menerapkan hukum (materii)

secara paksa (to decide upon the application of the existing law ...., by its nature coercive)<sup>79)</sup>

Senada dengan C.F. Strong, Wirjono Prodjodikoro menyatakan bahwa arti penting kekuasaan kehakiman adalah untuk memutus sengketa hukum yang timbul antara anggota masyarakat satu sama lain dan antara anggota masyarakat dengan pihak pemerintah.<sup>80)</sup>

Kewenangan untuk memutus perkara itu tujuan akhirnya sudah barang tentu untuk mewujudkan ketertiban umum di masyarakat melalui putusan yang adil. Diskusi tentang kewenangan pokok mengadili tidak bisa dilepaskan kaitannya dengan luas ruang lingkup kekuasaan kehakiman. Luas ruang lingkup (rentangan) kekuasaan kehakiman itu dapat didekati dari dua aspek yakni : pertama, aspek institusional berupa jenis-jenis kelembagaan Peradilan yang disertai kekuasaan kehakiman; kedua, aspek fungsional berupa ragam fungsi yang diserahkan oleh Undang-Undang kepada kekuasaan kehakiman.

Khusus untuk aspek yang pertama (institusi Peradilan) dipandang perlu menelusuri perkembangan kelembagaan itu mulai dari jaman kolonial hingga jaman kemerdekaan. Penelusuran ini di samping bertujuan untuk kedalaman wacana bahasan, juga didasari pada pemahaman bahwa, konsep keadilan dan ketertiban umum seperti diingatkan oleh Friedmann bukanlah konsep yang statis melainkan terus berkembang (....."it should.



however be borne in mind that public order itself is not a static concept").<sup>81)</sup>

#### **A) Kekuasaan Kehakiman Pada Masa Penjajahan Belanda**

Pada masa Hindia Belanda, kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh empat badan Peradilan (*rechtspraak*) yakni <sup>82)</sup>

- 1) Peradilan Gubernemen (*Gouvernements rechtspraak*) yang meliputi seluruh Hindia Belanda.
- 2) Peradilan Adat atau Peradilan Pribumi (*Inheemscherechtspraak*) hanya terdapat di daerah langsung (administratif) daerah seberang.
- 3) Peradilan Swapraja (*Zelfbestuurs rechtspraak*) yang terdapat di daerah tidak langsung (otonom), kecuali Swapraja Paku Alaman dan Pontianak.
- 4) Peradilan Desa (*Dorps rechtspraak*), dengan catatan, disamping yang berdiri sendiri ada juga yang merupakan bagian dari Peradilan Gubernemen, Peradilan Swapraja, maupun Peradilan Adat.

Pada masing-masing jenis Peradilan itu, dimungkinkan pula adanya sejenis Kamar (Kamar) yang berupa Kamar Peradilan Agama (*Godsdienstige Rechtspraak*).

### A.1. Peradilan Gubernemen

Peradilan Gubernemen terdiri dari dua bagian yakni Peradilan Sipil dan Peradilan Militer.

Peradilan Sipil terdiri atas 4 (empat) kamar yakni :<sup>83)</sup>

- 1) Landgerecht (untuk semua golongan)
- 2) Inlandsche Rechtspraak (Peradilan Pribumi), yang pada prinsipnya berlaku untuk golongan Pribumi. Untuk daerah Jawa dan Madura Peradilan bawahan berupa Districtsgerecht dan Regentschapsgerecht. Peradilan atasan dari kedua jenis Peradilan itu adalah Peradila Landraad. Untuk daerah Seberang Peradilan bawahan berupa : Negorijrechtbank, Districtsgerecht/Districtsraad, dan Magistraat-sgerecht. Sama dengan daerah Jawa dan Madura Peradilan atasan dari kesemuanya itu adalah Peradilan Landraad.
- 3) Europeesche Rechtspraak (Peradilan Eropa), pada prinsipnya berlaku untuk golongan Eropah. Peradilan Tingkat Pertama berupa Residentiegerecht, tingkat banding berupa Raad van Justitie dan tingkat kasasi berupa Hoog Gerechtshof van Nederlandsch Indie.
- 4) Peradilan agama, mengadili perkara perkara agama Islam. Peradilan jenis ini terdapat : (1) di Jawa dan Madura berupa : Priesterraad dan Hof voor Islamictische Zaken; (2) di Afdelingen Banjarmasin dan Hoeloe Soengai berupa Kadi dan Opperkadi; (3)

di daerah lain seperti Palembang, Jambi, Pontianak, Ternate, Ambon, Makasar dan Bontain.

Sementara bagian Peradilan Militer terdiri dari Krijgsraad, Zeekrijgsraad, dan Hoog Militair Gerechtshof. Krijgsraad terdapat di Cimahi, Makasar dan Padang. Krijgsraad berwenang mengadili tentara Belanda (KNIL) yang berpangkat kapten ke bawah. Zeekrijgsraad adalah pengadilan Militer yang pada prinsipnya sama dengan Krijgsraad, perbedaannya hanyalah bahwa Peradilan ini diselenggarakan di atas kapal perang.

Sebagai Peradilan militer tertinggi adalah Hoog Militair Gerechtshof. Peradilan ini berkedudukan di Batavia. Kewenangannya adalah memeriksa banding dari Krijgsraad dan Zeekrijgsraad, serta merupakan Peradilan pertama dan tertinggi dari tentara yang berpangkat perwira ke atas.

#### **A.2. Peradilan Adat**

Dasar hukum Peradilan Adat sama dengan dasar hukum Peradilan Gubernemen yakni Pasal 130 IS. Perbedaannya adalah; Peradilan Gubernemen mengadili (melaksanakan fungsinya) atas nama Raja/Ratu Belanda, sedangkan Peradilan Adat tidak. Meskipun demikian, pemerintah Hindia Belanda mempunyai pengaruh yang cukup besar dari segi pengaturan dan pengangkatan hakim-hakim badan Peradilan Adat itu.

Peradilan Adat yang pada awalnya hanya terdapat di daerah langsung (daerah administratif) daerah seberang direncanakan dihapus untuk kemudian diintegrasikan ke dalam Peradilan Gubernemen. Pada tahun 1928 justru

terjadi perubahan sikap pemerintah Belanda untuk membina Peradilan Adat itu. Kebijakan baru itu ditindak lanjuti dengan keluarnya Staatblad 1932 No. 80 yang mengatur tentang susunan dan kedudukan, kekuasaan mengadili, hukum material dan hukum acara badan Peradilan Adat. Kemudian Residen diberi kekuasaan untuk menyusun peraturan pelaksanaannya.

Pada umumnya badan Peradilan Adat ini terdiri dari tiga tingkatan pengadilan yakni :<sup>84)</sup>

- 1) Pengadilan Tingkat Desa (Rapat)
- 2) Pengadilan Tingkat Rendah (Kleine Rapat)
- 3) Pengadilan Tingkat Tinggi (Groote Rapat)

Pengadilan desa (Rapat) dengan pengadilan Tingkat Rendah (Kleine Rapat) pada prinsipnya memiliki kedudukan (tingkatan) yang relatif sama. Pengadilan Desa hanya dapat mengadili urusan-urusan kecil yang dilakukan oleh anggota persekutuan adat setempat. Sedangkan Kleine rapat mengadili urusan-urusan kecil yang dilakukan oleh orang pribumi bukan penduduk setempat. Di sisi lain, Groote Rapat merupakan pengadilan Tingkat Banding bagi kedua jenis pengadilan tersebut, atau menjadi pengadilan pertama bila di daerah tersebut tidak terdapat pengadilan Desa dan/atau pengadilan Tingkat Rendah (Kleine Rapat). Di beberapa tempat seperti misalnya di Lombok terdapat pula pengadilan agama yang mempunyai tingkatan yang sejajar dengan pengadilan Desa dan Kleine Rapat. Satu hal yang perlu dicatat bahwa

Residen berkuasa membatalkan putusan pengadilan adat atau memerintahkan pemeriksaan kembali oleh hakim yang ia tunjuk.

Berdasarkan Staatsblad di atas, Yurisdiksi Peradilan Adat diatur sebagai berikut :

1) Pengadilan Adat berwenang mengadili perkara yang terjadi di wilayah kekuasaan Badan Peradilan Adat.

2) Semua orang pribumi dari manapun asalnya dapat menjadi terdakwa ataupun tergugat.

3) Semua golongan penduduk dapat menjadi penggugat.

Dalam kaitan dengan Peradilan Adat ternyata kekuasaan Residen cukup besar. Residen berkuasa untuk menetapkan bahwa seseorang tidak termasuk yurisdiksi Peradilan Adat setempat.

Peradilan Adat tidak berwenang mengadili perkara kejahatan yang menyangkut aspek keamanan dan ketertiban. Terhukum dalam Peradilan Adat dapat meminta grasi, amnesti dan abolisi kepada Gubernur Jenderal.

Peradilan Adat terdapat di wilayah :

1) Onderafdeeling Padanglawas, Afdeelingen Bataklanden dan Nias, kecuali Batoe-Eilanden (Residentie Tapanoeli).

2) Onderafdeeling Mentawai-Eilanden dan Distrik Kerinci (Residentie Sumatra's Weskust).

3) Residentie Benkoelen, kecuali ibu kotanya.

4) Residentie Palembang, kecuali ibu kotanya.

- 5) Bekas kesultanan Riau-Lingga (Residentie Riow en Onderhoorigheden).
- 6) Onderafdeelingen Boven-Mahakam dan Pasir (Residentie Zuider en Ooster Afdeeling van Borneo).
- 7) Bekas kerajaan Gorontalo (Residentie Manado).
- 8) Adatgemeenschappen Gantarang-Matinggi, Kidnang, Laikang, Wanora Waroe (Residentie Celebes en Onderhoorigheden).
- 9) Taoen, Nila en Seroea-eilanden; Laboeha, Obi, Kekik en Lawin-eilanden (Residentie Molukken).
- 10) Afdeeling Groot-Aceh dan Onderafdeeling Singkel (Residentie Atjeh en Onderhoorigheden).
- 11) Onderafdeelingen Boven-Kapoeas dan Semitaoe dan Distrik Pinohlanden dan Meliaoe (Residentie Westerafdeeling van Borneo).
- 12) Afdeeling Lombok (Residentie Bali en Lombok).

### **A.3. Peradilan Swapraja**

Peradilan Swapraja diselenggarakan atas nama kepala Swapraja. Peradilan ini ada di setiap Swapraja Kadipaten Pakoe Alaman dan Swapraja Pontianak. Keberadaan Peradilan Swapraja diakui oleh Pemerintah Hindia Belanda melalui Zelfbestuurs Regelen 1938 atau Lange Contract masing-masing Swapraja. Peradilan ini ada, baik di Jawa dan Madura maupun di Daerah Seberang.

### **1) Peradilan Swapraja Daerah Seberang**

Peraturan pelaksanaan mengenai susunan dan kedudukan, kekuasaan mengadili, hukum materiil dan hukum formil Badan Peradilan Swapraja ditetapkan oleh Residen setempat setelah berkonsultasi dengan Swapraja yang bersangkutan dan setelah mendapat persetujuan dari Departemen Van Justitie. Peraturan Residen ini dibuat dengan berpedoman pada Staatsblad 1932 No. 80, tentang Badan Peradilan Adat. Oleh karena itu, tidak ada perbedaan yang mendasar antara Peradilan Swapraja di Daerah Seberang dengan Peradilan Adat. Perbedaannya, penguasa Europeesch Bestuur bertindak sebagai penasehat, dan bukan sebagai Ketua Grootte Rapat.

Dapat ditambahkan bahwa Peradilan Swapraja di Kesultanan Deli dan Swapraja Baroesdjahe, Lingga, Soeka, Sarinembah dan Koetaboeloeh (Onderafdeeling Karolanden, Residentie Oostkust van Sumatra) mempunyai Pengadilan Desa pula sebagai pengadilan bawahannya. Sementara Peradilan Swapraja di Kesultanan Deli dan Swapraja Poerba, Dolok dan Si Lima Koeta (Onderafdeeling Karolanden, Residentie OostEust Van Sumatera) memiliki pula Kamer Agama sebagai salah satu unsurnya.

### **2) Peradilan Swapraja di Vorstenlanden**

Peradilan Swapraja di Jawa dan Madura terdapat di Kesultanan Ngayogyakarta Hadiningrat berdasarkan Rijksblad 1927 No. 35, di

Kasunanan Soerakarta hadiningrat berdasarkan Rijktsblad 1930 No. 6 dan di Kadipaten Mangkunegaraan berdasarkan Rijktsblad 1917 No. 22.

Peradilan Swapraja di Kasultanan Ngayogyakarta meliputi :

a) Peradilan Surambi yang pada hakikatnya merupakan sebuah peradilan agama, diketuai oleh seorang Penghulu Hakim (Hoofdpenghoeloe) sebagai hakim tunggal. Pengadilan ini berwenang mengadili perkara nikah, talak, rujuk dan waris bagi kerabat Sultan serta rapak (permohonan cerai oleh isteri) bagi semua kaula. Banding atas putusan ini dapat dimintakan pada Patih dan selanjutnya pada Sultan.

b) Pengadilan Keraton Daerah Dalem.

Pengadilan ini adalah pengadilan majelis yang terdiri dari seorang Ketua dan dua orang anggota, dibantu oleh seorang Panitera ditambah seorang Jaksa dan seorang Penghulu. Semua pejabat itu diangkat oleh Sultan. Ketua pengadilan biasanya dijabat oleh Pangeran Pati (Putera Mahkota) atau Pangeran Ngabehi (Putera sulung dari isteri selir) atau Pangeran yang ditunjuk oleh Sultan. Pengadilan ini berwenang mengadili perkara pidana yang sejenis dengan perkara yang ditangani oleh Landsgerecht. Sedangkan untuk perdata, pengadilan ini dapat mengadili semua perkara yang tidak ditangani oleh Surambi atau Sultan sendiri. Banding atas putusan dapat dimintakan pada Sultan.



c) Pengadilan oleh Sultan

Sultan mengadili sendiri pada tingkat pertama dan terakhir semua tindak pidana yang dilakukan oleh Pangeran Pati dan keluarganya, para isteri Sultan sendiri dan para isteri Sultan yang terdahulu. Untuk perkara perdata, Sultan berwenang mengadili semua perkara yang tidak berada dalam kewenangan pengadilan Surambi.

Sementara, Peradilan Swapraja di Kasunanan Soerakarta Hadiningrat meliputi :

a) Peradilan Pradata.

Pengadilan ini dilakukan oleh seorang hakim tunggal, dan seorang Panitera. Kewenangan peradilan Perdata sama dengan kewenangan Peradilan Landsgerecht.

b) Peradilan Surambi

Pengadilan ini pada hakikatnya merupakan sebuah peradilan agama, yang dilaksanakan oleh seorang Wedana Yogaswara (pejabat agama Kasunanan Soerakarta) sebagai hakim tunggal. Kewenangan peradilan Surambi adalah mengadili perkara nikah, talak, rujuk dan waris. Permintaan banding atas putusan Surambi dapat dimintakan pada Peradilan Pradata Gede.

c) Peradilan Pradata Gede

Peradilan ini merupakan peradilan tertinggi dengan sistem majelis. Majelis hakim terdiri dari seorang Ketua dan dua orang hakim anggota. Pejabat lainnya adalah seorang jaksa dan seorang penghulu. Semua pejabat ini

diangkat oleh Patih. Kewenangan peradilan ini adalah mengadili perkara pidana dan perdata.

Lebih jauh Peradilan Swapraja di Kadipaten Mangkoenegaran meliputi:

a) Peradilan Surambi

Sama halnya dengan di Kasultanan Yogyakarta dan Kasunanan Surakarta, Peradilan Surambi di kadipaten Mangkoenegaran adalah merupakan peradilan agama dengan sistem majelis. Bertindak sebagai hakim Ketua adalah Penghulu Hakim dengan dibantu oleh beberapa Ketib sebagai hakim anggota. Kewenangan peradilan ini adalah mengadili perkara nikah, talak, rujuk dan waris. Permintaan banding atas putusan peradilan ini dapat dimintakan pada Peradilan Pradata.

b) Peradilan Pradata

Peradilan ini merupakan pengadilan majelis yang diketuai oleh Patih dengan dibantu sejumlah anggota dan Panitera, ditambah jaksa dan seorang penghulu. Akan tetapi berkenaan dengan perkara pidana sumir, pengadilan ini mengadili dengan sistem hakim tunggal. Kewenangan peradilan Pradata adalah mengadili semua perkara pidana dan perdata yang bukan merupakan kewenangan Peradilan Surambi.<sup>85)</sup>

#### A.4. Peradilan Desa

Ada dua jenis Peradilan Desa yakni Peradilan Desa yang merupakan bagian dari Badan Peradilan Gubernemen dan Peradilan Desa yang berdiri sendiri. Yang disebut belakangan ini, keberadaannya diakui oleh pemerintah Hindia Belanda melalui penambahan Pasal 3a ke dalam *Rechterlijke Organisatie* (RO). Peradilan Desa mengadili menurut hukum adat setempat dan tidak berwenang menjatuhkan putusan yang berisi hukuman. Putusan paling jauh berupa permintaan maaf, perdamaian, pengembalian keseimbangan, dan lain-lain. Para pihak bila tidak mencapai kepuasan dapat membawa perkaranya ke Peradilan Gubernemen. Hakim Peradilan Gubernemen tidak terikat pada putusan Peradilan Desa, namun ia harus memperhatikan putusan itu dengan sungguh-sungguh.

Peradilan desa terdapat di Gubernemen Jogjakarta, *Onderafdeeling Mandailing en Natal* (*Residentie Tapanuli*) dan *Minangkabau* (*Residentie Soematera's Westkust*), *Residentie Lampungsche Districten*, *Bangka en Billiton*, *Afdeelingen Banjarmasin dan Hoeloe Sungai* (*Residentie Zuider en Oosterafdeeling van Borneo*), *Onderafdeeling Minahasa* (*Residentie Manado*) serta sejumlah desa di *Afdeeling Ambina* (*Residentie Molukken*).

Pada umumnya Peradilan Desa itu berupa Rapat Desa yang diketuai oleh Kepala Desa yang bersangkutan. Hanya ada kekecualian di *Mandailing* dan *Minangkabau*. Di *Mandailing* pengadilan diselenggarakan oleh Kepala Adat sebagai hakim tunggal. Sementara di *Minangkabau* Peradilan Desa juga

mengadili perkara agama tersusun atas tiga tingkatan yakni : Rapat Nagari (tingkat desa), Rapat Ninik Mamak (tingkat keluarga besar) dan terendah Rapat Kaum (tingkat keluarga kecil).<sup>86)</sup>

## **B) Kekuasaan Kehakiman Pada Masa Penjajahan Jepang**

Karakteristik pemerintah penjajahan Jepang di Indonesia adalah pemerintah militer. Oleh karena ia bukan pemerintah sipil maka tidak ada lembaga perwakilan rakyat (badan legislatif) yang berwenang membuat Undang-Undang seperti halnya suatu pemerintah demokratis yang berjalan normal. Tujuan utama pada awal pemerintahan militer Jepang di Indonesia adalah untuk menjaga keselamatan dan keamanan pesonil militer Jepang, demi tercapainya tujuan perang. Hal ini diungkapkan oleh Oppenheim yang kemudian disitir oleh Francois sebagai berikut : .....”temporarily necessitated by his interest in the maintenance and safety of his army in the realisation of the purpose of war”.<sup>87)</sup>

Sesuai dengan karakteristik dan tujuan perang itu maka yang pertama-tama dibentuk oleh pemerintah militer Jepang adalah peradilan yang melindungi militer yang disebut Gunritukaigi<sup>88)</sup>. Pembentukannya didasarkan pada Osamu Gunrei No. 2/1942, sementara sebelumnya dengan Osamugunrei No. 1/1942 telah diatur tentang jenis-jenis hukuman pidana yang dapat dijatuhkan. Seiring dengan itu maka Gunritukaigi berwenang mengadili tindak pidana yang pada pokoknya dikwalifisir sebagai kejahatan yang

bersifat mengganggu, menghalang-halangi dan melawan Balatentara Jepang. Jenis hukuman berupa : pidana penjara, pidana pembuangan, pidana denda dan pidana mati. Osamu Gunrei No. 1/1942 membenarkan penjatuhan pidana kumulatif yakni penjatuhan bersama-sama (penggabungan) antara pidana penjara ditambah denda, atau denda ditambah pembuangan. Juga dapat dikenakan hukuman tambahan berupa perampasan. Dengan UU tgl 2 Maret 1942 (UU No Istimewa) pidana mati dapat juga dijatuhkan terhadap perbuatan pidana yang berupa perusakan atau perampasan barang/alat/sarana, yang dipergunakan oleh atau berhubungan dengan tentara Jepang seperti parit-parit, perkebunan, sumber minyak, jalan, telpon, pos dan lain-lain.<sup>89)</sup>

Selain peradilan yang bersifat melindungi kepentingan militer, dengan UU No. 14 tahun 1942 (kemudian diubah dengan UU No. 34 tahun 1942) dibentuklah Gunsei Hoin (Pengadilan Pemerintah Balatentara) dan Gunsei Kensatu Kyoku (Kejaksanaan Pemerintah Balatentara). Kedua Undang-Undang itu merupakan peraturan dasar bagi pembentukan organisasi peradilan di Jawa dan Madura. Sesuai dengan ketentuan Pasal 3<sup>90)</sup> UU No. 1 tahun 1942, pada prinsipnya organisasi dan struktur badan peradilan sama dengan organisasi dan struktur badan peradilan sebelumnya (masa Hindia Belanda) dengan di sana-sini diadakan perubahan seperlunya. Perubahan yang mendasar adalah misalnya : 1) Dihapuskannya perbedaan antara peradilan Gubernemen dan Peradilan Bumi Putera; 2) Hakim untuk golongan Eropah dihapuskan; 3) Hakim untuk golongan Bumi Putera kekuasaannya diperluas

sehingga meliputi semua golongan; 4) Penghapusan kewenangan mengadili pada tingkat pertama dari Raad van Justitie dan Hoogerechtshof; 5) Penghapusan peradilan Residentiegerecht; 6) Perubahan istilah-istilah badan peradilan seperti “Landraad” menjadi Tihoo Hooin (Pengadilan Negeri), “Landgerecht” menjadi Keizai Hooin (Hakim Kepolisian), “Regentschapsgerecht” menjadi Ken Hooin (Pengadilan Kabupaten), “Districtsgerecht” menjadi Gun Hooin (Pengadilan Kawedanaan), “Hof voor Islamietsche Zaken” menjadi Kaikyoo Kootoo Hooin (Mahkamah Islam tinggi), “Priesterraad” menjadi Sooryoo Hooin (Rapat Agama). Untuk daerah di luar Jawa dan Madura kondisi seperti itu baru diberlakukan dua tahun setelah berlakunya UU No. 14 tahun 1942 dengan peraturan pelaksanaan berupa Timo Seirei Otsu No. 40 tahun 1943 yang mulai berlaku tanggal 1 Januari 1944.<sup>91)</sup>

### **C. Kekuasaan Kehakiman Pada Masa Kemerdekaan**

Proklamasi kemerdekaan yang diucapkan tanggal 17 Agustus 1945 merupakan landasan bagi terbentuknya sistem (tata) hukum baru yakni sistem hukum Indonesia. Dengan sistem hukum baru itu bangsa Indonesia bertekad untuk mengganti seluruh sistem hukum kolonial dengan sistem hukum nasional Indonesia. Hal ini merupakan konsekuensi suatu negara merdeka yang dengan bebas berhak mengatur sendiri tata negara dan tata hukumnya.<sup>92)</sup>

Seiring dengan tekad itu bangsa Indonesia melalui PPKI (Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia) pada tanggal 18 Agustus 1945 telah mensyahkan berlakunya suatu UUD yang rancangannya berasal dari hasil karya BPUPKI yang berupa rancangan “Mukadimah” dan rancangan “Batang Tubuh UUD”. Kedua rancangan itu diterima oleh PPKI setelah mengadakan pembahasan seperlunya.<sup>93)</sup> Kemudian UUD yang disyahkan tanggal 18 Agustus 1945 itu populer dengan sebutan UUD 1945.

Sejak berlakunya UUD 1945 (tanggal 18 Agustus 1945) hingga kini telah berhasil dibuat 3 buah Undang-Undang pokok yang mengatur kekuasaan kehakiman, yakni : UU No. 19 tahun 1948, UU No. 19 tahun 1964 dan UU No 14 tahun 1970. Ketiga UU itu diciptakan dalam rangka untuk memenuhi perintah Pasal 24 UUD 1945.<sup>94)</sup> Sebelum berlakunya UU No. 19 tahun 1948 sepanjang menyangkut peraturan-peraturan dan badan-badan (institusi) yang berkaitan dengan kekuasaan kehakiman berlaku peraturan-peraturan dan badan-badan sebelum kemerdekaan (masa Jepang dan Belanda). Keberlakuan semacam itu didasarkan pada ketentuan Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 yang pada intinya mengatakan bahwa segala badan negara dan peraturan yang ada masih terus berlaku selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar.<sup>95)</sup>

### C.1. Undang-Undang No. 19 tahun 1948.

Setelah Indonesia merdeka, kebijakan yang ditempuh berkaitan dengan pengembangan kekuasaan kehakiman adalah didasari pada prinsip “unifikasi”,<sup>96)</sup> sebagai lawan dari prinsip “pluralistis” yang diterapkan pada masa pemerintah kolonial Belanda.<sup>97)</sup>

Prinsip “unifikasi” itu kemudian muncul dalam Pasal 6 dan Pasal 7 UU No. 19 tahun 1948.<sup>98)</sup> Pasal 6 menyatakan bahwa dalam negara Republik Indonesia hanya ada tiga lingkungan peradilan yakni :

1. Peradilan Umum
2. Peradilan Tata Usaha Pemerintahan
3. Peradilan Ketentaraan

Sementara Pasal 7 UU itu menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman dalam Peradilan Umum dilaksanakan oleh :

1. Pengadilan Negeri
2. Pengadilan Tinggi
3. Mahkamah Agung

Berdasarkan Ketentuan Pasal 6 dan Pasal 7 itu ternyata keberadaan Peradilan Agama tidak tercakup di dalamnya. Juga tidak ada ketentuan yang tegas dalam UU itu yang menghapuskan keberadaan Peradilan Agama itu. Dalam ketidakjelasan itu, ketentuan yang dapat dipakai sebagai pegangan adalah Pasal 35 ayat (2) yang menyatakan bahwa perkara-perkara perdata antara orang Islam yang menurut hukum yang hidup, harus diperiksa dan



diputus menurut hukum agamanya, harus diperiksa dan diputus oleh Pengadilan Negeri yang terdiri dari seorang Hakim yang beragama Islam sebagai Ketua, dan dua orang Hakim ahli agama Islam sebagai anggota yang diangkat oleh Presiden atas usul Menteri Agama dengan persetujuan Menteri Kehakiman.

Ketidajelasan juga terlihat pada eksistensi Peradilan Adat. Ketentuan yang berkaitan dengan hal itu adalah Pasal 10 yang menyatakan bahwa perkara-perkara yang menurut hukum yang hidup dalam masyarakat desa dan sebagainya harus diperiksa dan diputus oleh pemegang kekuasaan dalam masyarakat itu tinggal tetap pada mereka untuk diperiksa dan diputusnya.<sup>99)</sup>

Tentang Peradilan Tata Usaha Pemerintahan Pasal 66 menyatakan bahwa sepanjang dalam suatu Undang-Undang tidak disebut dengan tegas perkara tata usaha pemerintahan harus diadili oleh peradilan tertentu maka Pengadilan Tinggi berwenang memeriksa dalam tingkatan pertama dan Mahkamah Agung berwenang memeriksa dalam tingkatan kedua.

Sementara tentang Peradilan Ketentaraan Pasal 68 menyatakan bahwa Peradilan Ketentaraan akan diatur dengan Undang-Undang.

## **C.2. Undang-Undang No. 19 tahun 1964**

Penjelasan umum UU No. 19 tahun 1964 menyatakan bahwa pembentukan UU itu didasarkan pada Tap MPRS No. II/MPRS/1960 tentang Haluan Negara yang berupa Manipol Usdek. Salah satu ciri jiwa Manipol

Udek adalah menempatkan Presiden (Pimpinan Nasional) sebagai Pemimpin Besar Revolusi yang memiliki kedudukan superior terhadap lembaga-lembaga negara lainnya, termasuk terhadap kekuasaan kehakiman.

Sebagai suatu UU yang berjiwakan Manipol Usdek, Pasal 3 dari UU itu dengan tegas menyebut bahwa Pengadilan adalah alat revolusi. Senada dengan itu Pasal 14 dan Pasal 20 menekankan bahwa hukum dan hakim juga merupakan alat revolusi. Oleh karena pengadilan, hukum dan hakim merupakan alat revolusi maka Presiden adalah sebagai pemimpin besar revolusi, bangsa dan negara, demikian isi Pasal 19 UU itu.

Berkenaan dengan jenis-jenis kekuasaan kehakiman, UU tersebut mengaturnya dalam Pasal 7. Secara garis besar Pasal itu berisikan 4 hal yakni:

1) Kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh 4 jenis peradilan yakni :  
(1) Peradilan Umum; (2) Peradilan Agama; (3) Peradilan Militer; (4) Peradilan Tata Usaha Negara.

2) Semua pengadilan berpuncak pada Mahkamah Agung yang merupakan pengadilan tertinggi untuk semua lingkungan peradilan.

3) Keempat jenis peradilan itu secara teknis berada di bawah pimpinan Mahkamah Agung sedang secara organisatoris, administratif dan finansial berada di bawah Departemen terkait.

4) Dengan adanya keempat jenis peradilan tidak tertutup kemungkinan penyelesaian perkara perdata secara damai di luar pengadilan.

Perihal poin ke-3 yang menempatkan para hakim di bawah pengawasan eksekutif melalui departemen terkait (selain di bawah pengawasan Mahkamah Agung) sesungguhnya menurut Daniel S Lev, pada saat perancangan UU No. 19 tahun 1964 itu masalah itu telah mendapat reaksi keras dari organisasi profesi para hakim. Namun reaksi keras itu ternyata kandas karena Menteri Kehakiman dalam pembahasan rancangan UU tetap menolak usulan organisasi profesi hakim itu.<sup>100)</sup>

Kembali kepada persoalan jenis-jenis kekuasaan kehakiman, penjelasan Pasal 7 UU tersebut menyatakan bahwa :

a) Undang-Undang No. 19 tahun 1964 membedakan antara Peradilan Umum, Peradilan Khusus, dan Peradilan Tata Usaha Negara.

b) Peradilan Umum meliputi : pengadilan ekonomi, pengadilan subversi, dan pengadilan korupsi.

c) Peradilan Khusus terdiri dari pengadilan agama dan pengadilan militer.

Hal yang menarik dari penjelasan Pasal 7 itu, bahwa penjelasan itu tidak menyebut dengan tegas jenis Pengadilan Tata Usaha Negara apakah pengadilan ini termasuk Pengadilan Umum ataukah Pengadilan Khusus. Dengan kata lain, menurut UU No. 19 tahun 1964 Pengadilan Tata Usaha Negara tidak dimasukkan ke dalam jenis Peradilan khusus, melainkan dinyatakan memiliki jenis tersendiri. Dalam penjelasan Pasal 7 UU tersebut dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan Pengadilan Tata Usaha Negara

adalah apa yang disebut “Peradilan Administratif” dalam Tap. MPRS No. II/MPRS/1960 yang antara lain meliputi “Peradilan Kepegawaian”.

Jika diadakan perbandingan kekuasaan kehakiman menurut UU No. 19 tahun 1948 dan UU No. 19 tahun 1964 maka secara garis besar nampak hal-hal seperti tertera dalam tabel berikut ini.

Tabel 3

**Perbandingan UU No. 19 tahun 1948 Dengan  
UU No. 19 tahun 1964  
Dalam Garis Besar**

<b>Materi</b>	<b>UU No. 19 tahun 1948</b>	<b>UU No. 19 tahun 1964</b>
1. Peradilan dijalankan atas nama	Negara Republik Indonesia (Ps. 1)	Keadilan berdasarkan Ketuhanan YME (Ps. 2)
2. Substansi (materi)	Kekuasaan kehakiman dan kekuasaan kejaksaan (judul UU)	Hanya kekuasaan kehakiman (judul UU)
3. Jenis kekuasaan kehakiman	1. Peradilan Umum 2. Pengadilan Tata Usaha Pemerintahan 3. Peradilan Ketentaraan (Ps. 6)	1. Peradilan Umum 2. Peradilan Agama 3. Peradilan Militer 4. Peradilan Tata Usaha Negara (Ps. 7)
4. Fungsi Pengadilan	-	Alat revolusi (Ps. 20 ayat 1)
5. Intervensi Pemerintah	Dilarang (Ps. 3 ayat 3)	Dibenarkan intervensi Presiden (Ps. 9)
6. Pengawasan	Pengawasan tunggal oleh MA (Ps. 55 ayat 1)	Pengawasan dualistis oleh MA dan Departemen terkait (Ps. 7 ayat 3)

Sumber : UU No. 19/1948 dan UU No. 19/1964.

### **C3. Undang-Undang No. 14 Tahun 1970**

Pada awal kemunculannya, Orde Baru bertekad melaksanakan UUD 1945 secara murni dan konsekwen. Untuk itu Orde Baru segera melakukan “Legislative Review” (penilaian materi perundang-undangan oleh lembaga legislatif) dengan menciptakan 4 buah Undang-Undang yakni :

a) Undang-Undang No. 25 tahun 1968 tentang pernyataan tidak berlakunya berbagai Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden.

b) Undang-Undang No. 5 tahun 1969 tentang pernyataan berbagai Penetapan Presiden dan Peraturan Presiden sebagai Undang-Undang.

c) Undang-Undang No. 6 tahun 1969 tentang Pernyataan tidak berlakunya Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.

d) Undang-Undang No. 7 tahun 1969 tentang Penetapan berbagai Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang menjadi Undang-Undang.

Undang-Undang No. 6 tahun 1969 yang mulai berlaku pada tanggal 5 Juli 1969 menyatakan Undang-Undang No. 19 tahun 1964 adalah salah satu Undang-Undang yang tidak memiliki kekuatan berlaku karena materinya bertentangan dengan UUD 1945. Namun ketidakberlakuan itu berlangsung bila telah ada Undang-Undang baru yang menggantikannya.

Untuk keperluan penggantian itu badan legislatif Orde Baru kemudian berhasil menciptakan Undang-Undang baru yakni UU No. 14 tahun 1970

tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang berlaku hingga kini. Undang-Undang ini terdiri dari 8 Bab dan 42 Pasal.

Ketika Undang-Undang ini masih berupa rancangan, ada beberapa persoalan yang cukup menonjol sehingga mendapat pembahasan cukup hangat dari kalangan DPR. Persoalan-persoalan itu antara lain :<sup>101)</sup>

a) Mahkamah Agung sebagai puncak tertinggi lembaga kekuasaan kehakiman.

b) Majelis Pertimbangan Penelitian Hakim (MPPH).

c) Lingkungan Peradilan

d) Organisasi, Administrasi dan Finansial Peradilan

e) Toetsingsrecht

f) Forum Privilegiatum

g) Hukum Acara

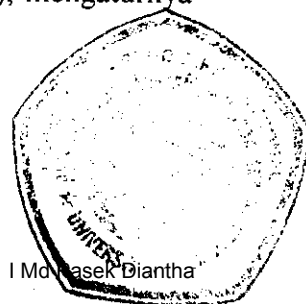
h) Status dan Jaminan Hakim

i) Connexiteit

J) Lembaga Herzeining (Peninjauan Kembali).

Kecuali persoalan b) dan f) yakni tentang Majelis Pertimbangan Penelitian Hakim (MPPH) dan Forum Privilegiatum semua persoalan-persoalan itu (*ius constituendum*) telah menjelama menjadi hukum positif (*ius constitutum*) diatur dalam berbagai Pasal UU No. 14 tahun 1970.

Khusus tentang jenis-jenis kekuasaan kehakiman, UU No. 14 tahun 1970 (seperti telah pernah disinggung dalam Bab I tulisan ini), mengaturnya



dalam Pasal 10 ayat (1). Menurut Pasal itu, kekuasaan kehakiman dilaksanakan oleh:

- a) Peradilan Umum
- b) Peradilan Agama
- c) Peradilan Militer
- d) Peradilan Tata Usaha Negara

Tentang Peradilan Umum lebih jauh diatur dengan UU No. 2 tahun 1986 yang sekaligus mencabut UU No. 13 tahun 1965 tentang Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Mahkamah Agung. Pasal 3 ayat (1) UU No. 2 tahun 1986 menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman di lingkungan Peradilan Umum dilaksanakan oleh Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi<sup>102)</sup>; masing-masing berkedudukan di Ibu Kota Kabupaten (Kotamadya) dan Ibu Kota Propinsi (Pasal 4). Pengadilan Negeri merupakan pengadilan Tingkat pertama dan Pengadilan Tinggi merupakan Pengadilan Tingkat Banding (Pasal 6).

Perihal Peradilan Agama, keberadaannya lebih jauh diatur dengan Undang-Undang No. 7 tahun 1989. Sebagai Peradilan Khusus, Pasal 1 ayat (1) menegaskan Peradilan Agama adalah peradilan bagi orang-orang yang beragama Islam. Kekuasaan kehakiman pada Peradilan Agama dilaksanakan oleh Pengadilan Agama yang berkedudukan di Kotamadya atau ibu kota Kabupaten dan Pengadilan Tinggi Agama berkedudukan di ibu kota Propinsi (Pasal 3 dan 4). Sama halnya dengan Peradilan Umum, Kekuasaan kehakiman

di lingkungan Peradilan Agama berpuncak pada Mahkamah Agung (Pasal 3 ayat 2).

Berkenaan dengan Peradilan Militer, lebih jauh peradilan ini diatur dengan Undang-Undang No. 31 tahun 1997. Sebagai peradilan khusus, Pasal 9 UU tersebut menyatakan ; Peradilan Militer berwenang mengadili perkara pidana militer dan perkara tata usaha militer. Subyek hukum yang dapat diadili dalam perkara pidana militer adalah : a) prajurit; b) mereka yang berdasarkan Undang-Undang dipersamakan dengan prajurit; c) anggota suatu golongan atau jawatan atau badan atau yang dipersamakan atau dianggap sebagai prajurit berdasarkan Undang-Undang; d) seorang yang tidak masuk golongan pada huruf a, huruf b dan huruf c, tetapi atas keputusan Panglima dengan persetujuan Menteri Kehakiman harus diadili oleh suatu pengadilan dalam lingkungan Peradilan Militer. Selain kewenangan itu, Peradilan Militer menurut Pasal 9 ayat (3) bewenang menggabungkan perkara gugatan ganti rugi dalam perkara pidana atas permintaan pihak yang dirugikan dan sekaligus memutus dua perkara (pidana dan perdata) itu dalam satu putusan.<sup>103)</sup>

Adapun kekuasaan kehakiman dalam lingkungan Peradilan Militer dijalankan oleh :

- a) Pengadilan Militer
- b) Pengadilan Militer Tinggi
- c) Pengadilan Militer Utama
- d) Pengadilan Militer Pertempuran

(Pasal 12)



Tempat kedudukan Pengadilan Militer Utama berada di ibukota negara RI, sementara Pengadilan Militer yang lainnya tempat kedudukannya lebih lanjut diatur dengan keputusan Panglima (Pasal 14). Pengadilan Militer merupakan pengadilan tingkat pertama bagi prajurit yang berpangkat Kapten ke bawah. Pengadilan Militer Tinggi merupakan pengadilan banding bagi Pengadilan Militer dan merupakan pengadilan tingkat pertama bagi prajurit yang berpangkat Mayor ke atas. Pengadilan Militer Utama merupakan Pengadilan banding atas

Pengadilan Militer Tinggi yang telah memutus pada tingkat pertama perkara pidana militer dan perkara tata usaha angkatan bersenjata. (Pasal 40, 41, 42 UU No. 31 tahun 1997). Sementara Pengadilan Militer Pertempuran adalah pengadilan yang agak spesifik karena pengadilan ini bersifat mobil mengikuti gerakan pasukan serta kedudukannya di daerah pertempuran. Pengadilan ini berwenang memutus perkara pidana militer pada tingkat pertama dan terakhir yang tertuduhnya prajurit sesuai ketentuan Pasal 9 ayat (1) yang terlibat kegiatan pertempuran (Pasal 45 dan 46).

Terakhir, mengenai Peradilan Tata Usaha Negara, keberadaan peradilan ini diatur dalam Undang-Undang No. 5 tahun 1986. Sifat khusus dari peradilan ini ditegaskan dalam Pasal 4 UU tersebut yang menyatakan bahwa Peradilan Tata Usaha Negara adalah salah satu pelaksana kekuasaan kehakiman bagi rakyat pencari keadilan terhadap sengketa Tata Usaha Negara. Pelaksanaan kekuasaan kehakiman dalam lingkungan Peradilan Tata

Usaha Negara dilaksanakan oleh : a) Pengadilan Tata Usaha Negara yang berkedudukan di kotamadya atau ibukota Kabupaten; b) Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara yang berkedudukan di ibukota Propinsi. Pengadilan Tata Usaha Negara berfungsi sebagai pengadilan tingkat pertama sedangkan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara berfungsi sebagai pengadilan tingkat banding. Sebagai pengadilan tertinggi adalah Mahkamah Agung (Pasal 5,6,8).

Peradilan Tata Usaha Negara berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan sengketa tata usaha negara. Jika suatu sengketa tata usaha negara tertentu menurut Undang-Undang tertentu harus diselesaikan dengan upaya administratif, maka Pengadilan Tata Usaha Negara berwenang mengadili jika sbelumnya telah ditempuh upaya administratif tersebut. Pengadilan tidak berwenang mengadili sengketa Tata Usaha Negara dalam hal keputusan yang disengketakan itu dikeluarkan : a) dalam waktu perang, keadaan berbahaya, keadaan bencana alam atau keadaan luar biasa yang membahayakan, berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku; b) dalam keadaan mendesak untuk kepentingan umum berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku (Pasal 48, 49).

Jika diadakan perbandingan antara UU No. 19 tahun 1964 dan UU No. 14 tahun 1970, secara garis besar nampak hal-hal seperti dalam tabel berikut ini :

Tabel 4

**Perbandingan Antara UU No. 19 tahun 1964 Dengan  
UU No. 14 tahun 1970  
Dalam Garis Besar**

<b>Materi</b>	<b>UU No. 19 tahun 1964</b>	<b>UU No. 14 tahun 1970</b>
1. Landasan filosofis	Pancasila dan Manipol usdek (Penjelasan Umum)	Pancasila (Ps. 3 ayat 2)
2. Status peradilan	Peradilan Negara (Ps. 1 ayat 1)	Peradilan Negara (Ps. 3 ayat 1)
3. Jenis kekuasaan kehakiman	a. Peradilan Umum b. Peradilan Agama c. Peradilan Militer d. Peradilan Tata Usaha Negara (Pasal 7)	a. Peradilan Umum b. Peradilan Agama c. Peradilan Militer d. Peradilan Tata Usaha Negara (Pasal 10)
4. Fungsi Pengadilan	Alat revolusi (Pasal 3)	Menegakkan hukum (Ps. 3 ayat 2)
5. Intervensi Pemerintah/pihak lain	Intervensi Presiden dibenarkan (Ps. 19)	Intervensi pihak lain dilarang dengan perkecualian (Ps. 4 ayat 3)
6. Pengawasan	Pengawasan dualistis oleh MA dan Departemen terkait (Ps. 7 ayat 3)	Pengawasan dualistis oleh MA dan Departemen terkait (Ps. 10 ayat 4, Ps. 11 ayat 1)

Sumber : UU No. 19/1964 dan UU No. 14/1970.

### 3.2. Ragam Fungsi Kekuasaan Kehakiman

Fungsi utama dari pengadilan menurut CF Strong adalah concerned with the infliction of penalties upon those who infringe the law ..... (berkaitan dengan penjatuhan hukuman terhadap orang-orang yang melanggar hukum).<sup>104)</sup> Senada dengan Strong, DCM Yardley tentang fungsi utama pengadilan mengatakan bahwa the primary function of the court is to determine the legality of various kinds of behaviour (menentukan keabsahan berbagai jenis perilaku masyarakat).<sup>105)</sup> Ferguson & Mc Henry menyatakan tugas utama peradilan adalah untuk memutus sengketa (to settle dispute). Selain memutus sengketa pengadilan di Amerika Serikat menurut mereka mempunyai fungsi lain yakni untuk menafsirkan Undang-Undang (interpret the law); menerapkan prinsip keseimbangan kekuasaan (check and balance) dengan cara menyatakan tidak syah produk legislatif dan keputusan Presiden dengan alasan bertentangan dengan konstitusi; dan melaksanakan administrasi peradilan (administer justice).<sup>106)</sup> Bagaimana dengan fungsi kekuasaan kehakiman di Indonesia?

Berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku dapat diidentifikasi beberapa fungsi kekuasaan kehakiman sebagai berikut : a) fungsi pokok berupa fungsi mengadili (rechtspreekende functie); b) fungsi pengawasan (controleerende functie); c) fungsi memberi nasehat (advieserende functie); d) fungsi mengatur (regelende functie); dan e) fungsi menguji materiil (materieel toetsingrecht).<sup>107)</sup> Fungsi d) dan e) hanya dimiliki oleh Mahkamah

Agung, sementara fungsi a), b), c), selain dimiliki oleh Mahkamah Agung juga dimiliki oleh pengadilan lain di bawah Mahkamah Agung.

Dengan kata lain, dalam sistem hukum Indonesia Mahkamah Agung memiliki secara sempurna seluruh fungsi kekuasaan kehakiman. Hal ini tidak mengherankan karena Mahkamah Agung adalah benteng terakhir negara hukum sehingga ia secara teknis juridis harus dapat menjamin selalu tegaknya negara hukum Indonesia.<sup>108)</sup>

Lebih jauh tentang ragam fungsi kekuasaan kehakiman seperti tersebut di atas dapat dijelaskan sebagai berikut :

### **A) Fungsi Mengadili (Rechtsprekende Functie)**

#### **A1) Fungsi Mengadili dari Mahkamah Agung**

Fungsi mengadili dari MA Indonesia dapat dipilah lagi menjadi :

- a) Mengadili sengketa tingkat pertama dan terakhir.
- b) Mengadili dalam tingkat kasasi.
- c) Mengadili permintaan peninjauan kembali.

Fungsi mengadili dan fungsi-fungsi lain baik dari Mahkamah Agung maupun pengadilan lain di bawahnya, dasar hukumnya tidak dapat dicari dalam UUD 1945 melainkan harus dilihat dalam Undang-Undang organik yang merupakan pelaksanaan Pasal 24 dan 25 UUD 1945 seperti misalnya UU No. 14 tahun 1985, UU No. 14 tahun 1970 dan UU lain yang terkait. Diperlukannya beberapa UU organik oleh konstitusi adalah merupakan gejala

umum yang terdapat dalam banyak negara seperti disinyalir oleh K.C. Wheare sebagai berikut :<sup>109)</sup>

....."the organization of the judiciary are in many countries not embodied in the constitution it self, or embodied are treated only in general principles, they are dealt with by the ordinary law ..... as organic law" (Garis bawah dari penulis)

Mengadili sengketa oleh Mahkamah Agung pada tingkat pertama dan terakhir diatur dalam Pasal 33 UU No. 14 tahun 1985 (tentang Mahkamah Agung). Sengketa yang dapat diadili menurut Pasal 33 itu adalah : pertama, sengketa tentang kewenangan mengadili antar pengadilan di lingkungan peradilan yang satu dengan pengadilan di lingkungan peradilan yang lain, antara dua pengadilan yang ada dalam daerah hukum Pengadilan Tingkat Banding yang berlainan dari Lingkungan Peradilan yang sama, antara dua Pengadilan Tingkat Banding di lingkungan peradilan yang sama atau antara lingkungan peradilan yang berlainan; kedua, sengketa yang timbul karena perampasan kapal asing dan muatannya oleh kapal perang Republik Indonesia berdasarkan peraturan yang berlaku. Dibandingkan dengan Mahkamah Agung Amerika Serikat, nampaknya Mahkamah Agung Indonesia dalam pelaksanaan fungsi mengadili tingkat pertama dan terakhir tidak memiliki kewenangan mengadili pejabat tinggi negara. Mahkamah Agung AS dalam kaitan ini menurut Hayt & Hayt memiliki kewenangan mengadili sengketa yang menyangkut ambassador, public ministers, consuls (duta besar, menteri-menteri negara, konsul) dan dalam perkara dimana negara merupakan salah

satu pihak yang bersengketa (those controversies in which a state is a party).<sup>110)</sup> Berbeda pula dengan Badan Peradilan Tertinggi Inggris (yang kekuasaannya dijalankan oleh House of Lord); lembaga ini memiliki fungsi original jurisdiction (memeriksa perkara dalam tingkat pertama dan terakhir) dalam 3 hal yakni : a) memeriksa tuntutan yang diajukan oleh Majelis Rendah (House of Common) yang dikenal dengan prosedur "impeachment"; b) memeriksa perkara para bangsawan; dan c) memutus tuntutan pemberian gelar bangsawan. Tentang ini Ilbert & Carr mengatakan : "Besides its appellate function the House of Lord has had original jurisdiction of three kinds; in impeachments, trial of peers and peerage claims."<sup>111)</sup>

Berkenaan dengan fungsi mengadili dalam tingkat kasasi, dasar hukum dari kewenangan menjalankan fungsi ini adalah Pasal 10 (3) UU No. 14 tahun 1970 jo Pasal 28 (1) a, Pasal 29 dan Pasal 30 UU No. 14 tahun 1985.

Pasal 10 (3) UU No. 14 tahun 1985 bersamaan isinya dengan Pasal 29 UU No. 14 tahun 1985 yakni Mahkamah Agung berwenang memeriksa permohonan kasasi atas putusan-putusan pengadilan tingkat banding atau tingkat terakhir dari semua lingkungan peradilan. Hal ini berarti Mahkamah Agung memegang monopoli peradilan kasasi di Indonesia karena ia merupakan peradilan tertinggi sebagai puncak dari Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer, dan Peradilan Tata Usaha Negara. Mahkamah Agung dalam menangani permohonan kasasi dapat membatalkan

putusan pengadilan lain dengan alasan : a) Pengadilan itu tidak berwenang atau melampaui wewenangnya; b) salah menerapkan atau melanggar hukum yang berlaku; c) lalai memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan dimana kelalaian itu diancam dengan akibat batalnya putusan. (Pasal 30 UU No. 14 tahun 1985).

Fungsi mengadili permohonan peninjauan kembali diatur dalam dua perangkat hukum. Kewenangan memeriksa dan memutus peninjauan kembali terhadap putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap dalam bidang perdata, tata usaha negara dan agama diatur dalam Pasal 67 hingga Pasal 75 UU No. 14 tahun 1985 yang merupakan bagian hukum acara Mahkamah Agung. Sementara kewenangan memeriksa dan memutus permintaan peninjauan kembali dalam bidang hukum pidana diatur dalam KUHAP (Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana) Pasal 263 hingga Pasal 268. Pasal-Pasal itu juga berlaku bagi acara pemeriksaan permintaan peninjauan kembali terhadap putusan Peradilan Militer (Pasal 269). Peninjauan kembali merupakan salah satu upaya hukum luar biasa yang maksudnya untuk memperbaiki keputusan hakim yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap sebagai akibat adanya kekeliruan atau kelalaian dalam menjatuhkan putusan sehingga merugikan terdakwa.<sup>112)</sup>



## **A2) Fungsi pengadilan dari Pengadilan Lain di Bawah Mahkamah Agung**

Seperti telah disinggung di depan, pengadilan lain di bawah Mahkamah Agung terdapat pada Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer dan Peradilan Tata Usaha Negara.

Pengadilan yang berada pada lingkungan Peradilan Umum terdiri dari Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi (Pasal 6 UU No. 2 tahun 1986)<sup>113)</sup> Pengadilan Negeri berwenang mengadili perkara pidana dan perkara perdata pada tingkat pertama. Pengadilan Tinggi berwenang mengadili perkara pidana dan perkara perdata pada tingkat banding. Selain itu Pengadilan Tinggi juga memiliki kewenangan mengadili pada tingkat pertama dan terakhir tentang sengketa kewenangan mengadili antar Pengadilan Negeri dalam wilayah hukumnya (Pasal 50 dan Pasal 51 UU No. 2 tahun 1986). Dari ketentuan Pasal 50 itu dapat diketahui bahwa Peradilan Umum memiliki sifat umum bukan didasarkan pada kriteria subyek yang berperkara tetapi pada jenis perkara yakni perkara perdata dan perkara pidana. Artinya meskipun subyek hukumnya seorang pejabat Tata Usaha Negara atau seorang tentara (militer) jika ia mengalami perkara perdata maka yang berwenang memeriksa dan memutus adalah Pengadilan Negeri (kecuali bagi mereka yang beragama Islam dalam perkara perdata tertentu, perkaranya diadili oleh Peradilan Agama). Demikian juga mengenai perkara pidana, kecuali perkara pidana yang dialami oleh kelompok militer, semua subyek hukum perkara pidananya

diadili oleh Pengadilan Negeri tidak peduli apakah subyek hukum itu seorang pejabat Tata Usaha Negara ataukah seorang yang beragama Islam.

Bagi Peradilan Agama yang terdiri dari Pengadilan Agama dan Pengadilan Tinggi Agama kewenangan mengadilinya diatur dalam Pasal 49 dan Pasal 51 UU No. 7 tahun 1989. Pengadilan Agama berwenang mengadili dalam tingkat pertama perkara mereka yang beragama Islam dalam bidang hukum perdata tertentu. Sedangkan Pengadilan Tinggi Agama berwenang mengadili pada tingkat banding perkara mereka yang beragama Islam dalam bidang hukum perdata tertentu. Yang dimaksud dengan bidang hukum perdata tertentu adalah hukum perdata Islam yang meliputi : hukum perkawinan, wasiat dan hibah, wakaf dan shadaqah (Pasal 49 ayat 1 UU No. 7 tahun 1989). Selain itu pengadilan Tinggi Agama juga berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir sengketa kewenangan mengadili antara satu Pengadilan Agama dengan Pengadilan Agama lain dalam wilayah hukum Pengadilan Tinggi Agama tersebut (Pasal 51 ayat 2).

Sementara fungsi mengadili (yang timbul dari adanya kewenangan mengadili) pengadilan di lingkungan Peradilan Militer diatur dalam Pasal 40 hingga Pasal 46 UU No. 31 tahun 1997 tentang Peradilan Militer. Menurut UU tersebut kewenangan mengadili perkara pidana militer pada tingkat pertama dilaksanakan oleh Pengadilan Militer bagi prajurit yang berpangkat Kapten ke bawah. Pengadilan bagi terdakwa yang berpangkat Mayor ke atas atau bagi mereka yang dipersamakan dengan prajurit yang dianggap memiliki

pangkat sama dengan Mayor ke atas atau mereka yang atas keputusan Pangab dengan persetujuan Menteri Kehakiman harus diadili oleh Pengadilan Militer; dalam tingkat pertama diadili oleh Pengadilan Militer Tinggi. Di samping itu Pengadilan Tinggi Militer juga berwenang mengadili dalam tingkat pertama sengketa Tata Usaha Angkatan Bersenjata<sup>114)</sup> (Pasal 41 ayat 1 dan 3)

Pengadilan tingkat banding dalam Peradilan Militer adalah Pengadilan Militer Tinggi yang berwenang memeriksa putusan Pengadilan Militer (Pasal 41 ayat 2). Juga Pengadilan Militer Utama adalah pengadilan banding atas putusan Pengadilan Militer Tinggi baik dalam perkara pidana maupun dalam perkara Tata Usaha Angkatan Bersenjata.

Selain sebagai pengadilan banding, Pengadilan Militer Utama juga memiliki kewenangan memutus sengketa dalam tingkat pertama dan terakhir atas sengketa kewenangan mengadili : a) antara Pengadilan Militer yang berkedudukan pada wilayah hukum Pengadilan Militer Tinggi yang berbeda; b) antara Pengadilan Militer Tinggi; c) antara Pengadilan Militer Tinggi dan Pengadilan Militer (Pasal 43 ayat 1). Yang agak spesifik dalam Peradilan Militer adalah Pengadilan Militer Pertempuran. Pengadilan ini berwenang mengadili dalam tingkat pertama dan terakhir perkara militer yang timbul selama masa pertempuran. Ini berarti, putusan pengadilan itu tidak bisa dimintakan banding kepada Pengadilan Militer Tinggi atau kepada Pengadilan Militer Utama (Pasal 45).

Terakhir, fungsi mengadili (yang timbul dari kewenangan mengadili) dari Peradilan Tata Usaha Negara diatur dalam Pasal 50 dan Pasal 51 UU No. 5 tahun 1986 tentang Pengadilan Tata Usaha Negara.<sup>115)</sup> Bertindak sebagai pengadilan tingkat pertama dalam menagdili sengketa tata usaha negara adalah Pengadilan Tata Usaha Negara yang berkedudukan di ibukota Kabupaten atau Kotamadya. Di samping itu Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara juga dapat bertindak sebagai Pengadilan Tingkat Pertama dalam hal :

a) adanya sengketa kewenangan mengalidi antara Pengadilan Tata Usaha Negara di wilayah hukum Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara dan putusannya tidak dapat dimintakan kasasi karena kewenangan itu bersifat pertama dan terakhir (final); b) adanya sengketa tata usaha negara yang sebelumnya sengeketa itu oleh peraturan perundang-undangan diharuskan diselesaikan menurut prosedur administratif yang tersedia sesuai ketentuan Pasal 48 UU No. 5 tahun 1986. Putusan Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara dalam tingkat pertama sub b) itu yang diambil atas dasar ketentuan Pasal 48 dapat dimintakan kasasi pada Mahkamah Agung (Pasal 51 ayat 3 dan 4). Sementara, pengadilan tingkat banding dalam sengketa Tata Usaha Negara adalah Pengadilan Tnggi Tata Usaha Negara itu sendiri (Pasal 51 ayat 1).

Bila tingkatan kewenangan mengadili dari pengadilan di bawah Mahkamah Agung diperbandingkan satu sama lain maka akan tampak hal-hal seperti tertuang dalam Tabel berikut.

Tabel 5

**Perbandingan Tingkat Kewenangan Mengadili Dari Pengadilan di Bawah Mahkamah Agung.**

Jenis Peradilan/UU yang mengaturnya	Pengadilan Tingkat Pertama	Pengadilan Tingkat Banding	Pengadilan Tingkat Kasasi
1. Peradilan Umum/UU No. 14 tahun 1970	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pengadilan Negeri (Pasal 50)</li> <li>- Pengadilan Tinggi (Pasal 51 ayat 2)</li> </ul>	Pengadilan Tinggi (Pasal 51 ayat 1)	Mahkamah Agung (Pasal 3 ayat 2)
2. Peradilan Agama/UU No. 7 tahun 1989	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pengadilan Agama (Pasal 49 ayat1)</li> <li>- Pengadilan Tinggi Agama (Pasal 51 ayat20)</li> </ul>	Pengadilan Tinggi Agama (Pasal 51 ayat1)	Mahkamah Agung (Pasal 3 ayat 2)
3. Peradilan Militer/UU No. 31 tahun 1997	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pengadilan Militer (Pasal 40 ayat 1)</li> <li>- Pengadilan Militer Tinggi (Pasal 41 ayat 1)</li> <li>- Pengadilan Militer Pertempuran (Pasal 45)</li> <li>- Pengadilan Militer Utama (Pasal 43 ayat 1)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pengadilan Militer Tinggi (Pasal 41 ayat 2)</li> <li>- Pengadilan Militer Utama (Pasal 42)</li> </ul>	Mahkamah Agung (Pasal 8 ayat 2)
4. Peradilan Tata Usaha Negara/UU No. 5 tahun 1986	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pengadilan Tata Usaha Negara (Pasal 50)</li> <li>- Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara (Pasal 51 ayat 2 dan 3)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pengadilan tinggi Tata Usaha Negara (Pasal 51 ayat 1)</li> </ul>	Mahkamah Agung (Pasal 5 ayat 2)

Sumber : Berbagai UU Yang Mengatur Lingkungan Peradilan

Berdasarkan tabel di atas nampak bahwa Pengadilan Tinggi dari semua lingkungan peradilan tidak semata-mata berwenang mengadili pada tingkat banding saja. Dalam sengketa-sengketa tertentu Pengadilan Tinggi dari semua lingkungan peradilan juga memiliki kewenangan mengadili pada tingkat pertama seperti telah diuraikan di depan. Mengingat kenyataan itu maka kurangnya tepat rumusan Pasal 6 sub b UU No. 2 tahun 1986, Pasal 8 sub b UU No. 4 tahun 1986 yang masing-masing menyatakan Pengadilan Tinggi, Pengadilan Tinggi Agama, Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara sebagai pengadilan tingkat banding. Pasal-Pasal tersebut bertentangan dengan Pasal 51 UU No. 2 tahun 1986, Pasal 51 UU No. 7 tahun 1989, Pasal 51 UU No. 5 tahun 1986 yang kesemuanya itu menegaskan bahwa selain sebagai pengadilan tingkat banding, Pengadilan Tinggi dari 3 lingkungan peradilan (Umum, Agama, Tata Usaha Negara) itu juga berfungsi sebagai pengadilan tingkat pertama (lihat Tabel 6).

Rupanya telah terjadi kemubaziran norma dalam merumuskan kewenangan mengadili dari pengadilan tingkat banding pada tiga lingkungan peradilan itu. Semestinya perumusan tingkatan kewenangan mengadili dari pengadilan tinggi pada tiga lingkungan peradilan itu cukup dengan pencantuman Pasal 51 saja dari masing-masing UU itu. Dengan perumusan itu telah menjadi jelas bahwa pengadilan tingkat banding juga dalam hal tertentu bertindak sebagai pengadilan tingkat pertama.

Berbeda dengan Peradilan Militer, dalam UU No. 31 tahun 1997 tentang Peradilan Militer tidak dijumpai rumusan seperti Pasal 6 sub b UU No. 2 tahun 1989, Pasal 8 sub b UU No. 5 tahun 1986 yang menyatakan Pengadilan Tinggi, Pengadilan Tinggi Agama, Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara adalah pengadilan tingkat banding. Dalam merumuskan kewenangan Pengadilan Militer Tinggi dan Pengadilan Militer Utama telah begitu jelas bahwa selain sebagai pengadilan tingkat banding kedua pengadilan itu dalam hal-hal tertentu juga bertindak sebagai pengadilan tingkat pertama dan/atau terakhir (Pasal 41, Pasal 42, Pasal 43 ayat 1 UU No. 31 tahun 1997).

#### **B) Fungsi Pengawasan (Toeziende Functie)**

Organisasi kekuasaan kehakiman adalah organisasi formal yang mempunyai fungsi sagnat strategis dalam rangka tegaknya Rule of Law. Kiranya perlu diupayakan adanya rasionalitas tidnakan yang terstruktur dari organisasi yang bersifat formal itu (....."formal organization is the structural expression of rational action).<sup>116)</sup> Rasionalitas tindakan yang terstruktur dalam suatu organisasi yang bersifat formal dikaitkan dengan organisasi kekuasaan kehakiman berarti tindakan para hakim dalam melaksanakan fungsi mengadili harus sesuai dengan norma yang menjadi landasan bertindak. Pentaatan atas norma itu harus pula terstruktur mulai dari hakim pada tingkat pengadilan rendah hingga ke tingkat pengadilan tertinggi. Dengan rasionalitas tindakan yang terstruktur itu barulah tujuan akhir

penegakan hukum yang berupa keadilan bisa terwujud. Untuk bisa terciptanya rasionalitas, tindakan para hakim dari semua tingkatan pengadilan perlu mendapat pengawasan justisial. Pengawasan justisial (justitieel) adalah pengawasan yang berkaitan dengan fungsi mengadili baik mengenai jalannya peradilan maupun mengenai tingkah laku para hakim.<sup>(17)</sup>

Pengawasan justicial tertinggi di Indonesia berada di tangan Mahkamah Agung. Fungsi Mahkamah Agung yang demikian itu diatur dalam Pasal 32 UU No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

Di bawah Mahkamah Agung, Ketua Pengadilan tingkat banding dari lingkungan peradilan memiliki juga fungsi pengawasan justisial terhadap pengadilan tingkat pertama dan Ketua Pengadilan tingkat pertama juga memiliki fungsi itu terhadap hakim-hakim yang berada di bawah lingkungan kerjanya. Hal itu diatur dalam Pasal 52 UU No. 2 tahun 1986, Pasal 52 UU No. 7 tahun 1989, Pasal 52 UU No. 5 tahun 1986. Pengaturan yang agak berbeda terlihat dalam UU No. 31 tahun 1997 tentang Peradilan Militer. Pasal 22 UU ini menerapkan sistem pengawasan tunggal dalam arti hanya Pengadilan Militer Utama yang berwenang melakukan pengawasan justisial di bawah Mahkamah Agung. Dengan kata lain, Ketua Pengadilan Militer Tinggi tidak berwenang mengawasi jalannya peradilan pada Pengadilan Militer dan Pengadilan Militer Pertempuran. Juga Ketua Pengadilan Militer maupun Ketua Pengadilan Militer Pertempuran tidak mempunyai wewenang untuk



mengawasi tingkah laku (kinerja) para hakim yang berada di lingkungan kerjanya (Pasal 44 ayat 1 sub b UU No. 31 tahun 1997).

Berhubung fungsi pengawasan justisial terhadap kekuasaan kehakiman terkait erat dengan upaya untuk tidak terlanggarnya batas kebebasan kekuasaan kehakiman (tema sentral) maka uraian lebih lanjut tentang fungsi pengawasan justisial itu akan disajikan dalam Bab VI disertai ini.

### **C) Fungsi Memberi Nasihat (*Advieserende Functie*).**

Dasar hukum bagi Mahkamah Agung memberikan nasehat hukum adalah Pasal 11 ayat 2 dan 3 Tap MPR No VI/MPR/1973, Pasal 35 dan Pasal 27 UU No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung, Pasal 25 UU No. 14 tahun 1970 tentang ketentuan-ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Pemberian nasihat hukum dapat dibedakan atas : a) nasehat hukum berhubung dengan pemberian grasi oleh Presiden; dan b) nasehat hukum atau pertimbangan hukum yang diberikan di luar kepentingan pemberian grasi oleh Presiden.

Pemberian nasihat hukum jenis pertama diatur dalam Pasal 11 ayat 3 Tap MPR No. VI/MPR/1973 yang bersamaan bunyinya dengan Pasal 35 UU No. 14 tahun 1985. Untuk jelasnya perlu dikutip bunyi ketentuan Pasal 11 ayat 3 Tap MPR tersebut sebagai berikut:

- .....
- (3) Mahkamah Agung memberikan nasihat kepada Presiden/Kepala Negara untuk pemberian/penolakan grasi.

Pemberian nasihat hukum jenis kedua diatur dalam Pasal 11 ayat 2 Tap MPR No. VI/MPR/1973, yang bersamaan isinya dengan Pasal 37 UU No. 14 tahun 1985 namun berbeda isinya dengan Pasal 25 UU No. 14 tahun 1970. Untuk jelasnya Pasal 11 ayat 2 Tap MPR tersebut bunyinya :

- .....
- (2) "Mahkamah Agung dapat memberikan pertimbangan hukum, baik diminta maupun tidak kepada Lembaga-Lembaga Tinggi Negara."

(Garis bawah dari penulis)

Sementara Pasal 25 UU No. 14 Tahun 1970 bunyinya :

"Semua pengadilan dapat memberi keterangan, pertimbangan dan nasehat-nasehat tentang soal-soal hukum kepada lembaga Negara lainnya apabila diminta (Garis bawah dari penulis).

Kendati rumusan Pasal 25 UU No. 14 tahun 1970 itu sekilas nampak seakan-akan memperluas substansi Pasal 11 ayat 2 Tap MPR No. VI/MPR/1973 dengan memberi kewenangan pemberian nasihat/pertimbangan hukum kepada semua tingkatan peradilan hingga ke daerah-daerah (sesuai penjelasan Pasal 25 itu), namun jika diperhatikan dengan seksama Pasal 25 itu ternyata mengandung ketidakjelasan terutama mengenai pengertian "pengadilan" dan pengertian "Lembaga Negara

lainnya". Jika ke dalam pengertian "pengadilan" termasuk Mahkamah Agung dan jika ke dalam pengertian Lembaga Negara lainnya termasuk Presiden, maka Mahkamah Agung dalam memberikan pertimbangan hukum kepada Presiden hanya didasarkan pada adanya permintaan dari Presiden (lihat kata-kata yang diberi garis bawah pada bagian akhir rumusan Pasal 25 itu). Padahal menurut Pasal 11 ayat 2 Tap MPR tersebut, tanpa adanya permintaanpun Mahkamah Agung dapat memberi pertimbangan hukum kepada Presiden (lihat kata-kata yang diberi garis bawah pada rumusan Pasal 11 ayat 2 itu). Jika asumsi ini benar maka sebetulnya telah terjadi pertentangan logika atau konflik norma antara dua peraturan hukum yang tingkatannya berbeda.

Di sisi lain, segi positif dari Pasal 25 UU No. 14 tahun 1970 ini adalah dimungkinkannya instansi pemerintah di daerah meminta pertimbangan hukum kepada instansi pengadilan di daerah. Sudah selayaknya segi positif ini dimanfaatkan oleh pemerintah di daerah untuk menghindari sengketa hukum yang mungkin timbul terkait dengan pelaksanaan fungsi pemerintah di daerah.

Lebih jauh, bila kutipan Pasal-Pasal yang mengatur kewenangan pemberian nasihat/pertimbangan hukum itu dicermati maka akan tampak adanya perbedaan yang prinsipil antara nasihat hukum yang berkaitan dengan grasi dan non grasi. Pemberian nasihat hukum oleh Mahkamah Agung kepada Presiden adalah bersifat mutlak atau suatu keharusan karena rumusan Pasal 11 ayat 3 Tap MPR No. VI/MPR/1973 dan Pasal 35 UU No. 14 tahun

1985 tidak menggunakan kata “dapat”. Berbeda halnya dengan pemberian nasihat hukum yang non grasi, hal ini tidak bersifat mutlak atau suatu keharusan karena baik rumusan Pasal 11 ayat 2 Tap MPR No. VI/MPR/1973 maupun rumusan Pasal 25 UU No. 14 tahun 1970 dan Pasal 37 UU No. 14 tahun 1985 kesemuanya itu menggunakan kata “dapat”. Menurut Subekti, bahwa pemberian nasihat hukum non grasi memang sudah sewajarnya tidak merupakan keharusan, dalam arti Mahkamah Agung dapat menolak permintaan Lembaga Negara Tinggi lainnya, sebab menurut beliau pemberian nasihat hukum non grasi itu mengandung resiko sebagai pelanggaran atas prinsip kebebasan tak memihak dari peradilan apabila besar kemungkinan nantinya sengketa itu akan diajukan sebagai sengketa kontradiktur (antar pihak) di depan pengadilan.<sup>118)</sup>

#### **D. Fungsi Mengatur (Regelende Functie)**

Fungsi mengatur dari Mahkamah Agung oleh Prof. Subekti dikatakan sebagai fungsi legislatif yang diperoleh berdasarkan delegasi kekuasaan dari Undang-Undang. Fungsi legislatif itu terutama untuk melengkapi hukum acara yang telah ada yang dirasa masih memiliki kekurangan. Sebelum berlakunya UU No. 14 tahun 1985, Mahkamah Agung telah pernah menggunakan fungsi legislatifnya itu dengan mengeluarkan PerMa antara lain Peraturan Mahkamah Agung No. 1 tahun 1963 dan Peraturan Mahkamah Agung No. 1 tahun 1969. PerMa no. 1 tahun 1963 adalah tentang kasasi yang

dikatakan bahwa permohonan kasasi juga dapat diajukan pada pengadilan tingkat pertama. PerMa No. 1 tahun 1969 adalah tentang peninjauan kembali yang kemudian dicabut dengan PerMa No. 1 tahun 1971.<sup>119)</sup>

Dalam UU No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung (yang berlaku sekarang) fungsi legislatif dari Mahkamah Agung itu diatur dalam Pasal 79. Pasal ini menyatakan bahwa Mahkamah Agung dapat mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan apabila terdapat hal-hal yang belum cukup diatur dalam Undang-Undang ini.

Kalau kata-kata “hal-hal yang diperlukan bagi kelancaran penyelenggaraan peradilan” diartikan sebagai perbuatan menambah hukum acara maka dikaitkan dengan kata-kata “dalam Undang-Undang ini” berarti Mahkamah Agung hanya boleh menggunakan fungsi legislatifnya secara terbatas yakni sepanjang hukum acara itu diatur dalam UU No. 14 tahun 1985 tersebut. Bila hukum acara itu diatur dalam UU lain di luar UU No. 14 tahun 1985, Mahkamah Agung tidak dapat melakukan penambahan. Sebagaimana diketahui, hukum acara yang diatur dalam UU no. 14 tahun 1985 selain acara kasasi juga acara peninjauan kembali perkara perdata yang diatur dalam Pasal 67 hingga Pasal 75. Pasal-Pasal ini menurut ketentuan Pasal 77 ayat 1 juga berlaku bagi Mahkamah Agung dalam hal ia memeriksa permintaan peninjauan kembali dalam bidang perkara agama dan perkara Tata Usaha Negara. Itu berarti, hukum acara peninjauan kembali yang diatur dalam UU

No. 14 tahun 1985 itu adalah hukum acara peninjauan kembali yang berkenaan dengan perkara perdata, perkara agama dan perkara Tata Usaha Negara.

Bagaimana dengan hukum acara peninjauan kembali perkara pidana ? Menurut ketentuan Pasal 76 UU No. 14 tahun 1985 itu, hukum acara peninjauan kembali perkara pidana bagi Mahkamah Agung diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP); oleh karena KUHAP berada di luar UU No. 14 tahun 1985 (“Undang-Undang ini”, sesuai tafsir di depan) maka Mahkamah Agung tidak dapat menggunakan fungsi legislatifnya untuk merubah, mengurangi atau menambah KUHAP karena KUHAP berada di luar jangkauan lingkungan kuasa kaidah Pasal 79 itu.

Lebih dari itu, menurut hemat penulis mahkamah agung tidak saja tidak dapat merubah/menambah hukum acara peninjauan kembali yang ada dalam KUHAP, secara teoritis ia (MA) sesungguhnya juga tidak dapat merubah/menambah hukum acara lainnya selain KUHAP karena seperti telah diuraikan pada Bab II, terdahulu hukum acara yang tergolong secondary-rules memiliki karakter yang spesifik yakni sebagai conferring-power (pemberi kekuasaan) yang dapat digolongkan ke dalam bagian hukum konstitusi. Penulis lebih cenderung mengartikan kekuasaan mengatur dari Mahkamah Agung itu adalah mengatur prosedur intern saja seperti pembuatan surat edaran dengan tujuan untuk kelancaran teknis operasional peradilan dan tidak setuju kalau fungsi mengatur itu bersifat ektern (mengikat orang/penduduk

selain lembaga peradilan) dengan membuat PerMa (Peraturan Mahkamah Agung).

### **E) Fungsi Menguji Materiil (Materieel Toetsingrecht Functie)**

Hak menguji materiil adalah suatu wewenang untuk menyelidiki dan kemudian menilai apakah suatu peraturan perundang-undangan isinya sesuai atau bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi derajatnya serta apakah suatu kekuasaan tertentu (*verordende macht*) berhak mengeluarkan suatu peraturan tertentu.<sup>120)</sup>

Hak menguji materiil Mahkamah Agung diatur dalam Pasal 11 ayat 4 Tap MPR No. VI/MPR/1973, Pasal 26 UU No. 14 tahun 1970 dan Pasal 31 UU No. 14 tahun 1985. Semua Pasal itu pada pokoknya isinya sama yakni Mahkamah Agung hanya berwenang menguji materiil peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang. Pasal 26 UU No. 14 tahun 1970 yang persis sama isinya dengan Pasal 31 UU No. 14 tahun 1985 menegaskan bahwa putusan pernyataan tidak syah suatu peraturan perundang-undangan dengan alasan bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi hanya dapat diambil oleh Mahkamah Agung dalam pemeriksaan tingkat kasasi. Dengan demikian fungsi menguji materiil MA sangat terbatas karena ia tidak dapat menguji Undang-Undang dan proses pengujian itu tidak dapat dilakukan di luar pemeriksaan perkara tingkat kasasi.

Keterbatasan hak uji materiil MA seperti itu mirip dengan kondisi saat berlakunya Konstitusi RIS 1949 dan UUD 1950. Menurut kedua konstitusi itu

MA tidak dapat menguji materiil Undang-Undang Federal ataupun Undang-Undang karena Undang-Undang Federal atau Undang-Undang tidak bisa diganggu gugat (Pasal 30 ayat 2 konstitusi RIS, Pasal 95 ayat 2 UUDS 1950). Namun Undang-Undang Negara Bagian menurut Pasal 156 Konstitusi RIS tidak saja dapat diuji materiil oleh Mahkamah Agung RIS tetapi juga dapat diuji materiil oleh pengadilan lain di bawah Mahkamah Agung.

Logika Pasal 130 ayat 2 Konstitusi RIS dan Pasal 95 UUDS 1950 haruslah dicari dalam Pasal 1 ayat 2 jo Pasal 127 Konstitusi RIS dan Pasal 1 ayat 2 jo Pasal 89 UUDS 1950. Menurut Pasal-Pasal itu baik bagi Konstitusi RIS maupun bagi UUDS 1950 sebuah Undang-Undang (Federal) adalah produk lembaga pemegang kedaulatan. Bila produk lembaga pemegang kedaulatan dapat diuji oleh lembaga lain dikhawatirkan dapat mengurangi arti hakikat berdaulat dari lembaga pemegang kedaulatan itu. Itu sebabnya UU (Federal) tidak dapat diganggu gugat. Hal ini mirip dengan kondisi di Inggris dimana Statute (UU) produk parlemen tidak dapat diganggu gugat oleh pengadilan karena parlemen di sana adalah lembaga pemegang kedaulatan.

Tentang ini DCM Yardley mengatakan :<sup>121)</sup>

*“Yet Parliamentary supremacy only concern the legislative act of parliament. Only these must be obeyed by court of law, and no more resolution or debate or answer to a question is of any importance as far as the law is concerned. Statute law, therefore, is all-powerful for it may do anything Parliament wishes, in this sense Parliament is the sovereign body in the land”* (Garis bawah dari penulis)



Senada dengan Yardley, Rappert Cross malah mengatakan bahwa parlemen sebagai lembaga pemegang kedaulatan bahkan dapat mengesampingkan hukum yang timbul atas dasar doktrin preseden bilamana dampak hukum semacam itu tidak memuaskan, dan pengesampingan itu dilakukan dengan UU Parlemen (legislation). Tentang ini lebih jauh R. Cross mengatakan : <sup>122)</sup>

“As the sovereignty of Parliament is more complete in England than practically anywhere else in the world it may be thought that the rigidity of the doctrine of precedent in this country is of no particular importance results of case-law can be swept away by legislation” .....  
(Garis bawah dari penulis)

Dikaitkan dengan UUD 1945, oleh karena sebuah UU menurut UUD 1945 tidak merupakan produk lembaga pemegang kedaulatan maka seyogyanya Mahkamah Agung dapat menguji materiil sebuah UU. Dengan alasan itu pula seyogyanya asas UU tidak dapat diganggu gugat tidak perlu diberlakukan dalam sistem hukum di bawah UUD 1945. Oleh karena itu sepantasnya UU No. 14 tahun 1970 dan UU No. 14 tahun 1985 menganut konsep hak uji materiil yang luas yakni hingga ke hak uji konstitusional sebuah UU. Hal ini dimaksudkan untuk menjaga supremasi konstitusi (UUD 1945) agar ia tidak bisa begitu saja dikesampingkan oleh UU, sehingga bisa kehilangan ciri supremasinya. Kondisi UUD sebagai peraturan hukum tertinggi dapat dilihat dalam sistem ketatanegaraan Amerika Serikat. Di sana meski sebuah UU Federal dibuat dengan prosedur begitu rumit dan sukar dimengerti atau “not only difficult to understand but also difficult to

sketch<sup>123)</sup>, namun tetap bisa diuji materiil oleh Mahkamah Agung Amerika Serikat dengan alasan konstitusi merupakan hukum yang fundamental dan mempunyai kedudukan tertinggi atau “fundamental and paramount law of the nation”<sup>124)</sup>

Bahwa UUD 1945 juga sebagai fundamental and paramount law dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 9 yang mengatur isi sumpah/janji Presiden dan Wakil Presiden dan Angka II Penjelasan tentang Sistem Pemerintahan Negara yang dengan tegas menyebut Indonesia menganut sistem konstitusional, harus diartikan dalam sistem demikian tidak boleh tidak. Konstitusi memiliki kedudukan tertinggi (supremasi). Sementara Presiden dan Wakil Presiden “memegang teguh UUD” yang harus diartikan bahwa mereka dalam menjalankan kekuasaan harus tunduk kepada konstitusi sebagai hukum tertinggi. Untuk jelasnya kiranya bunyi sumpah/janji yang diatur dalam Pasal 9 itu perlu dikutip sebagai berikut :

“Demi Allah, saya, bersumpah (berjanji) akan memenuhi kewajiban Presiden RI (Wakil Presiden RI) dengan sebaik-baiknya dan seadil-adilnya, memegang teguh Undang-Undang Dasar dan menjalankan segala Undang-Undang dan peraturannya dengan selurus-lurusnya serta berbakti kepada Nusa dan Bangsa” (Garis bawah dari penulis)

#### **4. Hubungan Kekuasaan Kehakiman dan Kekuasaan Eksekutif**

Uraian tentang hubungan kekuasaan kehakiman dan kekuasaan eksekutif maupun hubungan kekuasaan kehakiman dan kekuasaan legislatif dimaksudkan untuk memperkuat asumsi bahwa dalam perkembangannya

yang terakhir, teori pembagian kekuasaanlah yang dianut oleh negara-negara demokrasi termasuk Indonesia. Berhubung teori pembagian kekuasaan mengenal konsep check and balance (pengawasan dan keseimbangan) antara satu kekuasaan dengan kekuasaan lainnya, maka penegakan asumsi semacam itu berguna untuk menimbulkan kesepakatan bahwa UUD 1945 yang menganut konsep “check and balance” dalam perspektif masa mendatang perlu memperluas konsep itu hingga sampai pada pengawasan terhadap kekuasaan kehakiman. Sasaran akhir perluasan berlakunya konsep itu adalah untuk perlindungan masyarakat dari kesewenang-wenangan kekuasaan kehakiman itu sendiri.

Berkenaan dengan keberadaan kekuasaan kehakiman dan kekuasaan judicial, Hans Kelsen tidak memisahkan secara tajam kedua kekuasaan itu. Alasannya karena kedua kekuasaan itu memiliki unsur persamaan yakni sama-sama menerapkan aturan hukum atau norma-norma umum (judicial function too, consist in the execution of general norm)<sup>125)</sup>

Untuk menggambarkan hubungan antara kedua kekuasaan itu akan disinggung paradigma atau model dari Yehezkel Dror. Menurut dia, hubungan antara pengadilan (kekuasaan kehakiman) dan administratif (kekuasaan eksekutif) dapat berupa hubungan langsung dan hubungan tidak langsung. Hubungan langsung terdiri dari hubungan langsung yang formal dan yang informal, demikian juga hubungan tidak langsung terdiri dari hubungan

formal dan informal. Untuk jelasnya model-model hubungan itu dilukiskan dalam tabel di bawah ini.

Tabel 6

### Relation Between Judicial And Executive

	Formal	Informal
a) Direct	1. a) Direct formal E.g. Application by administrative agency; court order directed at administrative agency; formal hearing before the court in which the administrative agency participates.	2. a) Direct informal E.g. personal contact between judges and administrator at social and professional meetings; professional publication by judges or administrator mainly directed, respectively, at administrator and judges.
b) Indirect	1. b) Indirect formal E.g. application by administrative agency to legislature to change statute as to overcome a court decision; court issuance of subpoena against a private person ordering him to testify before an administrative agency; appeal to the court by a private person who has been issued an order by administrative agency; inclusion in court judgement of recommendation to change statute so as to increase authority of the court to interfere	2. b) Indirect informal E.g. private lobbying in legislature by administrator or judges; informal agreement between administrator and private party to arrange a test-case before the court; public pronouncements or administrator designed to influence public or professional opinion and thus put pressure on the other side

Sumber : Yehezkel Dror<sup>126)</sup>

Dari tabel tersebut dapat dijelaskan paradigma hubungan kedua kekuasaan sebagai berikut :

- a) Hubungan langsung-formal (direct-formal) meliputi :
  - 1) Pelaksanaan (putusan ?) oleh pejabat administratif.
  - 2) Perintah pengadilan kepada pejabat administratif.
  - 3) Persidangan formal di depan pengadilan yang diikuti oleh pejabat administratif.
- b) Hubungan langsung informal (direct informal) sebagai berikut :
  - 1) Kontak pribadi antara hakim dan pejabat administratif pada pertemuan sosial atau pertemuan profesional.
  - 2) Publikasi-publikasi bidang profesi oleh hakim-hakim, atau oleh administrator (pejabat administrasi).
- c) Hubungan tidak langsung-formal (indirect-formal) berupa :
  - 1) Tindakan lembaga administratif meminta lembaga legislatif merubah Undang-Undang tertentu guna menghindari keputusan pengadilan yang merugikan pelaksanaan fungsi administratif.
  - 2) Keputusan hakim yang isinya memerintahkan seseorang untuk bersaksi di depan pejabat administratif.
  - 3) Pengajuan banding ke pengadilan oleh seseorang yang telah terkena suatu perintah tertentu dari pejabat administratif.

- 4) Keputusan pengadilan yang berisi rekomendasi untuk merubah Undang-Undang dengan maksud memperluas kewenangan hukum dalam melakukan campur tangan.

Nampaknya apa yang diungkapkan oleh Y. Dror dalam tabel itu hanya menyangkut hubungan judicatif-esekutif di tingkat bawah (hakim dan pejabat administratif). Tabel itu tidak menggambarkan hubungan judicatif-eksekutif di tingkat atas yang biasanya hubungan semacam itu diatur oleh Hukum Tata Negara.

Bagi Indonesia di bawah UUD 1945 hubungan judikatf-eksekutif dapat dilihat dari hal-hal sebagai berikut : a) Presiden memberi grasi, abolisi, amnesti dan rehabilitasi; b) Hakim Agung, Ketua dan Wakil Ketua MA diangkat oleh Presiden dari calon yang diajukan DPR; c) semua pengadilan (termasuk MA) dapat memberi pertimbangan dan nasehat tentang soal hukum terhadap Lembaga Negara lainnya; d) hak Mahkamah Agung untuk menyatakan tidak syah semua peraturan perundang-udnangan dari tingkat yang lebih rendah dari UU atas alasan bertentangan dengan peraturan perundangan yang lebih tinggi; e) Mahkamah Agung dan Lembaga Eksekutif bersama-sama mengelola peradilan umum, peradilan militer, peradilan agama dan peadilan tata usaha negara.<sup>127)</sup>

Presiden memberi grasi, amnesti, abolisi dan rehabilitasi diatur dalam Pasal 14 UUD 1945. Grasi menurut Black's Law Dictionary adalah : tindakan pengampunan oleh penguasa terhadap seseorang yang dijatuhi hukuman

karena melakukan perbuatan pidana. Tindakan penguasa itu dapat juga berupa peringanan hukuman dan pengembalian hak-hak serta hak-hak istimewa terhukum (... “an act of grace from governing power which mitigate the punishment... and restores the rights and privileges”....) sementara amnesti adalah pengampunan secara umum kepada mereka yang telah melakukan tindakan pidana di bidang politik, pengkhianatan, penghasutan, dan pemberontakan (political, treason, sedition, rebellion). Perbedaan pokok antara amnesti dan grasi adalah; bahwa amnesti berkenaan dengan kejahatan terhadap kedaulatan negara sedangkan grasi merupakan pemberian maaf terhadap tindak pidana yang mengganggu keamanan negara. Lebih jauh Black tentang hal itu mengatakan :<sup>128)</sup>

“Amnesty is the abolition and forgetfulness of the offense; pardon is forgiveness ..... the first is usually addressed to crimes against the sovereignty of the nation, to political offences, the second condones infraction of the peace of the nation.

Di sisi lain tentang “abolisi” Black mengartikan sebagai “the destruction, annihilation, abrogation or extinguishment of anything” (perusakan, pencabutan/pembatalan, penghapusan, dan pemadaman). Dikaitkan dengan kekuasaan Presiden “abolisi” dapat diartikan sebagai pembatalan atau penghapusan tuntutan hukum terhadap seorang terdakwa. Selanjutnya tentang arti “rehabilitasi”, secara umum Black mengatakan bahwa rehabilitasi berarti “investing or clothing again with some rights, authority or dignity, restoring to a former capacity, reinstating, qualifying again”. Dihubungkan dengan kekuasaan Presiden dapat diartikan; rehabilitasi adalah

pemulihan hak-hak, kewenangan, kehormatan, kemampuan seseorang ke keadaan semula.<sup>129)</sup>

Selanjutnya dasar hukum pengangkatan Hakim Agung, Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Agung oleh Presiden (selaku Kepala Negara)<sup>130)</sup> atas usul DPR adalah Pasal 8 UU No. 14/1985 tentang Mahkamah Agung.

Adapun hubungan Mahkamah Agung dengan pemerintah dalam wujud kewenangan pemberian nasehat/pertimbangan hukum oleh MA kepada lembaga Tinggi Negara (termasuk Presiden) diatur dalam Pasal 11 (2) dan (3) Tap MPR No. VI/MPR/1973 yang bunyinya sebagai berikut :

.....

- (2) “Mahkamah Agung dapat memberikan pertimbangan hukum, baik diminta maupun tidak kepada Lembaga-Lembaga Tinggi Negara”
- (3) “Mahkamah Agung memberikan nasehat kepada Presiden/Kepala Negara untuk pemberian/penolakan grasi”.

Rumusan yang lebih luas tentang itu dapat dilihat dalam ketentuan Pasal 25 UUD No. 14/1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang menyatakan :

“Semua pengadilan dapat memberi keterangan, pertimbangan dan nasehat-nasehat tentang soal-soal hukum kepada Lembaga Negara lainnya apabila diminta. (Garis bawah dari penulis)

Meskipun Pasal itu sekilas nampak seperti memperluas Pasal 11 (2) Tap MPR No. VI/MPR/1973 dengan memberi kewenangan pemberian



nasehat hukum (legal opinion) kepada semua tingkatan pengadilan hingga ke daerah-daerah (sesuai penjelasan Pasal 25 itu) namun jika diperhatikan dengan seksama Pasal 25 itu ternyata ia mengandung ketidakjelasan terutama mengenai pengertian “pengadilan” dan pengertian “Lembaga Negara lainnya”. Jika ke dalam pengertian “pengadilan” termasuk MA (Mahkamah Agung) dan jika ke dalam pengertian “Lembaga Negara” termasuk Presiden maka konklusinya adalah bahwa Mahkamah Agung hanya boleh memberikan pertimbangan-pertimbangan hukum jika ada permintaan dari Presiden (lihat kata-kata yang penulis beri garis bawah pada rumusan Pasal 25 UU No. 14/1970 itu). Pada hal menurut Pasal 11 (2) Tap. MPR No. VI/MPR/1973 itu tanpa adanya permintaan pun MA berwenang memberi nasihat hukum kepada Presiden. Jika konklusi itu benar maka telah terjadi kekaburan norma (vague van normen) diantara dua peraturan hukum yang tingkatannya berbeda.

Di sisi lain, segi positif Pasal 25 UU No. 14/1970 itu adalah dimungkinkannya instansi pemerintah di daerah meminta nasihat hukum kepada instansi pengadilan di daerah. Segi positif ini betul-betul harus dimanfaatkan oleh instansi yang berkepentingan untuk menghidnari sengketa hukum yang mungkin timbul akibat tindakan pemerintah di daerah yang tidak berdasarkan/melawan hukum.

Lebih jauh hubungan kekuasaan kehakiman (MA) dengan eksekutif dapat berupa kewenangan MA untuk menyatakan tidak syah peraturan perUndang-Undangan di bawah tingkatan Undang-

Undang. Dalam kepustakaan Hukum Tata Negara, hak pengadilan untuk menyatakan tidak syah suatu peraturan hukum disebut hak uji materiil atau *toetsingrecht* (Belanda). Di Indonesia, dasar hukum kewenangan Mahkamah Agung melakukan uji-materiil adalah Pasal 11 (4) Tap MPR No. IV/MPR/1973 tentang Kedudukan Dan Hubungan Tata Kerja Lembaga Tertinggi Negara Dengan/Atau Antar Lembaga-Lembaga Tinggi Negara. Ketentuan ini berbunyi : “Mahkamah Agung mempunyai wewenang menguji secara materiil hanya terhadap peraturan-peraturan perundangan di bawah Undang-Undang.” Pasal 11 (4) Tap MPR itu bersamaan bunyinya dengan Pasal 11 (4) Tap MPR No. III/MPR/1978 suatu Tap yang berjudul sama dengan Tap MPR No. VI/MPR/1973. Sesuai Tap MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang memorandum DPR-GR mengenai sumber tertib hukum Republik Indonesia dan tata urutan peraturan perundangan Republik Indonesia, peraturan perundangan di bawah Undang-Undang meliputi : Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, peraturan-peraturan pelaksanaan lainnya seperti Peraturan Menteri, Instruksi Menteri dan lain-lainnya<sup>131)</sup>

Peraturan perundangan selain Tap-Tap MPR itu yang mengatur dasar hukum hak uji materiil MA itu adalah Pasal 26 UU No. 14/1970 dan Pasal 31 UU No. 14/1985 tentang Mahkamah Agung. Kedua ketentuan itu mempunyai isi yang sama, yakni : 1) MA hanya berwenang menguji materiil peraturan perundangan yang tingkatannya lebih rendah dari Undang-Undang; 2) Pengujian itu hanya dapat dilakukan pada pemeriksaan tingkat kasasi; 3)

Pencabutan peraturan perundangan yang dinyatakan tidak sah itu dilakukan oleh instansi yang bersangkutan.<sup>132)</sup>

Kewenangan MA untuk melakukan hak uji materiil tidak diatur dalam UUD 1945 karena Panitia Perancang UUD 1945 (atas usul Soepomo) berketetapan tidak mencamtumkan hak tersebut pada Batang Tubuh UUD 1945. Kewenangan MA itu yang diatur dalam UU No. 14/1970, kemudian dikukuhkan oleh Tap-Tap MPR dan ditegaskan lagi oleh UU No. 14/1985 berasal dari alternatif pemikiran yang berkembang pada Seminar Hukum Nasional II (27 s/d 30 Desember 1968) di Semarang. Berkenaan dengan tingkatan peraturan perundangan yang dapat diuji, seminar mencatat adanya 3 alternatif yakni : 1) Meliputi Tap MPR dan peraturan-peraturan yang lebih rendah dari Undang-Undang; 2) Meliputi Undang-Undang dan peraturan-peraturan yang lebih rendah; 3) Terbatas pada peraturan-peraturan yang lebih rendah dari Undang-Undang. Nampaknya UU No. 14/1970 menyerap alternatif yang ke-3.<sup>133)</sup>

Jika Indonesia dibandingkan dengan Amerika Serikat ternyata terdapat kesamaan dalam hal kemunculan kewenangan MA melakukan uji materiil yakni sama-sama tidak diatur dalam konstitusi dan sama-sama muncul dalam praktek ketatanegaraan. Perbedaannya di AS kewenangan itu meliputi tingkatan UU Federal, dan MA AS dapat menyatakan tidak syah (unconstitutional) suatu tindakan Presiden, misalnya tindakan Presiden Truman yang menyita pabrik baja tanpa persetujuan legislatif (..... domestic

executive power remain limited wherever its exercise must be justified in a constitutional setting).<sup>134)</sup>

Akhirnya hubungan kekuasaan kehakiman (MA) dan kekuasaan eksekutif dalam wujud sama-sama mengelola kekuasaan kehakiman dapat dilihat dari adanya kewenangan Departemen terkait dalam : membina organisasi, administratif, dan finansial para hakim (pengadilan). Kewenangan itu dimuat dalam Pasal 11 (1) UU No. 14/1970. Ketentuan Pasal 11 (1) itu lebih jauh ditindaklanjuti oleh Pasal 5 (2) UU No. 2/1986 tentang Peradilan Umum, Pasal 5 (2) UU No. 7/1989 tentang Peradilan Agama, Pasal 7(2) UU No. 5/1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara dan Pasal 7 (1) UU No. 31/1997 tentang Peradilan Militer. Dari isi Pasal-Pasal itu dapat dilihat bahwa yang berwenang membina peradilan umum dan peradilan tata usaha negara di bidang organisasi, administratif dan finansial adalah Menteri Kehakiman, untuk peradilan agama yang berwenang membina adalah Menteri Agama, sementara untuk Peradilan Militer yang berwenang membina adalah Panglima ABRI.

## **5. Hubungan Kekuasaan Kehakiman dan Kekuasaan Legislatif**

Secara formal hubungan kekuasaan kehakiman dan kekuasaan legislatif diatur dalam Pasal 11 (2) Tap MPR No. VI/MPR/1973 yang bersamaan bunyinya dengan Pasal 11 (2) Tap MPR No. III/MPR/1978. Kedua pasal itu isinya sama yakni Mahkamah Agung dapat memberikan

pertimbangan-pertimbangan dalam bidang hukum baik diminta maupun tidak kepada Lembaga-Lembaga Tinggi Negara. Oleh karena DPR sebagai badan legislatif merupakan salah satu lembaga tinggi negara maka berdasarkan ketentuan-ketentuan itu berarti Mahkamah Agung dapat memberikan pertimbangan hukum kepada DPR meskipun tidak ada permintaan dari DPR. Dari sisi DPR, DPR selalu dapat meminta pertimbangan hukum kepada Mahkamah Agung berkaitan dengan masalah-masalah hukum yang kiranya perlu mendapat perhatian DPR.

Dalam praktek kenegaraan menurut pengamatan penulis, kewenangan semacam itu tidak pernah dipergunakan baik oleh Mahkamah Agung maupun oleh DPR dan Lembaga Tinggi Negara lainnya. Padahal pertimbangan hukum MA sebenarnya sangat bermanfaat bagi kelancaran pelaksanaan fungsi DPR baik sebagai partner pemerintah maupun sebagai pengawas pemerintah.

Salah satu contoh yang menggambarkan betapa lambannya kinerja DPR adalah mengenai penyelesaian Undang-Undang Partai Politik yang dijadikan salah satu landasan pelaksanaan pemilu 1999. Kelambanan ini sempat mengkhawatirkan MA karena pemilu yang direncanakan berlangsung Mei 1999, hingga akhir Januari 1999 UU Parpol itu belum juga kunjung terbentuk. Penyebab kelambanan itu adalah masalah krusial tentang status PNS, apakah PNS dapat menjadi pengurus dan anggota parpol atau tidak. Sikap masing-masing fraksi yang ada di DPR sebagai berikut : Fraksi ABRI, PPP, PDI tidak setuju kalau PNS menjadi pengurus dan/atau anggota parpol.

Sikap fraksi-fraksi tersebut sejalan dengan sikap pemerintah. Sebaliknya Fraksi Karya Pembangunan ngotot memperjuangkan agar PNS dapat menjadi pengurus dan/atau anggota partai politik.<sup>135)</sup> Sebagai alasan pokok mengapa FKP ngotot dengan usulnya yang demikian itu adalah karena menurut FKP pelarangan terhadap kebebasan PNS untuk menjadi pengurus dan/atau anggota parpol dinilai bertentangan dengan hak asasi manusia (HAM). Sikap FKP itu ditegaskan kembali oleh Ketua Umum DPP Golkar Ir. Akbar Tanjung tanggal 9 Januari 1999 ketika ia melantik Tim Kerja Koordinator Bidang DPP Golkar.<sup>136)</sup>

Untuk dapat mengambil keputusan yang rasional dan agar masing-masing pihak di DPR tidak kehilangan muka seyogyanya pimpinan DPR bersurat kepada MA meminta pertimbangan hukum tentang persoalan apakah dengan dilarangnya PNS menjadi pengurus dan/atau anggota parpol oleh UU, berarti UU tersebut melanggar HAM khususnya HAM dibidang politik.

Menurut hemat penulis pelarangan itu tidak melanggar HAM dengan alasan :

(1) dalam penerimaan PNS baru nantinya harus ada peraturan yang mengatur salah satu persyaratan bahwa untuk bisa diterima sebagai PNS pelamar harus bersedia untuk tidak menjadi pengurus dan/atau anggota parpol. Jika persyaratan itu diterima berarti telah terjadi iner-consent (persetujuan dengan ikhlas) sehingga unsur bertentangan dengan HAM menjadi terhapus.

(2) dilarangnya seorang PNS menjadi pengurus dan/atau anggota parpol tidak berarti hak politiknya dihapus. Mereka tetap masih dapat menggunakan hak pilih mereka secara bebas dari waktu ke waktu. Artinya kalau pada Pemilu lalu si A (PNS) mempercayai partai X untuk memerintah, ternyata kepercayaannya itu disia-siakan, maka pada Pemilu mendatang ia bisa saja dengan mudah memindahkan kepercayaannya pada partai Y misalnya. Hal demikian sangat mendorong terbentuknya partai yang berkualitas. Tanggung jawab pengurus dan/atau anggota adalah membaut partainya berkualitas, sebab kalau tidak berkualitas tidak akan mendapat kepercayaan masyarakat pemilih. Untuk menuju demokrasi yang sehat perlu pemisahan yang tegas antara kelompok pengurus/anggota dan kelompok pemilih. Tidak semua pemilih adalah pengurus/anggota. Biarkanlah terbentuk kelompok pemilih yang netral (sebagai simpatisan) yang bertindak sebagai juri agung menilai kinerja parpol selama memegang kekuasaan pemerintahan.

Contoh lain yang perlu mendapat pertimbangan hukum Mahkamah Agung adalah berkaitan dengan produk DPR yang berupa "Subpoena" yaitu surat panggilan dari DPR kepada seseorang, yang berisi sanksi pidana jika orang yang bersangkutan tidak memenuhi permintaan hadir itu.<sup>137)</sup> Pertanyaan yang timbul berkaitan dengan "Subpoena" itu adalah, dapatkah pelanggaran atas permintaan DPR dikenakan sanksi pidana ?

Hubungan formal lainnya antara MA dan DPR diatur dalam Pasal 8 UU No. 14/1985 tentang Mahkamah Agung. Pasal itu isinya secara garis besar sebagai berikut :

(1) Hakim Agung diangkat oleh Presiden selaku Kepala Negara dari daftar nama calon yang diusulkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat.

(2) Daftar nama calon itu diajukan setelah mendengar pendapat Mahkamah Agung dan pemerintah.

(4) Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Agung diangkat oleh Presiden selaku Kepala Negara diantara Hakim Agung yang diusulkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat.

Ditinjau dari aspirasi pemerintahan yang demokratis, cara pengangkatan Ketua, Wakil Ketua dan hakim Mahkamah Agung yang diatur dalam Pasal 8 itu terkesan kurang demokratis. Dikatakan demikian karena pada tahap akhir dari proses pengangkatan itu kekuasaan Presiden lah yang tampak lebih dominan ketimbang kekuasaan DPR. Hal ini disebabkan karena Presiden dengan pertimbangan politis dapat mengesampingkan calon yang diajukan DPR bila calon itu dinilai kurang memiliki loyalitas pada Presiden. Dengan begitu, Presiden tanpa halangan sedikitpun dapat mengesampingkan kehendak rakyat (berwujud usulan calon yang diajukan DPR) suatu tindakan yang bertentangan dengan prinsip demokrasi. Betul bahwa dalam Pasal 8 itu ditegaskan Presiden dalam mengangkat fungsionaris MA itu selaku Kepala Negara, tetapi hendaklah diingat dalam prakteknya sulit untuk membedakan



kedua kekuasaan itu karena keduanya dijabat oleh orang yang sama. Lebih-lebih dalam persoalan yang menyangkut kepentingan politis Presiden, kedua kekuasaan itu yang secara teoritis terpisah menjadi sangat kabur dalam praktek.

Hal yang sebaliknya terjadi di Amerika Serikat. Di sini dalam proses pengangkatan Hakim Mahkamah Agung kekuasaan parlemenlah (dalam hal ini Senat) yang dominan. Kondisi ini diakibatkan oleh adanya ketentuan Pasal 2 (2) sub 2 konstitusi AS yang bunyinya antara lain : .....”and he shall nominate, and by and with the advice and consent of the Senate. Shall appoint .....Judges of the supreme court”..... (..... dan dia (Presiden) harus menominasi, atas dan dengan saran dan persetujuan Senat menyangkut Hakim Agung-Hakim Agung.<sup>138)</sup> Nyatalah bahwa usulan (nominasi) calon Hakim Agung merupakan kewenangan Presiden, tetapi instansi terakhir yang menentukan seseorang menjadi Hakim Agung AS atau tidak adalah Senat. Artinya tanpa persetujuan Senat seseorang yang diusulkan Presiden tidak akan pernah menjadi Hakim Agung. Perlunya persetujuan Senat adalah untuk “safeguard against bad appointment ..... a test of th fitness of judicial nominees”.... (untuk menghindari pengangkatan yang tidak becus dan sebagai batu uji terhadap kemampuan Presiden menampilkan calon-calon berkualitas).<sup>139)</sup>

Tidak saja pengangkatan Hakim Agung AS yang terkesan demokratis, lebih dari itu suatu terobosan yang spektakuler dalam pengangkatan hakim-

hakim di luar Hakim Agung (hakim-hakim negara bagian) telah terjadi dalam perkembangan ketatanegaraan AS. Tentang hal ini Austin Ranney mengatakan : ..... “Thus the great majority of state judges in the United States are elected rather than appointed”<sup>140)</sup>

Pemilihan hakim-hakim oleh rakyat secara langsung dimaksudkan untuk lebih menjamin kebebasan hakim dan bersamaan dengan itu untuk menghindari pengangkatan yang sewenang-wenang oleh pihak eksekutif. Lebih jauh tentang hal ini W.N. Seymour Jr mengatakan :<sup>141)</sup>

“After adoption of the American Constitution following the revolution, judges were chosen by popular election as a reaction against appointment abuses and as part of the movement forward judicial independence (Garis bawah dari penulis).

Kondisi yang serupa dengan AS terlihat di Swiss. Hakim-hakim negara bagian dipilih oleh rakyat dan hakim Pengadilan Federal serta hakim Mahkamah Agung dipilih oleh Majelis Federal (Federal Assembly) untuk jangka waktu 6 tahun.<sup>142)</sup>

Asas demokrasi tidak saja tercermin dalam pengangkatan para hakim, dalam pemberhentian pun seharusnya ditentukan secara lebih dominan oleh parlemen. Beberapa negara seperti Amerika Serikat, Inggris, Perancis ternyata dalam pemberhentian para hakim ditentukan oleh suara mayoritas parlemen.<sup>143)</sup>

Sesungguhnya bagi Indonesia, dengan suatu perspektif ketatanegaraan yang tergolong khas yakni dikenalnya Lembaga Negara tertinggi sebagai pemegang dan pelaksana kedaulatan rakyat maka menurut hemat penulis lembaga itulah yang paling tepat memilih dan mengangkat serta memberhentikan Ketua, Wakil Ketua dan Hakim Mahkamah Agung.

## **6. Kekuasaan Kehakiman dan Jenis Hukum Materiil**

Dalam sub ini akan diuraikan apa itu hukum materiil dan bagaimana hubungan fungsional kekuasaan kehakiman dengan hukum materiil itu. Untuk memperoleh gambaran singkat tentang apa itu hukum materiil kiranya perlu dicermati beberapa pandangan tentang pembagian (klasifikasi) hukum, dan sebaliknya dihindari memberi definisi tentang hukum karena tidak ada suatu definisi hukum yang dianggap tepat dan/atau memuaskan. Kesulitan memberi definisi hukum yang memuaskan menurut G.W. Paton karena hukum itu bisa didefinisikan dari berbagai segi misalnya dari segi : etika (kodrat); sumbernya (preseden, UU, kebiasaan); akibatnya terhadap kehidupan masyarakat metode pernyataan formilnya atau pelaksanaan otoritatifnya; dan tujuan yang hendak dicapainya.<sup>144)</sup>

Pembagian/klasifikasi hukum (menurut fungsinya) menjadi dua jenis hukum dalam kepustakaan Indonesia dikenal dengan istilah hukum materiil dan hukum formil. Dalam kepustakaan asing yang terkait dengan dua jenis hukum itu dikenal berbagai istilah misalnya : "substantive law" dan

“procedural law”<sup>145)</sup>; Ross membaginya menjadi “norm of conduct” dan “norm of competence”<sup>146)</sup>; “primary rules” dan “secondary rules”<sup>147)</sup>; “D-Laws” dan “P-Laws”<sup>148)</sup>. Hans Kelsen meskipun menggunakan istilah hampir serupa dengan Hart yakni : “Primary Norm” dan “Secondary Norm” namun pengertiannya sangat jauh berbeda dari apa yang dimaksudkan oleh Hart. Untuk jelasnya kiranya perlu diadakan sitasi atas klasifikasi Kelsen itu sebagai berikut :<sup>149)</sup>

“If it is assumed to be essential for the law that a distinction be made between a norm commanding a certain behaviour and a norm prescribing a sanction for the violation of the first norm, then the former norm must be call the primary norm and the latter the secondary norm. (Garis bawah dari penulis).

Dari sitasi itu tampak bahwa yang dimaksud dengan “primary norm” oleh Kelsen adalah “a norm commanding a certain behaviour” (norma yang memerintahkan perilaku tertentu) dan “secondary norm” adalah “a norm prescribing a sanction” (norma yang mengatur sanksi). Kedua norma itu terdapat dalam satu rumusan Pasal terutama terlihat jelas dalam rumusan Pasal-Pasal hukum pidana. Jadi klasifikasi Kelsen itu tidak mengacu kepada Klasifikasi peraturan hukum (rules) tetapi mengacu kepada klasifikasi norma hukum (norms).

Mac Iver, dalam versi lain namun masih senada dengan Leod, Ross, Hart dan Raz membagi hukum yang ada dalam suatu negara menjadi dua macam yakni : “The law which govern the state” (hukum yang memerintah negara) dan “the law by means of which the state governs” (hukum yang

dipakai negara untuk memerintah). Jenis yang pertama adalah konstitusi dan ditegaskan olehnya bahwa hukum acara adalah bagian dari konstitusi (the mode of procedure of the court them selves is part of the constitution). Jenis kedua adalah hukum biasa (ordinary law) yang berupa peraturan hukum yang mengatur tingkah laku warganegara atau penduduk yang diterapkan oleh pengadilan (any rule governing the conduct of citizens or residents interpreted and applied by a court).<sup>150)</sup>

Untuk mengetahui lebih jauh hukum yang mengatur tingkah laku (yang dalam kepustakaan Indonesia disebut “hukum materiil”) ada baiknya kalau ditinjau pandangan beberapa sarjana.

Hart dalam bukunya “The Concept of Law” nampaknya menggunakan istilah “primary rules” untuk hukum materiil. Mengenai “primary rules” ini Hart mengatakan antara lain :<sup>151)</sup>

“Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human being are required to do or abstain from certain action, wheter they wish to or not.  
..... Rule of the first type impose duties ..... concern actions involving physical movement or changes ..... are concerned with the actions that individuals must or must not do”..... (Garis bawah dari penulis).

Berdasarkan kutipan itu, maka unsur-unsur dari “primary rules” adalah:

1) Hukum yang menghendaki umat manusia untuk berbuat sesuatu atau tidak berbuat sesuatu.

2) Hukum yang membebankan kewajiban melalui tindakan yang melibatkan pergerakan fisik atau perubahan posisi fisik.

3) Hukum yang mengandung keharusan bagi individu-individu.

Dari tiga unsur itu dapat diperas menjadi satu pengertian bahwa “primary rules” adalah peraturan hukum yang mengharuskan individu-individu untuk berbuat sesuatu. Dalam kaitan dengan disertasi ini kiranya penekanan perlu diberikan kepada individu sebagai subyek hukum yang harus dibedakan secara tajam dengan pejabat publik seperti polisi, jaksa, hakim dan lain-lain yang ternyata kewajiban mereka itu tidak diatur oleh “primary rules” tetapi oleh “secondary rules”.

Menurut Hart, “primary rules” memiliki tiga kelemahan yakni : ketidakpastian (uncertainty), sifatnya yang statis (static character) dan tidak efisien (inefficiency).<sup>152)</sup> Untuk mengatasi kelemahan-kelemahan itu Hart (seperti ditafsirkan oleh M R Zafer) mengemukakan perlu adanya tiga jenis hukum yakni : Rules of recognition (hukum pengenal), rules of change (hukum tentang perubahan), dan rules of adjudication (hukum acara). Tentang ini M.R. Zafer mengatakan “Thus, uncertainty was remedied by rule of recognition, staticity was remedied by rule of change, and inefficiency was remedied by rules of adjudication”<sup>153)</sup> Ketiga jenis hukum itu oleh Hart kemudian diberinya nama “secondary rules”<sup>154)</sup>

Senada dengan Hart adalah Raz. Raz dalam bukunya “The Concept of Legal System” menyebut “primary rules” versi Hart itu dengan istilah D-Laws

(duty imposing laws) seperti telah disinggung di depan. Raz tidak memberikan definisi tentang D-Laws itu, tetapi lebih suka mengemukakan ciri-cirinya yakni :<sup>155)</sup>

1) Providing a standard reason for its performance (mengandung alasan pokok bagi kemunculannya). Raz, tentang alasan pokok (standard reason) ini memberi contoh sebagai berikut : orang dilarang menaruh tangannya pada api dengan alasan pokok tangan itu pasti terbakar (the fact that one's fingers will be burnt if put into the fire is a reason for not putting one's fingers into the fire).

2) For performing the duty depends on voluntary human conduct (pemenuhan kewajiban yang diinginkan oleh peraturan itu tergantung dari keikhlasan/kesadaran manusia).

3) The existence of the duty imposing rule (D-Laws) depends on a complex pattern of behaviour of a large member of the group. (keberadaannya tergantung dari pola tingkah laku yang kompleks dari bagian terbesar anggota masyarakat). Artinya keberadaan D-Laws ini, bermanfaat atau tidak, atau diperlukan atau tidaknya peraturan hukum yang demikian itu tergantung dari pandangan sebagian besar anggota masyarakat yang hakikatnya mereka memiliki pola tingkah laku yang beranekaragam (komplek).

Di sisi lain Ian Mac Leod menyatakan bahwa hukum substantif adalah "some rules of law deal with substantive rights and duties" (hukum yang berkenaan dengan substansi hak dan kewajiban).<sup>156)</sup> Pandangan yang sama

dikemukakan oleh Cohen sebagai berikut : “Substantive laws determine the rights and duties of person and provides remedies for the wrongs done” (hukum substantif adalah hukum yang menentukan hak-hak dan kewajiban-kewajiban dan mengatur cara-cara perbaikan (sanksi) bagi mereka yang melanggarnya).<sup>157)</sup> Jika dibandingkan pandangan Leod dan Cohen di satu pihak dengan Hart dan Raz di pihak lain tampak yang pertama memiliki pandangan yang lebih luas karena telah mempertimbangkan adanya hak selain kewajiban. Sementara yang kedua (Hart dan Raz) hanya menekankan pada kewajiban saja. Hal ini tak terlepas dari pengaruh positivisme Austin yang menganggap hukum adalah perintah (Law as a command) dari penguasa yang berwenang. Perasaan wajib menataati perintah itu menurut Hart ada dua macam yakni : merasa wajib karna rasa ketakutan (dicontohkan oleh Hart tentang todongan senjata untuk menyerahkan uang) dan merasa wajib karena perintah itu bermanfaat bagi pihak lain (dicontohkan Hart tentang kewajiban membayar pajak karena pajak itu berguna bagi negara). Rasa wajib yang pertama disebutnya sebagai “being obliged” dan rawsa wajib yang kedua disebutnya “being under an obligation”. Yang ideal bagi hukum adalah rasa wajib yang kedua karena untuk pentaatannya tidak perlu paksaan tetapi muncul dari aspek internal individu (internal reason and even without the use of force). Paksaan hanya diperlukan sekedar untuk menegakkan kewibawaan dan validitas hukum itu.<sup>158)</sup>



Ternyata apa yang dikemukakan oleh Cohen dan Mc Leod tentang hukum yang mengatur tingkah laku itu bersesuaian dengan apa yang dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo yang oleh beliau jenis hukum seperti itu disebutnya sebagai “hukum materiil”. Tentang hukum materiil itu secara jelas dikatakannya sebagai berikut :<sup>159)</sup>

“Hukum materiil terdiri dari peraturan-peraturan yang memberi hak dan membebani kewajiban-kewajiban. Setiap orang setiap harinya dapatlah dikatakan berhubungan dengan hukum materiil. (Garis bawah dari penulis)

Mempertimbangkan hak di samping kewajiban adalah sesuai dengan aspirasi tata hukum modern yang berlandaskan pada asas perlindungan hak asasi manusia (HAM), artinya seseorang dalam melaksanakan kebebasan (hak)nya jangan sampai merugikan hak orang lain. Asas ini telah disinggung oleh E Kant yang dikemas dalam ajaran idealisme klassiknya berupa “Faktum der Vernunft”. Melalui ini Kant mengajarkan bahwa inti dari otonomi manusia adalah kebebasan (hak asasi). Namun kebebasan itu harus dijalankan berlandaskan moral/etika agar tidak merugikan kebebasan orang lain. Dengan demikian kebebasan (hak) harus diikuti dengan pertimbangan moral (kewajiban) agar hak orang lain tidak terlanggar. Untuk efektifnya pertimbangan moral itu perlu dituangkan dalam Undang-Undang. Dengan demikian, menurut Kant, orang yang bertindak mematuhi Undang-Undang dalam berhubungan dengan manusia lain berarti ia telah melaksanakan kewajiban moralnya untuk tidak terlanggarnya hak (kebebasan) orang lain.

Ajaran “Faktum der Fernunft” dari Kant (yang mengutamakan hak dan kewajiban moral individu) lebih cocok buat sebuah negara demokrasi ketimbang ajaran “Sittlichkeit” dari Hegel yang mengutamakan hak kelompok (negara) dari hak perseorangan karena hukum dan moralitas menurut Hegel merealisasikan dirinya dalam pelbagai kelembagaan seperti keluarga, masyarakat dan negara.<sup>160)</sup>

Dengan merangkum pandangan sarjana-sarjana di atas terutama pandangan Cohen, Ian Mc Leod dan Sudikno Mertokusumo maka dapat dirumuskan pengertian hukum materiil yakni hukum yang mengatur tingkah laku manusia untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang berupa aturan tentang hak dan kewajiban yang bila dilanggar, pelanggarnya dapat dikenakan sanksi dengan daya paksa. Dengan demikian hukum yang bukan mengatur tingkah laku individu (misalnya, UUD, Tap MPR, UU yang mengatur kekuasaan, Hukum Acara dan lain-lain) tidak dapat digolongkan sebagai hukum materiil hukum yang demikian itu dapat disebut “hukum yang mengatur kekuasaan” yang cakupannya lebih luas dari hukum formil, dengan meminjam istilah Joseph Raz hukum yang demikian itu dapat disebut sebagai “P-Laws” (Law conferring power). Atau dalam istilah Indonesianya hukum yang demikian kiranya dapat disebut sebagai hukum konstitusi dalam arti luas untuk membedakan hukum konstitusi dalam arti sempit yang berupa UUD. Pandangan ini mengikuti pandangan Mac Iver yang memasukkan hukum acara sebagai bagian dari hukum konstitusi seperti telah disebut di depan.

K.C. Wheare juga memasukkan hukum yang mengatur organisasi dari suatu kekuasaan negara (salah satunya adalah organisasi kekuasaan kehakiman) ke dalam bagian dari hukum konstitusi dalam arti luas tentang ini K.C. Wheare mengatakan : <sup>161)</sup>

“Such important branches of constitutional law .... The organization of the judiciary, are in many countries not embodied in the constitution it self, or if embodied are treated only in general principle” ..... (Garis bawah dari penulis).

Sebagai alasan mengapa UU tentang organisasi kekuasaan kehakiman tergolong bagian hukum konstitusi dalam arti luas; karena UU tersebut merupakan UU organik yang tak terpisahkan dari konstitusi. Menurut Wheare, untuk memahami suatu konstitusi harus dilihat Undang-Undang organik secara cermat (No constitution can be properly understood unless it relation on the organic law is appreciated).<sup>162)</sup>

Setelah diuraikan secara sekilas apa hukum materiil itu, maka kini timbul pertanyaan, apa hubungan kekuasaan kehakiman dengan hukum materiil itu ? Pertanyaan ini ada baiknya dijawab dari dua segi yakni : 1) segi fungsi kekuasaan kehakiman dan 2) segi hakikat hukum materiil.

Dari segi fungsi kekuasaan kehakiman; kekuasaan kehakiman adalah satu-satunya kekuasaan negara yang diberi delegasi oleh konstitusi untuk menerapkan hukum materiil itu secara paksa melalui proses peradilan. Hanya kekuasaan kehakiman yang dapat menjatuhkan sanksi bila hukum materiil itu dilanggar. Bila digunakan paradigma Kelsen tentang tercakupnya “primary

norm” (aturan perintah larangan) dan “secondary norm” (sanksi) dalam suatu “primary rules” maka hanya kekuasaan kehakimanlah yang dapat menerapkan keduanya itu (primary norm dan secondary norm) secara sekaligus terhadap seorang pelanggar. Kekuasaan kepolisian dan kekuasaan kejaksaan hanya dapat mengupayakan tegaknya “primary norm” saja (aturan yang bersifat perintah (larangan). Mereka tidak dapat menjatuhkan sanksi (secondary norm). di sinilah letak pentingnya hubungan kekuasaan kehakiman dan hukum materiil. Menurut hemat penulis hanya kekuasaan kehakimanlah yang betul-betul secara sempurna dapat menerapkan hukum materiil itu. Sedangkan kekuasaan kepolisian dan kejaksaan hanya dapat menegakkannya saja. Antara menerapkan hukum (enforce the law) dan menegakkan hukum (uphold the law) mempunyai perbedaan yang cukup signifikan. Berhubung subyek hukum dari hukum materiil itu adalah individu (seseorang) sesuai pandangan para sarjana di depan, maka menerapkan hukum materiil haruslah diartikan memberlakukan “primary norm” (perintah/larangan) dan “secondary norm” (sanksi) secara bersama-sama kepada seorang. Di dalamnya terkandung pengertian adanya kewenangan menjatuhkan sanksi kepada seseorang. Jadi sesungguhnya yang diterapkan itu adalah sanksinya, sehingga lazim disebut “menerapkan sanksi” (secondary norm) dan tidak lazim orang mengatakan menegakkan sanksi. Terkait dengan kata menegakkan maka yang lazim adalah “menegakkan aturan” yang berupa perintah/larangan (primary norm). Dalam proses peradilan pidana yang bertugas menegakkan aturan hukum

adalah polisi dan jaksa dengan melakukan penyidikan dan penuntutan; mereka tidak berwenang menjatuhkan sanksi. Jadi kata “menerapkan” lebih luas maknanya dari kata “menegakkan”. Menerapkan hukum berarti menjatuhkan hukuman kepada seseorang, sedangkan menegakkan hukum berarti mengupayakan dengan serangkaian tindakan agar seorang pelanggar hukum dapat dijatuhi hukuman dengan secermat-cermatnya.

Berdasarkan pada perbedaan pengertian “penerapan” dan “penegakkan” maka dalam analisis terakhir dapat dikatakan bahwa hanya kekuasaan kehakimanlah yang berfungsi untuk menerapkan hukum materiil sehingga hukum materiil ini bisa dipetik manfaatnya oleh masyarakat. Tanpa kekuasaan kehakiman, hukum materiil tidak memiliki arti apa-apa bagi masyarakat.

Hubungan kekuasaan kehakiman dengan hukum materiil ditinjau dari segi hakikat hukum materiil sebagai sarana pengatur tingkah laku individu untuk mewujudkan keadilan dan ketertiban, maka bila terjadi kekosongan ataupun ketidakjelasan rumusan hukum materiil itu, hakim haruslah diberi kewenangan untuk menciptakan (*rechtschepping*) ataupun menemukan (*rechtvinding*) hukum materiil itu. Diskresi semacam itu dapat dibenarkan atas dasar doktrin kebebasan kekuasaan kehakiman dan diskresi itu hanya tepat diberlakukan terhadap hukum materiil, dan kurang tepat diberlakukan terhadap hukum formil mengingat hukum ini memiliki hakikat yang berbeda sama sekali dari hukum materiil yakni mengatur kekuasaan yang disebut

Power Conferring Laws versi Raz, norm of competence versi Ross dan norm of empowering function versi Kelsen.<sup>163)17)</sup>

Betapa pentingnya peranan hakim dalam mengisi kekosongan hukum materiil tercermin dalam adagium Latin yang berbunyi : “Ubi non est directa lex standum est arbitrio iudicis, vel procedendum similla” (where there is no direct law, the opinion of the judge is to be taken, or reference to be made to similar cases).<sup>164)</sup> Arti bebasnya, bila terjadi kekosongan hukum, hakim dapat melakukan diskresi atau hakim dapat melihat putusan terdahulu dalam perkara yang sama sesuai asas preseden).

Pandangan bahwa hakim dapat menciptakan hukum hanya bila terjadi kekosongan hukum didukung oleh Lloyd & Freeman. Mereka kurang setuju terhadap pandangan kaum realist yang memberikan peluang sangat besar kepada hakim-hakim untuk melakukan diskresi. Tentang hal ini mereka mengatakan :<sup>165)</sup>

“It has long been received opinion that judges filled in the gaps left by rules, by using their discretion..... A competing twntieth century view was espoused by the Realist who emphasised the paramountcy of the judge’s discretion”. (Garis bawah dari penulis).

Senada dengan Lloyd & Freeman, Ian Mc Leod mengemukakan :<sup>166)</sup>

“Where there is some major gap in the law, no doubt a judge would be capable of framing what he considered to be a proper code to fill it; ..... But he has to remember that his function is judicial, not legislative, and that he ought no to use his office to legislate in the guise of exercising his judicial power”. (Ian Mc Leod, 1996, 207 (Garis bawah dari penulis).

Artinya, bila terjadi gap yang besar (kekosongan), hakim barulah boleh menciptakan hukum. Hakim harus ingat bahwa fungsinya adalah mengadili, bukan membuat Undang-Undang, ia harus tidak menggunakan jabatannya untuk membuat Undang-Undang dengan cara terselubung. Pernyataan Mc Leod ini kiranya dapat dianggap sebagai suatu peringatan bagi hakim-hakim agar jangan mereka menyalahgunakan kebebasannya mengambil alih kapling fungsi legislatif.

Doktrin tentang pengisian kekosongan hukum<sup>167)18)</sup> oleh hakim muncul pada abad ke-19 di Jerman dimotori oleh Mashab Sejarah dan Mashab Hukum Bebas (Freirechtschule) yang memandang bahwa Undang-Undang tidak sempurna. Doktrin ini muncul sebagai protes terhadap aliran (Mashab) Legisme yang memandang Undang-Undang bersifat lengkap.<sup>168)</sup>

Jelasnya, kemunculan doktrin itu adalah merupakan reaksi terhadap kemunculan aliran Legisme yang dipelopori oleh Montesquieu yang menganggap Undang-Undang begitu lengkap. Hakim tidak lebih dari sekedar sebagai mulut Undang-Undang. Dalam bukunya yang berjudul "De L'Espirt Des Lois" Montesquieu, seperti dikutip oleh Kartono, mengatakan :<sup>169)</sup>

"Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des etres inanimés qui ne peuvent moderer ni la force ni la rigueur"

(Para hakim dari suatu negara tak lain hanya merupakan mulut yang mengucapkan perkataan Undang-Undang, makhluk yang tak berjiwa yang tak dapat merubahnya baik mengenai daya berlakunya, maupun mengenai kekerasannya).

Ajaran Mashab Legisme yang pada intinya mengatakan bahwa Undang-Undang adalah lengkap (*luckenlos*) dan hakim hanya sebagai penerap (*subsumtie-automaat*) lebih jauh melahirkan doktrin “penemuan hukum”. Menurut doktrin ini hakim dengan logikanya harus dapat menemukan hukum yang kadang-kadang tersembunyi berupa asas-asas di balik rumusan kata-kata Undang-Undang. Hakim oleh karenanya dilarang menolak perkara dengan alasan Undang-Undang tidak lengkap. Hakim harus mampu membuka tabir yang menyelubungi makna yang telah terkandung dalam Undang-Undang; ia wajib mempelajari, mengenalisa Undang-Undang dan dengan cara deduksi-logis menemukan pemecahan bagi setiap soal yang ia hadapi walaupun Undang-Undang tidak secara *expressis verbis* memberikan pemecahannya.<sup>170)</sup>

Dari uraian di atas dapat dipersepsikan bahwa doktrin penemuan hukum (*rechtsvinding*) dimunculkan oleh Mashab Legisme, sedangkan doktrin penciptaan hukum (*rechtschepping*) dimunculkan oleh Mashab Hukum Bebas dengan pionir-pionirnya seperti Herman Kantorowicz, Oscar Bulow, dan Ernst Zitselmann.<sup>171)</sup> Kedua doktrin itu memiliki makna yang berbeda jika dikaitkan dengan keberadaan hukum materiil terlebih-lebih dengan keberadaan hukum formil.

Berhubung hukum materiil itu tidak mengatur kekuasaan, melainkan mengatur tingkah laku individu maka diskresi hakim baik yang berupa penciptaan hukum maupun penemuan hukum hanya dapat ditujukan kepada hukum materiil itu saja. Hal ini telah pernah diingatkan oleh Joseph Raz



bahwa materi hukum materiil itu (D-Laws) penerapannya pada hakikatnya tergantung pada reaksi kritis pengadilan, dan dalam hal ini pengadilan berwenang menafsirkan/merubah materi itu tanpa perlu campur tangan pembuatnya terdahulu (legislatif). Tentang ini Raz mengatakan : <sup>172)</sup>

“The fact that the nature of law as a D-Law dependt on the critical reaction of the court..... The character and interpretation of legal material can be changed without any intervention by the original author of the legal material” (Garis bawah dari penulis).

Diskresi hakim terhadap hukum materiil (D-law) dalam kenyataannya tidak dapat dielakkan karena dalam penerapannya akan timbul kendala yang berkaitan dengan kondisi norma yang dikandung oleh D-law itu. Kendala itu pada umumnya berupa : 1) adanya kekosongan hukum (leemten in het recht); 2) adanya antinomi (konflik norma); dan 3) adanya norma yang kabur (vage van normen).<sup>173)</sup> Menurut penulis, bila hakim menghadapi kendala (1), hakim dapat menciptakan hukum dengan menggunakan metode argumentasio, sedangkan bila hakim menghadapi kendala (2) dan (3) hakim dapat menemukan hukum dengan menggunakan metode interpretasi.

Menurut Sudikno Mertokusumo, metode argumentasi yang biasa digunakan oleh hakim untuk menciptakan hukum (mengisi kekosongan hukum) berupa; a) argumentum per analogiam (analogi); b) penyempitan hukum (rechtsverfijning); dan c) argumentum a contrario. Metode analogi dilakukan dengan menggunakan paradigma berpikir dari induksi ke deduksi (dari peraturan yang bersifat khusus ke peraturan yang bersifat umum).

Peristiwa yang dihadapi hakim ada kemiripan dengan peristiwa khusus yang sebelumnya telah diatur dalam Undang-Undang. Dengan kemiripan ini hakim dapat menciptakan hukum baru dengan mendasarkan pada asas hukum yang melatarbelakangi kemiripan itu. Contoh Pasal 1576 BW : jual beli tidak memutuskan sewa menyewa (khusus). Dianalogikan menjadi : setiap peralihan hak atas rumah tidak memutuskan sewa menyewa (umum). Sementara metode penyempitan hukum diterapkan dengan cara mempersempit berlakunya suatu kaidah hukum, kemudian diciptakan suatu kaidah hukum baru. Contohnya Pasal 1365 BW mengandung kaidah : kerugian yang ditimbulkan harus diganti sepenuhnya oleh orang yang menimbulkan kerugian itu. Kaidah ini dipersempit; bila yang menderita kerugian melakukan kesalahan hukum, ganti rugi yang pantas diterima adalah separuh dari seluruh kerugian. Akhirnya metode a contrario adalah metode yang mencari kebalikan dari peristiwa yang telah diatur dalam Undang-Undang. Contohnya Pasal 39 PP No. 9/1975 yang isinya : seorang janda, baru boleh kawin lagi setelah lewat waktu tunggu. Kebalikannya, seorang duda segera boleh kawin lagi karena tidak memiliki waktu tunggu.<sup>174)</sup>

Sementara itu metode interpretasi yang dapat digunakan oleh hakim dalam menemukan hukum berupa : a) Interpretasi menurut bahasa (gramatikal) yakni menafsirkan Undang-Undang dengan meninjau arti bahasa, susunan kata atau bunyi Undang-Undang; b) interpretasi teleologis atau sosiologis yakni menafsirkan Undang-Undang berdasarkan tujuan sosial

(kemasyarakatan) dari pembentukan Undang-Undang itu; c) interpretasi sistematis yakni mencari makna Undang-Undang dengan menghubungkannya dengan Undang-Undang lain; d) interpretasi historis yakni memahami makna Undang-Undang dengan menelusuri sejarah pembentukannya; e) interpretasi komparatif, terutama digunakan dalam lapangan hukum internasional dengan membandingkan satu sistem hukum dengan sistem hukum lainnya; f) interpretasi futuristis yakni menjelaskan ketentuan Undang-Undang dengan berpedoman kepada Undang-Undang yang belum mempunyai kekuatan hukum; g) penafsiran restriktif dan ekstensif, restriktif berarti membatasi (mempersempit) pengertian Undang-Undang dan ekstensif berarti memperluas ketentuan Undang-Undang.<sup>175)</sup>

Jadi hubungan kekuasaan kehakiman dengan jenis hukum materiil ditinjau dari hakikat hukum materiil itu sebagai pengatur tingkah laku individu adalah bahwa hakim karena jabatannya harus menerapkan hukum materiil itu dalam mengadili perkara dan bila hakim menjumpai kekosongan atau kecaburan hukum, hakim berdasarkan doktrin kebebasan kekuasaan kehakiman dapat menciptakan hukum (*rechtschepping*) atau penemuan hukum (*rechtsvinding*). Peranan hakim dalam mengisi kekosongan hukum tak dapat dielakkan karena merupakan suatu kepastian bahwa hukum positif pasti mengalami kekosongan disebabkan keterbatasannya menyerap nilai-nilai yang selalu berkembang di masyarakat.<sup>176)</sup> Hakim karena jabatannya dianggap tahu hukum. Hal ini dirumuskan dalam adagium Latin : "jura novit curia" (the

court knows the laws”; hakim dianggap mengetahui hukum). Putusan yang diambil berdasarkan diskresi itu haruslah dianggap memiliki kebenaran hukum sama dengan putusan tanpa diskresi. Dalam adagium Latin dikatakan : “judicia sunt tanquam juridicta, et pro veritate accipiuntur” (“judgement are, as it were, the saying of the law, and received as truth”; putusan hakim adalah hukum dan diterima sebagai suatu kebenaran).<sup>177)</sup> Dihubungkan dengan putusan hakim dalam kewenangannya melakukan diskresi terhadap hukum materiil maka pada pokoknya ada 3 jenis putusan hakim yakni : 1) putusan hakim yang menerapkan saja aturan hukum yang sudah ada; 2) putusan hakim yang memberi tafsir baru terhadap aturan hukum yang tak sesuai/tak jelas; 3) putusan hakim yang menciptakan hukum karena hukumnya memang belum ada.<sup>178)</sup> Putusan jenis 2) dan 3) yang merupakan hasil diskresi hakim harus selalu memperhatikan segi koherensi seperti ditegaskan oleh Bob Brouwer cs yakni : “aiming at coherence in making and interpreting law”<sup>179)</sup>

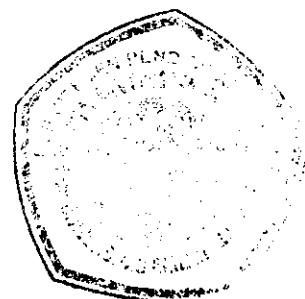
## 7. Kekuasaan Kehakiman Dan Jenis Hukum Formil

Seperti telah disinggung di depan, ada bermacam-macam istilah sebagai padanan hukum formil. Istilah-istilah itu misalnya : “secondary rules” dari Hart; “P-Laws” (Power Conferring Law) dari Raz; “norm of competence” dari Ross; “ajective law” dari Cohen dan Ian Mc Leod.

Hart memberi pengertian “secondary rules” sebagai the ways in which the primary rules may be conclusively ascertained, introduced, eliminated,

varied, and the fact of this violation conclusively determined (Cara-cara dalam mana "primary rules" secara meyakinkan dapat diketahui keberadaannya dengan pasti, diperkenalkan, dihapuskan, dibedakan, dan tentang pelanggaranannya diatur secara meyakinkan). Terkait dengan fungsi semacam itu Hart lantas membedakan 3 macam secondary rules yakni : 1) rule of recognition (aturan pengenal) yang fungsinya untuk memastikan dan memperkenalkan secara jelas keberadaan dan keberlakuan "primary rules"; 2) rule of change (aturan pengubah) yang fungsinya merubah ketentuan "primary rules" yang sudah tak sesuai lagi dengan kebutuhan; 3) rule of adjudication (hukum acara) yang fungsinya mengatur kewenangan seseorang untuk mengadili dan menentukan prosedur yang harus diikuti dalam mengadili (besides identifying the individual who are to adjudicate, such rules will also difine the procedure to be followed).<sup>180</sup>

Jika diperhatikan dengan seksama klasifikasi "secondary rules" dari Hart itu, maka akan merupakan suatu kekeliruan jika ada orang menyamakan "secondary rules" itu dengan hukum formil (hukum acara). Nampaknya, dalam klasifikasi Hart itu, yang dimaksud dengan hukum acara adalah bagian yang ke 3) yakni "rule of adjudication". Dengan demikian menjadi jelas kiranya, bahwa hukum formil (hukum acara) tidaklah sama dengan "secondary rule" dari Hart, karena hukum formil hanya merupakan salah satu bagian dari "secondary rules" yang oleh Hart disebutnya sebagai "rule of adjudication".



Ada sesuatu yang menarik dari Hart yang dalam kaitan dengan disertasi ini, memiliki arti penting yakni pandangannya tentang hirarkhi “rule of adjudication”. Menurut Hart “rule of adjudication” memiliki derajat (hirarkhi) yang lebih tinggi dari “primary rules”. Hal ini disebabkan karena “rule of adjudication” itu mengatur pelaksanaan kekuasaan pengadilan di samping karena ia sarat dengan konsep-konsep penting tentang hakim atau pengadilan, tentang kewenangan hakim, dan tentang putusan hakim. Berhubung pandangan Hart ini sangat penting dalam rangka memahami eksistensi hukum formil (rule of adjudication) maka untuk jelasnya perlu dikutip secara agak panjang pemikiran Hart itu sebagai berikut :<sup>181)</sup>

“Like the other secondary rules, these are on a different level from the primary rules, though they may be reinforced by further rules imposing duties on judge to adjudicate, they do not impose duties but confer judicial powers and special status on judicial declaration about the breach of obligation. Again these rules, like the other secondary rules define a group of important legal concepts; in this case the concept of judge or court, jurisdiction and judgement” (Garis bawah dari penulis).

Bila disepakati bahwa rule of adjudication itu memiliki derajat yang lebih tinggi dari “primary rule” disebabkan karena adanya muatan kekuasaan (power) di dalamnya, maka telah terjadi kerancuan dalam pemberian istilah oleh Hart. Kalau rule of adjudication (secondary rule) memiliki derajat yang lebih tinggi maka seharusnya ialah yang cocok disebut “primary rule” (aturan pertama) dan sebaliknya hukum yang mengatur kewajiban (primary rules) harus diberi nama “secondary rules” (aturan kedua). Terlebih-lebih jika

dikaitkan dengan pandangan Mac Iver, K.C. Wheare dan Kelsen seperti telah disinggung di depan yang berpendapat bahwa hukum acara adalah bagian dari hukum konstitusi maka tak dapat diragukan lagi hukum acara itu lebih tinggi kedudukannya dari hukum materiil (primary rules). Dengan demikian jelas tampak adanya kerancuan dan kontradiksi peristilahan dalam klasifikasinya Hart. Penulis berpendapat lebih tepat kiranya klasifikasi yang diajukan Raz yakni : D-Laws (hukum tentang kewajiban individu) dan P-Laws (hukum yang mengatur kekuasaan). Dengan istilah-istilah itu akan dapat dihindari kesan bahwa yang satu lebih tinggi (primary) dan yang lain lebih rendah (secondary). Juga tepat istilah yang diajukan oleh Ross yakni : “norm of conduct” (norma tentang tingkah laku) dan “norm of competence” (norma tentang kewenangan). Senada dengan Ross, penulis menganjurkan istilah “hukum pengatur tingkah laku” (rules of conduct) dan “hukum pengatur kewenangan” (rules of conferring competence). Istilah “competence” dianjurkan karena istilah ini bernuansa juridis sedangkan istilah “power” sebaiknya dihindari karena istilah ini bernuansa politik. Istilah kewenangan (competentie) sangat banyak digunakan oleh J.H.A Logeman dalam bukunya yang berjudul “Over de Theorie Van Een Stelling Staatsrecht” yang telah diterjemahkan oleh Makkatutu Cs menjadi “Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif”. Disadari, “rule of conferring competence” juga sebenarnya mengatur tingkah laku pemegang kekuasaan negara, namun tingkah laku yang diatur itu sangat spesifik karena bukan tingkah laku pribadi perorangan

tetapi tingkah laku suatu jabatan negara. Menurut Logeman, hukum yang mengatur tingkah laku pemegang jabatan ini termasuk hukum khusus yang membedakannya dengan hukum lain yang mengatur tingkah laku orang yang bukan pemangku jabatan. Senada dengan Mc Iver, K.C. Wheare dan Kelsen; Logeman selanjutnya menyebut pula hukum khusus itu tiada lain dari Hukum Tata Negara.<sup>182)</sup> Dalam konteks Rule of Law (Negara Hukum), kedudukan hukum yang mengatur kewenangan atau “P-Laws” (Rule of Conferring Power) meminjam istilah Raz,<sup>183)</sup> atau “norm of empowering power” versi Kelsen<sup>184)</sup> sangat strategis karena di samping ia merupakan pengejawantahan dari asas “supremacy of the law” (tunduknya kekuasaan negara kepada hukum) juga bersamaan dengan itu ia bertujuan untuk melindungi kebebasan atau hak asasi manusia sebagai tujuan final dari konsep negara hukum. Begitu strategisnya kedudukan hukum jenis ini, sampai-sampai sarjana hukum Tata Negara terkenal seperti Mac Iver dan K.C. Wheare sempat menyatakan bahwa hukum jenis ini adalah tergolong hukum konstitusi seperti telah disinggung dalam uraian sub sebelumnya. Tidak saja kedua sarjana itu, Hans Kelsen<sup>185)</sup> bahkan dengan tegas mengatakan bahwa hukum acara bagi pengadilan adalah merupakan sebuah konstitusi. Tentang ini Kelsen mengatakan “Thus a statute regulAting the procedure by which law-applying organs, court in particular create individual norm is a constitution”<sup>186)</sup> (Garis bawah dari penulis).



Berhubung hukum acara yang dalam kepustakaan Indonesia familiar dengan sebutan hukum formil merupakan bagian dari hukum yang mengatur kekuasaan (rules of conferring competence) yang bahkan menurut Kelsen ia (hukum acara) setara dengan konstitusi, maka timbul pertanyaan; apakah hubungan kekuasaan kehakiman dan jenis hukum ini.

Dengan bertitik tolak pada adanya perbedaan yang tajam antara hakikat hukum pengatur tingkah laku (D-Laws) dan hakikat hukum pengatur kekuasaan (P-Laws) maka corak hubungan kekuasaan kehakiman dengan hukum pengatur kekuasaan berbeda sama sekali dengan corak hubungan kekuasaan kehakiman dan hukum materiil (D-Laws).

Hakikat hukum material yang berupa mengatur tingkah laku menimbulkan hubungan fungsional yakni : kekuasaan kehakiman berfungsi untuk menerapkan norma hukum materiil kepada seseorang.

Di sisi lain, mengingat bahwa hukum formil itu hakikatnya mengatur kewenangan (kekuasaan ?) yang dalam hal ini kewenangan pengadilan, maka hubungan yang ditimbulkan adalah hubungan struktural. Artinya hukum formil (hukum acara) yang setara konstitusi (meminjam pandangan Kelsen) harus ditaati oleh kekuasaan kehakiman. Dengan kata lain, sesuai prinsip negara hukum bahwa kekuasaan tunduk pada hukum, maka kekuasaan kehakimanpun harus tunduk atau taat kepada hukum acara. Pengertian taat di sini adalah bahwa hakim harus mematuhi secara utuh apa yang tersurat (*expressis verbis*) dalam rumusan Pasal-Pasalnya. Hakim tidak dapat

melakukan diskresi terhadap rumusan Pasal-Pasal hukum acara itu. Dengan demikian dapat dipersepsikan bahwa dalam hubungan struktural ini, hakim bukan menerapkan hukum acara sebagaimana layaknya menerapkan hukum materiil, tetapi hakim (kekuasaan kehakiman) harus “mentaati” hukum acara itu. Hakim bukan “menerapkan” hukum acara tetapi “mentaati”. Akhiran “kan” dalam kata “menerapkan” berarti pekerjaan itu ditujukan pada orang lain (terdakwa/tergugat). Akhiran “i” dalam kata “mentaati” berarti pekerjaan itu ditujukan pada diri sendiri (diri hakim) untuk taat pada aturan hukum acara. Pemahaman bahwa hakim (kekuasaan kehakiman) harus mentaati hukum yang mengatur kewenangannya sendiri yang berwujud hukum acara, sangat bermanfaat dalam memahami batas normatif kebebasan kekuasaan kehakiman. Oleh karena itu uraian lebih jauh tentang hukum formil dan kekuasaan kehakiman akan dikedepankan dalam Bab IV tulisan ini.

## CATATAN

- 1) Wirjono Prodjodikoro, Hukum Negara Dan Politik, Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 1971, h. 10.
- 2) Muhamad Yamin, Proklamasi Dan Konstitusi, Djambatan, Jakarta, 1952, h. 74. (I).
- 3) Joeniarto, Negara Hukum, Yayasan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta, 1968, h. 8. (I).
- 4) Sarjana ini berbeda pandangan dengan H. Kelsen mengenai negara identik dengan hukum atau tertib negara (staatorde) adalah juga tertib hukum (normen ordering). Menurut S. Gautama Negara dan hukum tidak dapat disamakan satu sama lain.
- 5) Sudargo Gautama, Pengertian Tentang Negara Hukum, Alumni, Bandung, 1973, h. 34, 37.
- 6) Soediman Kartohadiprodjo, Negara RI Negara Hukum, Pidato Penerimaan Jabatan Guru Besar UI, 17 Januari 1953, Yayasan Pembangunan, Jakarta, 1953, h. 13, (I).
- 7) Soediman Kartohadiprodjo, Prasaran, Dalam "Indonesia Negara Hukum", Simposium UI, 6-8 Mei, Jakarta, 1966, h. 91. (II).
- 8) Philipus M Hadjon, Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Di Indonesia, PT Bina Ilmu, Surabaya, 1987, h. 74 (I).
- 9) Bandingkan pandangan F.J. Stahl dengan Immanuel Kant yang menganggap Rechtsstaat yang klasik berfungsi sebagai Nachtwachterstaat (Zuivere liberale rechtsstaat).
- 10) Oemar Seno Adji, Prasaran, Dalam "Indonesia Negara Hukum", Simposium UI, 6-8 Mei, Jakarta, 1966, h. 24. (I).
- 11) Philipus M Hadjon (I), Op.Cit., h. 75-76.

<sup>12)</sup> Nampaknya pembagian kekuasaan yang dimaksud adalah pembagian kekuasaan antara pusat dan daerah atau antara pemerintah federal dengan pemerintah negara bagian.

<sup>13)</sup> Philipus M Hadjon (I), Op.Cit., h. 76.

<sup>14)</sup> Sudargo Gautama, Op.Cit., h. 8-10.

<sup>15)</sup> F Magnis Suseno, Etika Politik, Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern, Gramedia, Jakarta, 1991, h. 298 – 301.

<sup>16)</sup> Meski konsep modern dari rechtsstaat ini mengakui peranan negara cukup dominan dalam mewujudkan kesejahteraan masyarakat (sesuai konsep Welvaartsstaat) tidaklah berarti asas-asas rechtsstaat yang klasik otomatis dikesampingkan. Asas-asas yang berkaitan dengan perlindungan individu tetap relevan justru karena konsep modern itu lebih membuka peluang bagi penguasa bertindak sewenang-wenang di bidang sosial/ekonomi. Hal itu diuraikan secara lebih luas oleh Sudargo Gautama dalam bukunya yang berjudul “Pengertian Tentang Negara Hukum”, 1973, halaman 17 hingga halaman 22.

<sup>17)</sup> Philipus M Hadjon (I), Op.Cit., h. 77-78.

<sup>18)</sup> W Friedman, The State And The Rule of Law In Mixed Economy, Steven & Sons, London, 1971, h. 3.

<sup>19)</sup> Unsur yang kedua dari Rule of Law yang dikemukakan oleh Dicey merupakan dimensi pokok dari pendekatan konseptual dalam penulisan disertasi ini karena analog dengan itu, pejabat peradilan (hakim dan hakim agung) sebagai bagian dari pejabat negara juga harus mentaati hukum terutama hukum konstitusi, hukum acara dan hukum yang mengatur kekuasaan kehakiman itu sendiri.

<sup>20)</sup> Philipus M Hadjon (I), Op.Cit., h. 80-82.

<sup>21)</sup> B A Hepple, Deregulation And The Rule of Law An English View, Dalam “Rechtsstaat en Sturing”, Editor, MAP Bovens (et al), WEJ Tjeenk Wilink, Zwolle, 1987, h. 164.

<sup>22)</sup> B A Hepple, Ibid.

<sup>23)</sup> B A Hepple, Ibid., h. 165.

- 24) B A Hepple, Ibid., h. 165-170.
- 25) Sunaryati Hartono, Apakah The Rule of Law Itu, Alumni, Bandung, 1969, h. 19.
- 26) Sunaryati Hartono, Ibid., h. 124.
- 27) Oemar Seno Adji (I), Op.Cit., h. 24.
- 28) Oemar Seno Adji (I), Loc.Cit., h. 27.
- 29) Oemar Seno Adji (I), Loc.Cit., h. 27-35.
- 30) Antony Allot, The Limits of Law, Butterworth & Co, London, 1980, h. 237.
- 31) K.C. Wheare cukup terkenal di kalangan sarjana hukum tata negara di Indonesia. Karya-karyanya tentang konstitusi terutama bukunya yang berjudul "Modern Constitution" banyak dikutip oleh Sarjana Hukum Tata Negara Indonesia seperti Sri Soemantri dan Ismail Sunny. Buku K.C. Wheare itu terdiri dari 9 Bab, 147 halaman membahas tentang pengertian, klasifikasi, isi, perubahan dan prospek konstitusi.
- 32) K C Wheare, Modern Constitutions, Oxford University Press, London, New York, Dst., 1975, h. 33-34.
- 33) DHM Meuwissen, Grondrechten, AULA, Vitgeverij Het Spectrum, Utrecht/Antwerpen, 1984, h. 147.
- 34) Henc van Maarseveen & Ger van der Tang, Written Constitution, Oceana Publication, Inc, Dobbs Ferry, New York, Sijthoff & Nordhoff, Alphenaan de Rijn, Netherland, 1978, h. 291.
- 35) M Yamin (I), Op.Cit., h. 68.
- 36) Henc van Maarseveen & Ger van der Tang, Op.Cit., h. 292.
- 37) K C Wheare, Op.Cit., h. 2.
- 38) Periksa lebih jauh Mac Iver, "The Modern State", 1950, halaman 250. Dalam halaman 252 ditegaskan bahwa "ordinary law" sebutan lain dari "the law of

which state govern” adalah merupakan hukum positif yang mengatur tingkah laku warga negara.

<sup>39)</sup> Wan Halidin, Kekuasaan Pemerintah Negara Berdasarkan UUD 1945, Pradnya Paramita, Jakarta, 1975, h. 10.

<sup>40)</sup> Mas Subagio, Ensiklopedia Perundang-Undangan Republik Indonesia, Alumni, Bandung, 1976, h. 141.

<sup>41)</sup> Gerald Gunther, Cases And Materials on Constitutional Law, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1980, h. 404.

<sup>42)</sup> Dalam kaitan relevansi negara hukum untuk memberi legitimasi politik, Daniel S Lev secara panjang lebar menguraikan perihal bagaimana getolnya Soeharto melakukan retorika-retorika politik dengan menyatakan bahwa pemerintah yang ia pimpin (Orde Baru) berdasarkan atas hukum dengan melaksanakan UUD 1945 secara murni dan konsekuen.

<sup>43)</sup> Oemar Seno Adji (I), Op.Cit., h. 38.

<sup>44)</sup> Philipus M Hadjon (I), Op.Cit., h. 85.

<sup>45)</sup> Padmo Wahyono, Negara Republik Indonesia, Raja Grafika Persada, Jakarta, 1995, h. 14.

<sup>46)</sup> Sunaryati Hartono, Op.Cit., h. 12.

<sup>47)</sup> JJ von Schmid, Akhli-Akhli Pikir Besar Tentang Negara Dan Hukum, Terjemahan Wiratno Cs, PT Pembangunan, Jakarta, 1980, h. 170.

<sup>48)</sup> Ternyata ada persamaan antara J Locke dan Hans Kelsen dalam menyikapi bahwa kekuasaan pengadilan termasuk dalam kekuasaan eksekutif (*legis executio*) yang dilawankan dengan *legislatio* (kekuasaan membuat Undang-Undang). Ajaran kedua sarjana ini dijadikan acuan dalam penulisan disertasi ini khususnya dalam memahami kondisi bahwa dalam melaksanakan UU pengadilan pun ada kemungkinan bertindak sewenang-wenang. Lebih jauh periksa Kelsen “*General Theory of Law and States 1945*, halaman 255.

<sup>49)</sup> Miriam Budiardjo, Dasar-Dasar Ilmu Politik, PT Gramedia, Jakarta, 1981, h. 152.

- 50) Ismail Suny, Pembagian Kekuasaan Negara, Aksara Baru, Jakarta, 1978, h. 6.
- 51) Montesquieu, Op.Cit., h. 29.
- 52) Alexis De Toqueville, Democracy In America, The New American Library, New York, 1960, h. 79.
- 53) Ferguson & Mc Henry, The American System Of Government, Mc Graw-Hill Book Company, New York, Dst., 1965, h. 358.
- 54) Hans Kelsen, General Theory of Law And State, Russel & Russel, New York, 1961, h. 282.
- 55) S F Finer, Five Constitutions, Penguin Books, Baltimore, 1979, h. 260.
- 56) K C Wheare, Op.Cit., h. 26.
- 57) Istilah “check and balance” kalau diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dapat menjadi “pengawasan dan keseimbangan”. Menurut penulis istilah “keseimbangan” (“balance”) lebih tepat diganti “pembatasan” (“limit”) sebab ukuran keseimbangan itu sangat sulit ditentukan.
- 58) Ralph K Huitt, Congress The Durable Partner, Dalam “Lawmakers In A Changing World”, Prentice Hall Inc, Englewood Clifts, New Jersey, USA, Tanpa Tahun, h. 9.
- 59) R Crince Le Roy, De Veerde Macht, Een Hernieude Kennis Making, S Gravenhage, Voega Boekerij, 1976, h. 27 – 28.
- 60) E Utrecht, Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia, Balai Buku Ichtiar, Jakarta, 1962, h. 15 – 18.
- 61) JJ von Schmid, Op.Cit., h. 170.
- 62) H Kelsen (I), Op.Cit., h. 282.
- 63) Menurut JJ Von Schmid, orang yang pertama kali memberi istilah Trias Politica pada ajaran Montesquieu itu adalah Emanuel Kant. Istilah itu tidak dijumpai dalam karya-karya Montesquieu. Periksa JJ Von Schmid, “Ahli Pikir Besar Tentang

Negara Dan Hukum”, terjemahan Wiratno SH cs, yang diterbitkan oleh PT Pembangunan Jakarta 1980, Cetakan kelima.

<sup>64)</sup> H Kelsen (I), Op.Cit., h. 272.

<sup>65)</sup> M Koesnardi & H Ibrahim, Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Pusat Studi HTN FH UI, Jakarta, 1983, h. 140.

<sup>66)</sup> E Utrecht, Op.Cit., h. 30, 33-34.

<sup>67)</sup> Koentjoro Poerbopranoto, Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintah Dan Peradilan Administrasi Negara, Alumni, Bandung, 1975, h. 27.

<sup>68)</sup> ASS Tambunan, Dualisme Naskah UUD 1945, Sinar Harapan, Jakarta, 1993, h. 55.

<sup>69)</sup> E Utrecht, Op.Cit., h. 32.

<sup>70)</sup> Penulis tidak dapat menyetujui pandangan Notohamdjojo itu karena dalam Batang Tubuh (Pasal-Pasal) UUD 1945 tidak ada diatur tentang keberadaan Kejaksaan Agung.

<sup>71)</sup> C Smit, Dekolonisasi Indonesia, Pustaka Aset, Jakarta, 1986, h. 11.

<sup>72)</sup> Juniarto (I), Op.Cit., h. 24.

<sup>73)</sup> JHA Logemann, Keterangan-Keterangan Baru Tentang Terjadinya Undang-Undang Dasar 1945, Terjemahan Dardji Darmodihardjo, Aries Lima, Jakarta, 1983, h. 33, (I).

<sup>74)</sup> JHA Logemann, Ibid, h. 33-34.

<sup>75)</sup> M Yamin, Naskah Persiapan UUD 1945, Jilid I, Penerbit (?), Jakarta, 1959, h. 341-342, (II).

<sup>76)</sup> M Yamin (II), Ibid, h. 232-236.

<sup>77)</sup> Marsilam Simandjuntak, Pandangan Negara Integralistik, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 1997, h. 153-157.

<sup>78)</sup> M Yamin, Naskah Persiapan UUD 1945, Jilid III, Penerbit (?), Jakarta, 1960, h. 40-41, (III).



<sup>79)</sup> CF Strong, Modern Political Constitution, Sidgwick & Jackson Limited, London, 1952, h. 8.

<sup>80)</sup> Wirjono Prodjodikoro, Asas-Asas Ilmu Negara dan Politik, Presco, Jakarta, 1991, h. 89.

<sup>81)</sup> Friedman, Law In Changing Society, Columbia Press University, New York, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pascasarjana UI, Jakarta, 1983, h. 37.

<sup>82)</sup> Koerniatmanto Soetoprawiro, Pemerintah Dan Peradilan Di Indonesia, Asas-Usul Dan Perkembangannya, CA Bakti, Bandung, 1994, h. 91-92.

<sup>83)</sup> Koerniatmanto Soetoprawiro, Ibid, h. 113-114, 124-128.

<sup>84)</sup> Koerniatmanto Soetoprawiro, Ibid, h. 114-117.

<sup>85)</sup> Koerniatmanto Soetoprawiro, Ibid, h. 118-122.

<sup>86)</sup> Koerniatmanto Soetoprawiro, Ibid, h. 122-123.

<sup>87)</sup> JPA Francois, Handboek van het Volken Recht, NV Vitgevers-Maatschappij, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle, 1950, h. 333.

<sup>88)</sup> Peradilan ini nampaknya bukan peradilan militer yang terdakwaanya orang-orang militer, tetapi suatu peradilan yang dibentuk oleh pemerintah militer Jepang justru untuk melindungi militer Jepang dari pihak-pihak yang mengganggu dan mengancam tugas-tugas militer Jepang.

<sup>89)</sup> Sudikno Mertokusumo, Sejarah Peradilan Dan Perundang-Undangan Di Indonesia Sejak 1945 Dan Apakah Kemanfaatannya Bagi Kita Bangsa Indonesia, Disertasi Ilmu Hukum Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, Tanggal 18 Desember 1971, h. 11-13, (III).

<sup>90)</sup> Pasal 3 UU No. 1 tahun 1942 adalah merupakan peraturan peralihan dari masa pemerintahan Hindia Belanda ke masa pemerintah militer Jepang. Isi Pasal 3 UU No. 1 tahun 1942 sebagai berikut : “Semua badan-badan pemerintah dan kekuasaannya, hukum dan Undang-Undang dari pemerintah yang dahulu, tetap diakui syah bagi sementara waktu, asal saja tidak bertentangan dengan aturan pemerintah militer”.

- <sup>91)</sup> Sudikno Mertokusumo (III), Op.Cit., h. 14, 20.
- <sup>92)</sup> Joeniarto, Asas-Asas Hukum Tata Negara, Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta, 1968, h. 49, (III).
- <sup>93)</sup> M Mahfud MD, Politik Hukum Di Indonesia, Pustaka LP<sub>3</sub>ES Indonesia, Jakarta, 1998, h. 32.
- <sup>94)</sup> K Wantjik Saleh, Tiga Undang-Undang Dasar, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1977, h. 25.
- <sup>95)</sup> K Wantjik Saleh, Ibid, h. 15-16.
- <sup>96)</sup> Selain UU No. 19 tahun 1984, Undang-Undang lain yang melaksanakan prinsip unifikasi misalnya UU No. 23 tahun 1937 yang menghapuskan Peradilan Raja-Raja di Jawa dan Sumatra, UU Drt No. 1 tahun 1951 yang menghapuskan Peradilan Swapraja dan Peradilan Adat dengan menentukan bahwa kewenangannya diserahkan kepada Pengadilan Negeri.
- <sup>97)</sup> Daniel S Lev, Hukum Dan Politik Di Indonesia, LP<sub>3</sub>ES, Jakarta, 1990, h. 246.
- <sup>98)</sup> Undang-Undang No. 19 tahun 1948 selain mengatur kekuasaan kehakiman juga mengatur kekuasaan kejaksaan.
- <sup>99)</sup> K Wantjik Saleh, Op.Cit., h. 27.
- <sup>100)</sup> Daniel S Lev, Op.Cit., h. 49.
- <sup>101)</sup> K Wantjik Saleh, Op.Cit., h. 32-33.
- <sup>102)</sup> Berdasarkan ketentuan Pasal 3 ayat (1) itu, Mahkamah Agung tidak dimasukkan dalam katagori Peradilan Umum. Dapat diduga, hal itu disebabkan MA bukan saja pengadilan kasasi bagi Peradilan Umum tetapi juga bagi Peradilan Agama, Peradilan Militer dan Peradilan Tata Usaha Negara.
- <sup>103)</sup> Ditinjau dari segi efisiensi, pennggabungan perkara ganti rugi dengan perkara pidana (perkara pokok) merupakan suatu kemajuan alam rangka mewujudkan asas peradilan cepat dan biaya ringan.
- <sup>104)</sup> CF Strong, Op.Cit., h. 8.

<sup>105)</sup> DCM Yardley, Introduction To British Constitutional Law, Butter Worths, London, 1969, h. 49.

<sup>106)</sup> JH Ferguson & DE Mc Henry, Op.Cit., h. 357 – 358.

<sup>107)</sup> Soedirdjo, Op.Cit., h. vii.

<sup>108)</sup> Hasan Zaini, Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Alumni, Bandung, 1974, h. 306.

<sup>109)</sup> KC Wheare, Op.Cit., h. 3.

<sup>110)</sup> Hayt & Hayt, Legal Aspect of Medical Record, P Record Company, Illinois, USA, 1964, h. 107.

<sup>111)</sup> C Illbert & C Carr, The Parliament, Oxford University Press, London, New York, Dst., 1960, h. 174.

<sup>112)</sup> A Hamzah dan Irdan Dahlan, Perbandingan KUHAP – HIR Dan Komentor, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984, h. 355.

<sup>113)</sup> Berdasarkan UU No. 6 tahun 1969, UU No. 13 tahun 1965 tentang Pengadilan dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Mahkamah Agung dinyatakan tidak berlaku. Ketidakberlakuan itu menunggu hingga adanya UU baru pengganti UU tersebut. Dengan adanya UU No. 2 tahun 1986 tentang Peradilan Umum an UU No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung maka otomatis UU No. 13 tahun 1965 tidak berlaku lagi. Pencabutan UU tersebut ditegaskan dalam Pasal 20 UU No. 2 tahun 1986 dan Pasal 81 UU No. 14 tahun 1985.

<sup>114)</sup> Hal yang menarik dari UU No. 31 tahun 1997 ialah bahwa Peradilan Militer tidak saja berwenang mengadili perkara pidana militer tetapi juga berwenang mengadili perkara Tata Usaha Angkatan Bersenjata. Sebelum Polisi pisah dari ABRI keputusan (beschikking) yang berupa Surat Penangkapan atau Surat Penahanan dari Polisi (penyidik) bila tidak syah seakan-akan dapat diperkarakan di depan Peradilan Militer. Namun setelah membaca ketentuan Pasal 2 sub e UU No. 31 tahun 1997 yang isinya bahwa Keputusan Tata Usaha Angkatan Bersenjata, yang dikeluarkan berdasarkan KUHP atau KUHAP tidak termasuk Keputusan Tata Usaha Angkatan Bersenjata sehingga Pengadilan Tata Usaha Angkatan Bersenjata tidak berwenang mengadili. Ini berarti bila terjadi sengketa atas keabsaha surat penangkapan atau surat

penahanan dari Polisi, tersangka tidak bisa memperkarannya di depan Pengadilan Tata Usaha Angkatan Bersenjata

<sup>115)</sup> Istilah Pengadilan Tata Usaha Negara menurut hemat penulis kurang tepat. Alasannya karena istilah tata usaha negara mengandung arti luas yakni tata usaha di bidang publik dimana tindakan pemerintah di bidang ini diatur oleh hukum publik (*publicrecht handelingen*) dan tata usaha di bidang perdata (*privatrecht handelingen*). Padahal menurut ketentuan Pasal 2 sub a UU No. 5 tahun 1986 dinyatakan bahwa tindakan (Keputusan) pemerintah di bidang hukum perdata tidak dapat dimasukkan dalam pengertian keputusan Tata Usaha Negara. Ketentuan Pasal itu sangat rancu, karena kalau pembentuk UU konsekwen dengan arti istilah Tata Usaha Negara mestinya keputusan pemerintah di bidang Tata Usaha Perdata haruslah termasuk dalam lingkup pengertian keputusan Tata Usaha Negara. Menurut hemat penulis istilah yang lebih memadai adalah "Pengadilan Tata Pemerintahan" karena istilah "Pemerintahan" berkonotasi publik, bersifat konstitusional tercantum dalam Pasal 4 UUD 1945 yang menyatakan Presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintahan. Pengadilan Tata Pemerintahan sesuai dengan konteks Pasal 4 UUD 1945 itu adalah pengadilan terhadap Presiden dan seluruh aparat bawahannya apabila dalam melakukan tindakan tindak pemerintahan mereka mengeluarkan keputusan yang tidak syah yang dapat merugikan masyarakat.

<sup>116)</sup> P Selznick, Foundation of The Theory of Organization, Dalam "System Thinking", Harmond Worth, 1972, h. 261.

<sup>117)</sup> R Subekti, Kekuasaan Mahkamah Agung RI, Alumni, Bandung, 1992, h. 38 – 39.

<sup>118)</sup> R Subekti, Ibid, h. 48.

<sup>119)</sup> R Subekti, Ibid, h. 44.

<sup>120)</sup> Sri Soemantri (II), Op.Cit., h. 8.

<sup>121)</sup> DCM Yardley, Op.Cit., h. 28.

<sup>122)</sup> R Cross, Precedent In English Law, Clarendon Press, Oxford, 1977, h. 5.

<sup>123)</sup> W Keefe & M S Ogul, The American Legislative Process, Prentice Hall, Inc, Engle Wood Cliffs, New Jersey, 1964, h. 28.

<sup>124)</sup> P H Odegard, American Government, Reading And Document, Happer & Row, New York, Dst., 1964, h. 309.

<sup>125)</sup> H Kelsen (I), Loc.Cit., h. 273. Pandangan Kelsen bahwa kekuasaan kehakiman tidak terpisah dari kekuasaan eksekutif senada dengan pandangan John Locke seperti dinyatakan oleh M. Yamin, John Locke membagi kekuasaan negara menjadi legislatif, eksekutif dan federatif. Kekuasaan kehakiman (judicial) tercakup dalam kekuasaan eksekutif sebagai pelaksana undang-undang. Tentang ini periksa lebih jauh buku M Yamin yang berjudul "Naskah Persiapan UUD 1945 (III), 1960 halaman 41 s/d 42.

<sup>126)</sup> Yehezkel Dror, Venture In Policy Sciences, New York, Oxford, Amsterda, 1987, h. 189.

<sup>127)</sup> B R Saragih, Sistem Pemerintah Dan Lembaga Perwakilan Di Indonesia, Perintis Press, Jakarta, 1985, h. 65-70.

<sup>128)</sup> Henry Campbell Black MA, Black's Law Dictionary, St Paul Minn, West Publishing Co, 1979, h. 76, 1002.

<sup>129)</sup> Henry Campbell Black MA, Ibid, h. 7, 1157.

<sup>130)</sup> Pengangkatan Hakim Agung oleh Presiden (meskipun ditegaskan oleh UU No. 14/1985 Presiden dalam hal itu sebagai Kepala Negara) akan dapat mempengaruhi kebebasan Hakim Agung karena sistem pemerintahan presidensial versi UUD 1945 mengatur Kepala Negara dan Kepala Pemerintahan dijabat oleh orang yang sama. Berbeda dengan sistem pemerintahan parlementer, Kepala Negara dan Kepala Pemerintah dijabat oleh orang yang berbeda. Semestinya dalam persepektif ketatanegaraan Indonesia yang mengenal lembaga tertinggi negara yakni MPR, maka Ketua MPR lah yang pantas mengangkat Ketua, Wakil Ketua dan Hakim-Hakim Agung.

<sup>131)</sup> Sri Soemantri, Ketetapan MPR(S) Sebagai Salah Satu Sumber Hukum Tata Negara, CV Remadja Karya, Bandung, 1985, h. 100, (I).

<sup>132)</sup> Soedirdjo, Mahkamah Agung, Kedudukan, Susunan dan Kekuasaannya, PT Media Sarana Press, Jakarta, 1987, h. 86.

<sup>133)</sup> Sri Soemantri, Hak Menguji Materiil Di Indonesia, Alumni, Bandung, 1982, h. 60, (II).

- <sup>134)</sup> Laurence H Tribe, American Constitutional Law, The Foundation Press, New York, 1979, h. 181.
- <sup>135)</sup> ....., Forum Keadilan, No. 18 Tahun VII, 1998, h. 26.
- <sup>136)</sup> ....., Bali Post, Tanggal 10 Januari 1999, h. 1.
- <sup>137)</sup> ....., Tempo, No. 13 Tahun 1999, h. 19.
- <sup>138)</sup> Prajudi Atmosudirdjo Cs, Konstitusi Amerika Serikat, Ghalia, Indonesia, Jakarta, 1986.
- <sup>139)</sup> JB Grossman & RS Wells, Constitutional Law And Judicial Policy Making, John Wiley & Sons, New York, London, 1972, h. 201.
- <sup>140)</sup> Austin Ranney, The Governing of Men, Holt, Rinehart & Winston, New York, 1962, h. 460.
- <sup>141)</sup> WN Seymour Jr, Why Justice Fails, William Morrow & Company Inc., New York, 1973, h. 414.
- <sup>142)</sup> Austin Ranney, Op.Cit., h. 460.
- <sup>143)</sup> Austin Ranney, Loc.Cit., h. 462.
- <sup>144)</sup> GW Paton, A Text Book of Jurisprudence, Editor : Arief S, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, Tanpa Tahun, h. 36.
- <sup>145)</sup> Ian Mc Leod, Legal Method, Mac Milan Press Ltd, London, 1996, h. 36.
- <sup>146)</sup> H Mc Coubrey & ND White, Text Book On Jurisprudence, Black Stone Press, Ltd, London, 1996, h. 188.
- <sup>147)</sup> HLA Hart, The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford, 1981, h. 7.
- <sup>148)</sup> Joseph Raz, The Concept of Legal System, Clarendon Press, Oxford, 1980, h. 147, 156. "D-Laws" adalah singkatan dari Duty-Imposing laws yakni hukum yang membebaskan kewajiban. "P-Laws" singkatan dari Power-Conferring Laws yakni hukum yang mengatur (menimbulkan) kekuasaan. J Raz dalam bukunya yang berjudul "The Concept of Legal System" (1980) menguraikan secara panjang lebar

tentang “D-Laws” itu pada halaman 147 hingga halaman 156. Tentang “P-Laws” secara luas diuraikannya pada halaman 156 hingga halaman 166.

<sup>149)</sup> Hans Kelsen, General Theory of Norm, Clarendon Press, Oxford, 1991, h. 142. (II).

<sup>150)</sup> Mac Iver, The Modern State, Oxford University Press, London, Geoffrey Cumberlege, 1950, h. 252. Jika dibandingkan pandangan Mac Iver dengan sarjana-sarjana terdahulu nampaknya “ordinary law” itu serupa dengan “substantive law”nya Ian Mc Leod, “norm of conduct”nya Coubry & White, “primary rules”nya Hart dan “D-law”nya Raz.

<sup>151)</sup> HLA Hart, Op.Cit., h. 78, 92.

<sup>152)</sup> HLA Hart, Loc.Cit., h. 90-91.

<sup>153)</sup> MR Zafer, Jurisprudence An Outline, International Law Book Services, Kuala Lumpur, 1994, h. 18.

<sup>154)</sup> HLA Hart, Op.Cit., h. 91.

<sup>155)</sup> J Raz, Op.Cit., h. 149.

<sup>156)</sup> Ian Mc Leod, Op.Cit., h. 36.

<sup>157)</sup> MR Zafer, Op.Cit., h. 23-24.

<sup>158)</sup> MR Zafer, Loc.Cit., h. 20.

<sup>159)</sup> Sudikno Mertokusumo, Mengenal Hukum, Liberty, Yogyakarta, 1996, h. 114, (I).

<sup>160)</sup> DHM Meuwissen, Inleiding Tot de Studie van het Nederlandse Recht, Dalam “Projustitia”, Tahun XII/No. 3, Juli 1994, Terjemahan B Arief Sidharta, h. 8, (II).

<sup>161)</sup> KC Wheare, Op.Cit., h. 3.

<sup>162)</sup> KC Wheare, Op.Cit., h. 4.

<sup>163)</sup> Kelsen dalam bukunya General Theory of Norms (1991) menyebut adanya empat fungsi norma yakni : commanding, permitting, empowering, dan derogating.

Empowering adalah “conterring the power to posit and apply norm (memberi kekuasaan untuk membuat dan menerapkan/menegakkan norma). Hal ini duraikannya dalam halaman 96 – 105 dari bukunya tersebut. Pandangan Kelsen ini akan dijadikan salah satu landasan dalam uraian Bab IV menyangkut pendirian penulis bahwa terhadap jenis hukum yang mengatur kekuasaan (conterring power) kebebasan hakim untuk melakukan diskresi tidak berlaku.

<sup>164)</sup> H C Black MA, Op.Cit., h. 1364.

<sup>165)</sup> L Lloyd of Hampstead & MDA Freeman, Lloyd’s Introduction To Jurisprudence, Stevens & Sons, London, 1985, h. 1120 – 1121.

<sup>166)</sup> Ian Mc Leod, Op.Cit., h. 207.

<sup>167)</sup> Doktrin pengisian kekosongan hukum/penemuan hukum harus dianggap tidak berlaku pada hukum pidana karena adanya asas “nullum delictum”. Artinya tidak ada kesalahan kalau tidak disebut rumusan deliknya dalam UU pidana. Jadi kalau terjadi kekosongan (tidak adanya rumusan delik) dalam UU pidana, terdakwa harus dibebaskan karena tidak ada delik yang dilanggarnya. Namun doktrin penemuan hukum tetap berlaku dalam hukum pidana dengan menggunakan penafsiran-penafsiran gramatikal ataupun teleologis. Misalnya penafsiran terhadap kata “barang” yang ditafsirkan mencakup juga benda yang tak kelihatan seperti “listrik” sehingga pencuri listrik dapat dikenakan Pasal 362 KUHP. Jadi harus dipisahkan antara pengisian (penciptaan) hukum (rechtschepping) dan penemuan hukum (rechtivinding)

<sup>168)</sup> Sudikno Mertokusumo, Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, h. 10 – 11, (II).

<sup>169)</sup> Kartono, Peradilan Bebas, Pradnya Paramita, Jakarta, 1972, h. 11.

<sup>170)</sup> Kartono, Ibid, h. 15.

<sup>171)</sup> Kartono, Ibid.

<sup>172)</sup> J Raz, Op.Cit., h. 152.

<sup>173)</sup> Philipus M Hadjon, Pengkajian Ilmu Hukum Dogmatik (Normatif), Dalam “Yuridika”, No. 6 Tahun IX, 1994, h. 13, (II).

<sup>174)</sup> Sudikno Mertokusumo (I), Op.Cit., h. 160-1631.



- <sup>175)</sup> Sudikno Mertokusumo (I), Loc.Cit., h. 151-152.
- <sup>176)</sup> JHA Logemann (I), Op.Cit., h. 58.
- <sup>177)</sup> HC Black MA, Op.Cit., h. 762, 764.
- <sup>178)</sup> Juniarto, Selayang Pandang Tentang Sumber-Sumber Hukum Tata Negara di Indonesia, Liberty, Yogyakarta, 1981, h. 136, (II).
- <sup>179)</sup> Bob Brouwer (et al), Coherence And Conflict In Law, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle, Netherland, 1992, h. viii.
- <sup>180)</sup> HLA Hart, Op.Cit., h. 92 – 92.
- <sup>181)</sup> HLA Hart, Loc.Cit., h. 94.
- <sup>182)</sup> JHA Logemann (I), Op.Cit., h. 117.
- <sup>183)</sup> Seperti telah disinggung sebelumnya, istilah P-Laws ini dikemukakan oleh Raz dalam bukunya “The Concept of Legal System” (1980), halaman 156.
- <sup>184)</sup> Kelsen mengemukakan istilah ini dalam bukunya “The General Theory of Norm”, (1991), halaman 96.
- <sup>185)</sup> Pemikiran Mc Iver, K.C. Wheare dan Hans Kelsen tentang kedudukan hukum yang mengatur kewenangan (rules of conferring power) dalam suatu sistem hukum akan dijadikan landasan konseptual utama dalam menguraikan batas normatif kebebasan kekuasaan kehakiman dalam Bab IV tulisan ini.
- <sup>186)</sup> Hans Kelsen (II), Op.Cit., h. 257.

## **BAB III**

# **LANDASAN TEORITIS BATAS KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN**

### **1. Urgensi Batas Kebebasan**

Dalam uraian Bab I di depan telah diuraikan bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan yang bebas dengan pemaknaan bahwa kebebasan itu sesungguhnya ada batas-batasnya.

Pembatasan terhadap kebebasan suatu kekuasaan memang perlu untuk mencegah kesewenang-wenangan, karena secara alamiah setiap kekuasaan akan cenderung korup.<sup>1)</sup>

Khusus mengenai kebebasan kekuasaan kehakiman C.F. Strong sempat mempertanyakan apa ada batas dari kebebasan itu ? Tentang itu ia menyatakan:<sup>2)</sup>

“.....and it remains one of the maxims of constitutionalism that the judiciary ought to be free from control in its own department, though the question arises, what are the limits of that department ?”  
(Garis bawah dari penulis)

Senada dengan Strong, M.J. Perry bahkan sempat mengeluh bahwa kebebasan kekuasaan kehakiman itu dapat menimbulkan subyektivitas hakim dalam mengadili yang terkadang dapat mengancam sendi citra Negara Hukum. Ia kemudian bertanya, apakah subyektivitas yang demikian itu dapat diterima sebagai bagian yang tak terelakkan dari suatu proses peradilan ? Pertanyaan itu dia jawab sendiri bahwa hal itu harus ditolak.

Lebih jelas tentang ini, Perry mengatakan : <sup>3)</sup>

“Does the realization that judicial subjectivity is an inevitable part of the process of adjudication – hardly a novel in sight requires that we abandon the ideal of the rule of law ? It certainly requires that we reject some versions of the ideal” ..... (Garis bawah dari penulis).

Dari pernyataan Perry yang demikian itu jelas tersirat kekhawatiran bahwa kebebasan kekuasaan kehakiman (subyektivitas hakim) dapat mengesampingkan cita Negara Hukum (*abandon the ideal of the rule of law*). Maka sesungguhnya Perry juga menginginkan adanya batas kebebasan kekuasaan kehakiman itu.

Refleksi tentang batas kebebasan kekuasaan kehakiman itu terasa semakin penting mengingat telah sejak jaman Romawi putusan-putusan hakim yang derivatif dari kebebasan kekuasaan kehakiman itu diyakini memiliki nilai hukum yang diterima oleh masyarakat sebagai suatu kebenaran yang tak terbantah. Indikasi ke arah itu misalnya dapat disimak dari pepatah (adagium) Latin yang menyatakan : “*judicium est quasi juris dictum* (judgement is, as it were a declaration of law). Atau “putusan hakim adalah suatu pernyataan tentang hukum”. <sup>4)</sup>

Senada dgn itu, ada lagi pepatah Latin yang secara lebih jelas mengatakan : <sup>5)</sup>

“*Judicia sunt tanquam juris dicta, et pro veritate accipiuntur*” (judgement are, as it were, the saying of law, and are received as truth). Atau, putusan hakim sebagaimana layaknya adalah pernyataan tentang hukum dan diterima sebagai suatu kebenaran.

Sehubungan dengan arti strategis dari suatu putusan hakim yang bernilai kebenaran (truth) maka dalam mengambil suatu putusan pepatah Latin pun mengharap agar hakim memperhatikan aturan hukum yang mendasari kewenangan hakim itu (“judicis est in pronuntiando sequi regulam, exceptione non probata”/“the judge in his decision ought to follow the rule when the exception is not prove).<sup>6)</sup>

Hakim yang tidak mentaati aturan hukum dalam membuat putusan dianggap telah menyalahgunakan wewenang atau melampaui wewenang. Bila telah terjadi hal demikian maka lebih jauh dikatakan bahwa putusan yang demikian itu tidak perlu ditaati (“judici officium excedenti non paretur”/“a judge exceeding his office or jurisdiction is not to be obeyed, said of void judgement”).<sup>7)</sup>

Menilik kata-kata “pronuntiando sequi regulam” (decision ought to follow the rule) dari adagium di atas (garis bawah) maka kiranya dapat ditegaskan bahwa batas utama dari kebebasan hakim (pengadilan)<sup>8)1)</sup> dalam membuat putusan adalah “rule” (peraturan hukum).

Peraturan hukum sebagai batas kekuasaan kehakiman telah diakui pula oleh dedengkot ajaran hukum murni (Reine Rechtslehre) yakni Hans Kelsen dengan mengatakan bahwa “judges are ..... independent, that is they are subject only to laws .....<sup>9)</sup>

Senada dengan Kelsen adalah pernyataan seorang sarjana sosiologi terkenal yakni Mac Iver. Agar lebih jelas, kiranya perlu dikutip pandangan Mac Iver itu sebagai berikut :<sup>10)</sup>

“Because then of this generality, the law cannot be more than the framework of order. To some court is given the power of interpretation and above all the power of applying the sanction of law, of adjusting penalties or assing damage, within the limits which the law itself permits” (Garis bawah dari penulis)

Pernyataan Mac Iver itu menyiratkan makna bahwa meski hakim (pengadilan) memiliki kebebasan, namun dalam mengambil putusan ia tidak boleh sewenang-wenang karena kebebasannya itu dibatasi oleh hukum (within the limits which the law itself permits). Bahwa hakim tak boleh sewenang-wenang dalam mengambil putusan ditekankan pula oleh Sudikno Mertokusumo sebagai berikut :<sup>11)</sup>

“Pada hakikatnya kebebasan merupakan sifat pembawaan daripada setiap peradilan. Kebebasan ini tidaklah mutlak, tidak berarti bahwa hakim dapat berbuat sewenang-wenang”.

Pemikiran tentang kekuasaan kehakiman dibatasi oleh hukum berasal dari pemikiran yang lebih luas bahwa setiap kekuasaan apapun harus dibatasi oleh hukum agar kekuasaan itu tidak sewenang-wenang. Pemikiran yang lebih luas itu misalnya dikemukakan oleh seroang eksponen mashab filsafat hukum sejarah yakni Karl Von Savigny dengan mengatakan bahwa kekuasaan harus dijalankan menurut hukum dan hukum harus dibuat berdasarkan aspirasi rakyat sebagai suatu tuntutan sejarah.<sup>12)</sup>

Seiring dengan itu, ahli hukum dari Universitas Nijmegen sempat menyatakan bahwa “the use of force has become more closely regulated ..... apparatus of court, officials, policemen, bailiffs and so on (penggunaan kekuasaan harus diatur secara lebih ketat seperti misalnya kekuasaan pejabat pengadilan, para pegawai, polisi, juru sita, dan lain-lain).<sup>13)</sup>

Juga Brierly seorang juris Inggris terkenal mengatakan bahwa sejak Zaman Pertengahan, hukum telah berfungsi untuk membatasi kekuasaan (“But through-out the middle ages the power was always limited ..... the law did set some limitations on ruling power).<sup>14)</sup>

Pernyataan Brierly itu dikuatkan oleh Mac Iver dengan mengatakan bahwa pada masa abad pertengahan telah ada doktrin yang mengajarkan bahwa penguasa tunduk pada hukum, jadi tidak di atas hukum. Selanjutnya dikatakan, meskipun rakyat telah menyerahkan kekuasaan kepada raja untuk membuat hukum, tidaklah berarti raja kedudukannya di atas hukum. Hal ini disebabkan oleh dua hal : pertama, raja dalam membuat hukum harus tunduk kepada konstitusi (*lex regia*); kedua, dalam membuat hukum itu raja harus mendapat persetujuan dewan rakyat. Dalam praktek, doktrin itu tidak terlaksana karena penguasa tidak memperhatikan sendi-sendi kesusilaan dan juga karena lemahnya pengawasan dari dewan rakyat yang anggota-anggotanya berasal dari kaum bangsawan, keluarga dekat raja atau kelompok yang sedang berkuasa. Akibatnya timbul pergeseran kekuasaan hukum ke tangan raja dengan semboyan “*quod principi placuit, legis habet vigorem*” (apa

yang dikehendaki oleh raja mempunyai kekuatan sebagai hukum ). Kemudian pada masa Renaissance kekuasaan raja menjadi di atas hukum berkat ajaran Jean Bodin.<sup>15)</sup>

Perihal hukum sebagai pembatas kekuasaan juga telah disinggung oleh Maarseveen & Tang dengan mengatakan sebagai berikut :<sup>16)</sup>

“Power is transformed into legal terms and is called legal power or competence. This is the legal category, power formalized by law. .... The competence can be exercised only in accordance with the relevant law, exercise of the power is subject at least in part to the observance of norm, legal norm, and legal principles. (Garis bawah dari penulis)

Mereka, para sarjana yang berpandangan bahwa kekuasaan harus dibatasi oleh hukum dapat dikelompokkan ke dalam jajaran penganut Teori Kedaulatan Hukum. Berhubung dengan itu pembahasan tema sentral mengenai batas normatif kebebasan kekuasaan kehakiman dalam disertasi ini akan menggunakan landasan Teori Kedaulatan Hukum yang ditunjang dengan Teori Kedaulatan Rakyat. Sementara, dalam pembahasan tentang batas eksternal institusional kebebasan kekuasaan kehakiman akan digunakan Teori Pembagian Kekuasaan; dan pembahasan tentang batas internal-etikal kebebasan kekuasaan kehakiman akan menggunakan konsep “judicial self-restraints”

## 2. Teori Kedaulatan Hukum

Kata kedaulatan atau “Sovereignty” berasal dari kata Latin “Superanus” yang bersinonim dengan kata “Supremus”, “Superbus” atau “Superus”. Superanus berarti “the zenith” atau titik yang tertinggi.<sup>17)</sup>

Boedisoesetyo mengartikan Sovereignty itu sebagai kekuasaan yang tertinggi.<sup>18)</sup> Mengartikan kedaulatan sebagai kekuasaan tertinggi selain dalam konteks hukum, haruslah berhati-hati karena sering menimbulkan salah paham. Misalnya kalau dikatakan Negara berdaulat tidak berarti tidak ada kekuasaan lebih tinggi lagi di atas Negara.<sup>19)</sup> Konsep kedaulatan yang menyesatkan itu berawal dari ajaran Jean Bodin dalam bukunya “De Republica”.<sup>20)</sup>

Dalam kepustakaan Ilmu Negara dikenal adanya bermacam-macam teori kedaulatan. Soehino<sup>21)</sup> dan Muchtar Affandi<sup>22)</sup> masing-masing menyebut ada 4 teori kedaulatan yaitu : Teori Kedaulatan Tuhan, Teori Kedaulatan Negara, dan Teori Kedaulatan Hukum dan Teori Kedaulatan Rakyat.

Diantara sekian banyak teori kedaulatan itu yang dipilih sebagai landasan teoritis dalam membahas batas kebebasan kekuasaan kehakiman adalah Teori Kedaulatan Hukum dan Teori Kedaulatan Rakyat seperti telah disinggung di depan.

Teori Kedaulatan Hukum merupakan penentangan terhadap Teori Kedaulatan Negara yang mengajarkan bahwa Negara berada di atas hukum karena Negaralah yang membuat hukum.

Teori Kedaulatan Hukum tidak dapat menerima kekuasaan seseorang atau sekelompok penguasa membuat hukum berdasarkan kehendak mereka pribadi kemudian hukum yang dibuatnya itu dikonsepsikan sebagai kehendak Negara. Menurut Teori Kedaulatan Hukum, bukan hukum yang ditentukan



oleh Negara tetapi sebaliknya Negaralah yang ditentukan oleh hukum dan karena itu Negara adalah produk hukum. Atas dasar itu Negara harus tunduk pada hukum . yang primer adalah hukum sedangkan yang sekunder adalah Negara. Mengapa demikian ? Karena hukum muncul dari kesadaran hukum setiap orang. Tugas Negara adalah menjelmakan kesadaran hukum itu dalam bentuk ketentuan hukum positif, yang nyata, berupa peraturan hukum. <sup>23)</sup>

Ajaran (Teori) Kedaulatan Hukum seperti itu dipelopori oleh H. Krabbe (1857 – 1936) dari Belanda. Ajaran-ajarannya itu dikumandangkan melalui beberapa buku yang berjudul antara lain : <sup>24)</sup>

- 1) Die Lehre der Rechtssouvereinitat, Betrag Zur Staatslehre (1906).
- 2) De Moderne Staatsidee (1916, diterjemahkan ke dalam bahasa Jerman tahun 1919 dan ke dalam bahasa Inggris tahun 1922).
- 3) Het Rechtsgezag (1917).
- 4) De Innerlijke Waarde Der Wet (1924).

Jika disimak lebih mendalam, ternyata inti dari ajaran (teori) Kedaulatan Hukum dari Krabbe adalah “bahwa kedudukan hukum berada di atas Negara dan oleh karena itu Negara harus tunduk pada hukum”. Inti yang demikian itu dibenarkan oleh Wirjono Prodjodikoro dengan mengatakan bahwa menurut Teori Kedaulatan Hukum Negara harus tunduk pada hukum. <sup>25)</sup>

Tunduknya Negara terhadap hukum oleh A.M. Donner dikatakan sebagai “de doordringing van de staat met het recht” (penerobosan Negara

oleh hukum) artinya hukum mempunyai kedudukan tertinggi dalam Negara.<sup>26)</sup>

Peperzak menilai, sumber hukum yang berasal dari kesadaran hukum masyarakat tiada lain sebagai kristalisasi moral sehingga setiap pihak secara moral pula harus mentaati hukum (.....”hence the feeling that there is a moral duty to obey the law”.....).<sup>27)</sup>

Benih ajaran Kedaulatan Hukum dari Krabbe ini sesungguhnya sudah ditabur sejak jaman Yunani kuno oleh seorang filsuf Yunani tersohor yakni Aristoteles. *Aristoteles bahkan sampai pada suatu kesimpulan bahwa salah satu kriteria dari suatu Negara yang baik adalah harus terlihat secara formal dianutnya kedaulatan hukum oleh Negara itu.* Lebih jauh Aristoteles mengatakan, tidaklah benar apa yang dikemukakan oleh Plato bahwa pemerintah yang berdasarkan hukum dapat diganti dengan pemerintahan oleh penguasa yang bijaksana, sebab penguasa yang bagaimanapun bijaksananya tidak dapat menggantikan hukum karena hukum mempunyai sifat yang terlepas dari perseorangan. Hukum adalah akal yang tidak dapat dipengaruhi oleh keinginan. Demikian pandangan Aristoteles.<sup>28)</sup>

Inti ajaran (Teori) Kedaulatan Hukum yang mengajarkan tunduknya Negara kepada hukum membawa konsekuensi bahwa setiap kekuasaan Negara yang ada dalam Negara itu harus tunduk terhadap hukum. Adalah jelas bahwa kekuasaan kehakiman adalah salah satu bagian kekuasaan Negara. Oleh karena itu berpegang pada inti Teori Kedaulatan Hukum maka

kekuasaan kehakiman pun harus tunduk pada hukum. Artinya aparat kekuasaan kehakiman dalam menjalankan kekuasaannya harus mentaati hukum, kendati kekuasaan kehakiman dikenal memiliki kebebasan. Berhubung Indonesia adalah Negara Hukum seperti telah disinggung dalam Bab II yang berarti Indonesia menganut Teori Kedaulatan Hukum maka konsekwensinya kekuasaan kehakiman Indonesia yang berada di bawah tatanan Negara Hukum Indonesia juga harus tunduk pada hukum. Perihal hukum yang mana yang harus ditaati oleh aparat kekuasaan kehakiman atau dengan kalimat lain, hukum mana yang harus dianggap sebagai batas kebebasan kekuasaan kehakiman, secara lebih detail akan diuraikan dalam Bab IV. Uraian dalam sub ini dimaksudkan cukup dapat memberi gambaran bahwa Teori Kedaulatan Hukum adalah landasan teoritis yang utama bagi pembahasan batas kebebasan kekuasaan kehakiman. Untuk tidak menimbulkan kesalahpahaman dan keragu-raguan akan relevansi teori itu dipandang perlu mengkaitkannya dengan Teori Kedaulatan Rakyat. Kedua teori itu merupakan satu paket yang tak terpisahkan dalam upaya melandasi pembatasan kebebasan kekuasaan kehakiman dalam penulisan ini.

### **3. Teori Kedaulatan Rakyat**

Teori Kedaulatan Rakyat pada dasarnya juga merupakan penentangan terhadap Teori Kedaulatan Negara, Teori Kedaulatan Raja, dan Teori Kedaulatan Tuhan yang kesemuanya itu dapat menimbulkan pemerintahan absolut.<sup>29)</sup>

Kedaulatan rakyat adalah kekuasaan massa sebagai tandingan terhadap kekuasaan penguasa yang monolit. Dalam kaitan ini ditarik garis pemisah yang tajam antara rakyat yang diperintah dan penguasa yang memerintah. Rakyatlah yang lebih superior dari pemerintah karena rakyatlah yang berdaulat. Kekuasaan yang dijalankan oleh pemerintah berasal dari rakyat melalui mekanisme pemilihan umum. Pemilihan umum pertama-tama menghasilkan dewan rakyat dan dewan rakyat ini kemudian membentuk pemerintahan. Sebagai suatu ajaran, Teori Kedaulatan Rakyat sudah tua usianya. Paham kedaulatan rakyat sudah dikemukakan oleh kaum monarchomahen (penulis-penulis anti kerajaan) seperti Marsiglio, William Ockham, Buchanan, Hotman, Bellamin, dan lain-lain. Mereka inilah yang mula-mula sekali mengemukakan ajaran bahwa rakyatlah yang berdaulat penuh dan bukan raja karena raja berkuasa didasarkan atas persetujuan rakyat. Ajaran kaum Monarchomahen itu kemudian dilanjutkan oleh Locke dan terakhir oleh JJ Rousseau. Dalam karya Rousseau, kedaulatan rakyat ini menjadi kedaulatan yang mutlak berdasarkan konsep “volonte generale” (kemauan umum) dari rakyat.<sup>30)</sup>

Kemutlakan kedaulatan rakyat atas dasar “volonte generale” (general will) itu dikemukakan oleh Rousseau dalam karyanya yang sangat terkenal yakni “The Social Contract” sebagai berikut :<sup>31)</sup>

“In fact each individual as a man may have a particular will contrary or dissimilar to the general will which he has as a citizen. His particular interest may speak to him quite differently from the common interest; his absolute and naturally independent existence may make him look

upon what he owes to the common, cause as a gratuitous contribution, the loss of which will do less harm to others.....” (Garis bawah dari penulis)

Itu berarti bahwa bila terjadi kemauan individu bertentangan dengan kemauan bersama, kemauan individu harus mengalah karena pertentangan itu sesungguhnya merupakan sumbangan tak bermakna (*gratuitous contribution*) bagi kepentingan bersama. Meski demikian, kelompok bersama (*the common*) berarti telah berhutang kepada individu karena individu memiliki kemutlakan kebebasan alamiah, namun menghilangkan kebebasan itu paling tidak dapat mengurangi bahaya (*ancaman*) terhadap kepentingan bersama.

Kedudukan individu dalam kerangka teori kontrak sosial dari Rousseau ditegaskan bahwa individu adalah bagian yang tak terpisahkan dari kelompok bersama (*the whole*), oleh karena itu individu berada sepenuhnya di bawah kendali kemauan bersama (*the general will*). Tentang ini Rousseau mengatakan :<sup>32)</sup>

“Each of us puts his person and all his power in common under the suprême direction of the general will, and in our corporate capacity, we receive each member as an dispensible part of the whole”. (Garis bawah dari penulis).

Pernyataan Rousseau itu sempat dikritik oleh Edgar Bodenheimer dengan mengatakan bahwa, a social system based on the ominipotence of the general will contains zone dangers of a form of despotism (suatu sistem sosial yang didasarkan pada tidak dapat diganggu gugatnya kemauan bersama (*general will*) mengandung beberapa bahaya karena dapat menjurus ke arah bentuk pemerintahan despotis. Senada dengan Bodenheimer adalah

Tocqueville yang mengkonstatir bahaya itu dapat berupa tirani mayoritas (tyranny of the majority).<sup>33)</sup>

Jika sekiranya kedua sarjana itu memperhatikan dengan cermat uraian Rousseau dalam bukunya *The Contract Social* itu, kritik yang bernada kekhawatiran seperti itu tidak perlu terjadi. Pada bagian akhir dari Chapter VI buku itu telah ditegaskan oleh Rousseau bahwa menempatkan individu ke dalam persekutuan bersama (association) dengan penyerahan kebebasan alamiahnya kepada persekutuan bersama adalah didasarkan pada suatu kontrak sehingga persekutuan yang terbentuk itu adalah persekutuan bersama yang bersendikan moral. Dengan dasar hak suara itulah mereka (para individu) menerima eksistensi persekutuan (unity), identitas bersama dan hidup bersama. Tentang ini secara lebih jelas Rousseau mengatakan :<sup>34)</sup>

“At one, in place of the individual personality of each contracting party, this act of association creates a moral and collective body, composed of as many members as the assembly contains voter, and receiving from this act its unity, its common identity, its life, and its will. (Garis bawah dari penulis)

Dengan diakuinya individu tetap memiliki hak suara kendati ia telah masuk menjadi anggota persekutuan bersama berdasarkan kontrak, maka individu dapat merubah “the general will” itu melalui pemungutan suara (contains voters) misalnya melalui plebesit, referendum, pemilu dan lain-lain, sehingga “the general will” tidak akan mengarah ke sistem despotis ataupun tirani mayoritas seperti dikhawatirkan oleh Bodenheimer dan Tocqueville.

#### **4. Keterkaitan Teori Kedaulatan Hukum dan Teori Kedaulatan Rakyat**

Keterkaitan konsep “the general will” (volonte generale) dari Rousseau terhadap Teori Kedaulatan Hukum adalah bahwa menurut Rousseau hukum tiada lain merupakan perwujudan “The general will”. Secara jelas ia mengatakan : “.....the matter about which the decree made is like the decreeing will in general. This act is what I call a law.....they are act of the general will”.<sup>35)</sup>

Dengan proposisi seperti itu kelemahan Teori Kedaulatan Hukum Krabbe dapat teratasi. Sebagai dikritik oleh Rodee, Anderson & Christal, kelamahan teori Krabbe adalah bahwa hukum bersumber dari perasaan hukum seseorang, pada hal, perasaan hukum ini menurut ketiga pengkritik itu adalah sangat subyektif karena berbeda-beda berdasarkan pada keragaman orang, waktu dan tempat.<sup>36)</sup>

Dengan mematuhi postulat, bahwa hukum sebagai produk “The general will” dari Rousseau haruslah diartikan bahwa perasaan hukum yang diaacu Krabbe itu adalah perasaan hukum sebagian besar individu yang telah menjelma menjadi “the general will” (versi Rousseau), dan bukan perasaan hukum individu yang masih berdiri sendiri (otonom). Di sinilah letak keterkaitan Teori Kedaulatan Hukum dan Teori Kedaulatan Rakyat yang penerapannya dalam Negara demokrasi modern harus diformat dalam satu paket sehingga satu sama lain tak dapat dipisahkan.

Lebih jauh keterkaitan "The general will" dengan hukum yang ideal atau hukum yang memiliki kekuatan mengikat adalah bila hukum itu lahir dari mekanisme kerja parlemen (legislator), dimana lembaga ini dibentuk berdasarkan pemilu yang bebas. Bila parlemen telah terbentuk berdasarkan pemilu yang bebas barulah dapat dijamin adanya kesesuaian kehendak perorangan (particular will) dengan kehendak bersama (the general will). *Pemilu yang bebas merupakan syarat mutlak bagi terbentuknya hukum yang mempunyai kekuatan mengikat* atau menurut R. Stammler hukum yang dapat menyelaraskan kepentingan individu dan kepentingan kelompok.<sup>37)</sup>

Bagi Rousseau betapa pentingnya pemilu yang bebas untuk membentuk parlemen (legislator) yang mencerminkan the general will dalam pembentukan hukum yang ideal telah dinyatakan berulang-ulang dalam buku *The Contract Social*-nya dengan mengatakan : "this I have said to repeat it".<sup>38)</sup>

Ajaran Rousseau tentang hukum sebagai general will melalui parlemen yang dipilih secara bebas kemudian dianut oleh Negara-Negara demokrasi modern. Dewasa ini, berkat ajaran Rousseau itu, disepakati bahwa legitimasi hukum harus didasarkan pada persetujuan rakyat (popular consent) yang dicerminkan dalam persetujuan parlemen seperti diungkap oleh Nicolas Wabl bahwa laws that were legitimized by popular consent ..... and popular consent has usually been interpreted as the consent of parliament.<sup>39)</sup>

Dengan mengkaitkan Teori Kedaulatan Hukum dengan Teori Kedaulatan Rakyat maka dapat disusun sistematika berpikir sebagai berikut :



Hukum memiliki kedudukan tertinggi dalam suatu Negara. Dalam kedudukan demikian siapapun (tidak terkecuali kekuasaan Negara yang ada di dalamnya termasuk kekuasaan kehakiman) harus tunduk pada hukum. Hukum memiliki kedudukan tertinggi karena dibentuk berdasarkan “The general will” (volonte generale) dari rakyat yang memiliki wakil-wakil di parlemen yang dipilih berdasarkan pemilu yang bebas (demokratis). Bahwa hukum harus mencerminkan kehendak rakyat melalui wakil-wakilnya yang dipilih secara demokratis telah ditekankan pula oleh International Congress of Jurist di New Delhi tahun 1959.<sup>40)</sup> Berdasarkan gejala itu pula Juniarto akhirnya sepakat bahwa kedaulatan hukum tak dapat dipisahkan dengan kedaulatan rakyat.<sup>41)</sup> Hukum yang tergolong secondary rules yang mengatur eksistensi suatu kekuasaan dan mengatur cara bagaimana kekuasaan itu dijalankan yang oleh Raz disebut sebagai P-Laws (Conferring Power Laws) dalam kaitan dengan ajaran kontrak sosial dari Rousseau mempunyai makna yang spesifik. Karena hanya hukum jenis itulah yang dapat menjamin kebebasan individu oleh kelompok bersamanya (the whole/the association) setelah para individu itu menyerahkan hak-hak alamiahnya dalam suatu kontrak kepada “the whole” untuk diatur melalui “the general will”<sup>42)2)</sup>. Oleh karena itu amatlah tepat jika hukum jenis itu diidentifikasi sebagai batas mutlak kebebasan kekuasaan kehakiman yang akan diuraikan lebih lanjut dalam Bab IV.

## 5. Teori Pembagian Kekuasaan

Teori Pembagian Kekuasaan telah diuraikan secara panjang lebar pada Bab II di depan. Pada bagian ini tidak diuraikan lagi hal ikhwal, asal dan perkembangan teori itu dengan maksud agar tidak terjadi duplikasi uraian. Bagian ini hanya akan menekankan bahwa Teori Pembagian Kekuasaan dapat dijadikan landasan bagi pembahasan batas eksternal-institusional kebebasan kekuasaan kehakiman.

Sebagaimana telah diuraikan pada Bab II di depan tujuan utama teori itu adalah untuk mencegah kesewenang-wenangan penguasa sebagai akibat menumpuknya tiga kekuasaan dalam satu tangan seperti juga disinggung oleh C.F. Strong bahwa semula rajalah yang memegang ketiga kekuasaan sekaligus; “originally the king was the law-giver, the executor of the law, and the judge).<sup>43)</sup>

Ditinjau dari segi kepentingan pembatasan kekuasaan, setelah ketiga kekuasaan dipisah-pisahkan maka satu kekuasaan haruslah dianggap sebagai batas kekuasaan lainnya. Artinya kekuasaan kehakiman dibatasi oleh kekuasaan legislatif dan demikian sebaliknya. Lebih jauh berarti pemegang kekuasaan kehakiman tidak dapat menjalankan kekuasaan legislatif dan demikian sebaliknya. Meski kemudian teori pemisahan kekuasaan itu disempurnakan oleh konsep “Check and Balances” sehingga berubah menjadi Teori Pembagian Kekuasaan, namun konsep itu hanya bersifat suplemen karena secara fundamental masing-masing kekuasaan masih tetap

menjalankan fungsi pokoknya. Secara lebih konkrit dapat dijelaskan, dengan konsep “Check and Balance” misalnya tidak mengubah fungsi pokok Senate di AS sebagai lembaga pembuat UU, meski ia memiliki kekuasaan (sampingan) melakukan impeachment, ataupun konsep itu tidak mengubah fungsi pokok Presiden AS sebagai lembaga eksekutif meski ia memiliki kekuasaan sampingan berupa dapat memveto rancangan UU yang telah disetujui Kongres. Tepat apa yang dikatakan K.C. Wheare bahwa konsep “Check and Balances” tidak menghapuskan hakikat teori pemisahan kekuasaan malainkan sekedar menyempurnakannya karena memang tidak ada teori pemisahan kekuasaan bisa berlaku secara sempurna (these few examples are enough to show that there is no a complete separation....).<sup>44)</sup>

Analog dengan contoh-contoh yang terjadi di Amerika, untuk Indonesia sepanjang menyangkut batas kekuasaan kehakiman dapat dicermati ketentuan Pasal 14 ayat 1 UU No. 14 tahun 1970 yang terkesan memberi kekuasaan sampingan pada pengadilan untuk merumuskan hukum berhubung pengadilan tidak boleh menolak perkara dengan alasan hukum tidak ada atau kurang jelas. Dengan “Check and Balances” seperti itu tidaklah berarti pengadilan (kekuasaan kehakiman) dapat membuat, merubah, mengurangi atau menambah UU yang dengan hal itu berarti menyerobot fungsi pokok kekuasaan legislatif di satu sisi, dan di sisi lain berarti mengaburkan fungsi pokok kekuasaan kehakiman sebagai penerap hukum (law enforcement). Kekuasaan sampingan itu harus diartikan terbatas pada kewenangan

menafsirkan UU yang kurang jelas, atau menciptakan kaidah hukum khusus yang hanya berlaku secara individual atau "individual norm" (meminjam istilah Kelsen) dan bukan menciptakan kaidah umum atau "general norm" (kembali meminjam istilah Kelsen).<sup>45)</sup>

Dari uraian itu tampak jelas bahwa apa yang merupakan fungsi pokok suatu kekuasaan tidak dapat diambil alih oleh kekuasaan lain. Jika hal ini terjadi hakikat ajaran pemisahan kekuasaan akan menjadi kabur dan pada analisis terakhir ia sama sekali tidak akan mempunyai makna apa-apa. Meski muncul kemudian konsep "Check and Balances" namun tetap konsep ini tak dapat membenarkan pengambilalihan atau penyerobotan suatu fungsi pokok kekuasaan oleh kekuasaan lain. Dengan demikian mudah dapat dipahami bahwa satu kekuasaan sesungguhnya bersifat membatasi kekuasaan lainnya. Pandangan ini sehaluan dengan JR Sunaryo yang menganggap bahwa buku Montesquieu yang berjudul "The Spirit of The Laws" sesungguhnya berbicara tentang batas kekuasaan antara satu kekuasaan dengan kekuasaan lainnya dalam paradigma Trias Politica. Itu sebabnya ia menterjemahkan judul asli buku Montesquieu itu ke dalam bahasa Indonesia berupa "Membatasi Kekuasaan, Telaah Mengenai Jiwa UU", karena menurut Montesquieu jika kekuasaan tidak dibatasi dengan cara memisah-misah satu sama lain maka akan timbul kesewenang-wenangan.<sup>46)</sup>

Bahwa ajaran pemisahan kekuasaan dari Montesquieu pada akhirnya menimbulkan konsep pembatasan kekuasaan diakui pula oleh Maurice Duverger dengan mengatakan :<sup>47)</sup>

“Perihal itu telah kami kemukakan pula perkataan Montesquieu yang termashur karena tegas dan singkatnya : “Kekuasaan membatasi kekuasaan ..... pembagian kekuasaan hendaknya dipahamkan dalam arti istilah itu.....” (Garis bawah dari penulis)

Bertitik tolak dari pernyataan M. Duverger itu maka dapat dikonstatir bahwa batas-batas institusional kebebasan kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan institusi (lembaga) legislatif sepanjang berkaitan dengan legal-descretion (diskresi penciptaan hukum) dalam kerangka law-making power dari pengadilan.

## 6. Konsep Judicial Self Restraint

“Judicial self restraint” berarti : <sup>48)</sup>

“Self-imposed discipline by judges in deciding cases without permitting themselves to indulge their own pesonel views or ideas which may be inconsistent with existing decisional or statutory law”.

Itu berarti judicial self-restraint adalah suatu pengendalian diri hakim dalam memutus perkara jangan sampai ia menuruti pandangannya sendiri (subyektivitas) yang bertentangan dengan jurisprudensi (decisional law) atau Undang-Undang (statutory law). Dengan demikian secara singkat “judicial self-restraint” dapat diartikan sebagai pengendalian diri hakim dalam menjalankan profesi mengadili atau “pengendalian diri hakim” saja. Tujuan utama konsep ini adalah untuk mewujudkan putusan hakim yang obyektif.

Konsep judicial self-restraint atau ‘pengendalian diri hakim’ mendapat tempat terhormat dalam dunia peradilan di Amerika Serikat. Salah seorang eksponen terkemuka dari konsep ini adalah Hakim Agung Felix Frankfurter;

“Among recent justices, Felix Frankfurter was the most eloquent exponent of judicial self restraint”, demikian kata Grossman & Wells. Menurut mereka, Felix Frankfurter dengan sangat gigih menekankan perlunya konsep ini dipegang teguh oleh para hakim, pada saat Frankfurter menentang (dissenting) putusan MA AS dalam perkara *West Virginia Board of Education V Barnette* (1943). Dalam putusan itu MA membenarkan seorang anak pemeluk agama Kristen Saksi Jahova tidak menghormat kepada bendera AS saat upacara bendera di sekolah, dengan alasan agama mereka melarang hal itu.<sup>49)</sup>

Mengingat bahwa hakim adalah seorang manusia biasa yang tak luput dari unsur subyektivitas dalam memutus perkara, maka dengan selalu berpegang pada konsep “judicial self restraint” subyektivitas putusan akan dapat ditekan sekecil mungkin atau bahkan dihilangkan sama sekali. Dengan demikian maka dalam tulisan ini konsep “judicial self-restraint” dikedepankan sebagai landasan teoritis konseptual dalam menjelaskan batas internal-etikal kebebasan kekuasaan kehakiman. Disadari bahwa batas internal-etikal ini kurang memiliki nilai juridis-normatif namun diyakini justru batas itu merupakan kunci pokok bagi pentaatan terhadap batas-batas lainnya yakni batas normatif dan batas eksternal-institusional.

## CATATAN

<sup>1)</sup> M. Duverger, Maurice; Teori Dan Praktek Tata Negara, Terjemahan Anonim, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1993, h. 51.

<sup>2)</sup> C.F. Strong OBE, Modern Political Constitution, Sidgewick & Jackson Limited, London, 1952, h. 527.

<sup>3)</sup> M.J. Perry, Morality, Politic And Law, Oxford University Press, New York, Oxford, 1988, h. 181.

<sup>4)</sup> H.C Black, Black's Law Dictionary, St. Paul Minn, West Publishing Co, 1979, h. 763.

<sup>5)</sup> H.C Black, Ibid, h. 762.

<sup>6)</sup> H.C Black, Ibid, h. 763.

<sup>7)</sup> H.C Black, Ibid, h. 762.

<sup>8)</sup> Istilah "hakim" dan "pengadilan" memiliki arti yang sama dalam kaitan dengan proses penerapan hukum. Hal ini dikemukakan oleh Hayt and Hayt dalam bukunya yang berjudul "Legal Aspect of Medical Record", 1964 halaman 105. Disitu dikatakan bahwa kedua isitlah itu dapat digunakan silih berganti (the word "court" and "judge" are often used interchangeably).

<sup>9)</sup> H. Kelsen, General Theory of Law And State, Russel & Russel, New York, 1961, h. 275, (I).

<sup>10)</sup> Mac Iver, The Modern State, Oxford University Press, London, 1950, h. 19.

<sup>11)</sup> Sudikno Mertokusumo, Bunga Rampai Ilmu Hukum, Liberty, Yogyakarta, 1984, h. 139. (I).

<sup>12)</sup> Max Boli Sabon, Ilmu Negara, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1992, 124.

- <sup>13)</sup> A. Th. Peperzak, The Ideal Of Law, Universitiet Op Nijmegen, 1971, h. 43.
- <sup>14)</sup> Brierly; Law of Nations, Clarendon Press, Oxford, 1958, h. 11
- <sup>15)</sup> Mac Iver, Op.Cit., h. 62-63.
- <sup>16)</sup> H V Maarseveen & Ger Van der Tang, Written Constituions A Computerized Comparative Study, Oceana Publications Inc, Dobbs Ferry, New York, Alphen aan den Rijn, Netherlands, 1978, h. 276.
- <sup>17)</sup> E N Van Kleffens, Sovereignty In International Law, A W Sijthoft, Leyde (Pays-Bas), 1954, h. 9 – 10.
- <sup>18)</sup> R Boedisoesetya, Kedaulatan Rakyat Dalam Hukum Positif Indonesia, Pidato Penerimaan Jabatan Guru Besar Luar Biasa Dalam Mata Kuliah Hukum Tata Negara dan Hukum Tata Pemerintahan FH UNAIR, Tgl. 10 November 1958, Surabaya, h. 8.
- <sup>19)</sup> Mochtar, Kusumaatmadja, Pengantar Hukum Internasional, Bina Cipta, Bandung, 1976, h. 15.
- <sup>20)</sup> Sri Soemantri, Penerapan Kedaulatan Rakyat Dalam Kehidupan Bernegara Berdasarkan Pancasila Dan UUD 1945, Dalam “Butir-Butir Gagasan Tentang Penyelenggaraan Hukum Dan Pemerintahan Yang Layak”, Editor Arief Sidharta et al; PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, h. 447.
- <sup>21)</sup> Soehino, Ilmu Negara, Liberty, Yogyakarta, 1980, h. 152 – 160.
- <sup>22)</sup> Muchtar Affandi, Ilmu-Ilmu Kenegaraan, Alumni Bandung, 1971, h. 164-121.
- <sup>23)</sup> Muchtar Affandi, Ibid, h. 166-167.
- <sup>24)</sup> Muchtar Affandi, Ibid.
- <sup>25)</sup> Wirjono Projododikoro, Hukum Negara Dan Politik, Orasi Pada Dies Natalis XVI, UNPAR, 3 April 1971, Bandung, h. 11.
- <sup>26)</sup> Sri Soemantri, Op.Cit., h. 450.
- <sup>27)</sup> A Th. Peperzak, Op.Cit., h. 29.



- <sup>28)</sup> G.H. Sabine, Teori-Teori Politik I, Terjemahan Soewarno Hadiatmodjo, Bina Cipta, Jakarta, 1963, h. 93.
- <sup>29)</sup> S Toto Pandoyo, Ulasan Beberapa Ketentuan UUD 1945, Liberty, Yogyakarta, 1981, h. 146.
- <sup>30)</sup> F Isjwara, Pengantar Ilmu Politik, Bina Cipta, Bandung, 1978, h. 116.
- <sup>31)</sup> JJ Rousseau The Social Contract And Discourses, Translated by GDH Cole, JM Dent & Sons Ltd, London, 1958, h. 15.
- <sup>32)</sup> JJ Rousseau, Op.Cit., h. 13.
- <sup>33)</sup> E Bodenheimer Jurisprudence, The Philosophy and Method Of The Law, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1962, h. 55 – 56.
- <sup>34)</sup> JJ Rousseau, Op.Cit., h. 13.
- <sup>35)</sup> JJ Rousseau, Loc.Cit., h. 30.
- <sup>36)</sup> M Affandi, Op.Cit., h. 167.
- <sup>37)</sup> G W Paton A Text Book On Jurisprudence, Editor Arief S, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, Tanpa Tahun, h. 127.
- <sup>38)</sup> JJ Rousseau, Op.Cit., h. 33-34.
- <sup>39)</sup> N Wabl, The French Parliament From Last World To Afterthought, Dalam “Law Makers In A Changing World”, Editor Elke Frank et al; Prentice Hall, New Jersey, 1980, h. 49.
- <sup>40)</sup> Oemar Seno Adji, Indonesia Negara Hukum, Simposium UI, Jakarta, tgl. 6-8 Mei 1966.
- <sup>41)</sup> Joeniarto, Asas-Asas Hukum Tata Negara, Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta, 1968, h. 16.
- <sup>42)</sup> Di Indonesia sarjana yang tampak jelas menganut ajaran kontrak sosial dari Rousseau dengan inti konsep ‘the general will’ adalah Prof. Nasroen. Dalam bukunya “Asal Mula Negara” dikatakan bahwa Negara berasal dari kemauan bersama. Lihat lebih jauh halaman 165-167 buku tersebut.
- <sup>43)</sup> C.F. Strong, Op.Cit., h. 214.

<sup>44)</sup> K.C. Wheare, Modern Constitution, Oxford University Press, London, New York, Dst, 1975, h. 26.

<sup>45)</sup> H. Kelsen, General Theory Of Norm, Translated By Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford, 1991, h. 50, (II).

<sup>46)</sup> Montesquieu, Membatasi Kekuasaan Telaah Mengenai Jiwa Undang-Undang; Terjemahan JR Sunaryo, PT Gramedia Pustaka Utama & Yayasan Kartika Sarana, Jakarta, 1993, h. 45.

<sup>47)</sup> M. Duverger, Op.Cit., h. 54.

<sup>48)</sup> H.C. Black, Op.Cit., h. 762.

<sup>49)</sup> JB Grossman, & KS Wells, Constitutional Law And Judicial Policy Making, J Wiley & Sons, New York, 1980, 129.

## **BAB IV**

### **BATAS NORMATIF KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN**

#### **1. Batas Normatif Absolut**

Dalam uraian Bab II sub 7 di depan telah disinggung tentang kekuasaan kehakiman harus mentaati hukum yang mengatur kekuasaan kehakiman itu sendiri terutama yang berupa hukum acara.<sup>1)</sup> Keharusan itu dapat dipulangkan pada landasan Teori Kedaulatan Hukum dan Kedaulatan Rakyat, seperti telah diacu di depan. Teori Kedaulatan Hukum yang menempatkan hukum pada tempat yang tertinggi (the zenith) mengharuskan setiap kekuasaan (termasuk kekuasaan kehakiman) harus tunduk pada hukum yang khusus berfungsi mengatur kekuasaan itu sendiri. Hukum yang demikian harus ditaati, dapat pula dicari nalarnya pada Teori Kedaulatan Rakyat karena menurut teori ini hukum adalah kehendak bersama rakyat (the general will) seperti apa yang dikemukakan oleh tokoh terkenal teori ini yakni JJ Rosseau (lihat kembali uraian Bab III di depan).

Dalam tatanan konseptual, argumentasi bahwa hakim (kekuasaan kehakiman) harus mentaati hukum acara dapat diformulasikan berdasarkan inti konsepsi Raz, Hart, Mc Iver, K.C. Wheare, Hans Kelsen dan C.F. Strong.

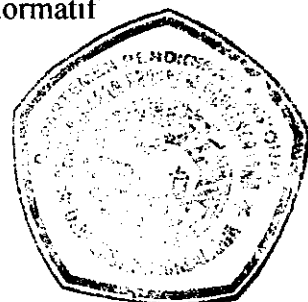
Sebagaimana diketahui hukum acara menurut Raz tergolong hukum yang mengatur kekuasaan yang disebutnya dengan istilah "the rules of conferring power" atau P-Laws.<sup>2)</sup> Oleh karena hukum acara mengatur kekuasaan kehakiman maka Hart menyatakan bahwa hukum itu hakikatnya mengatur prosedur mengadili yang harus diikuti hakim atau "such rules will also define the procedure to be followed".<sup>3)</sup> Mac Iver menegaskan bahwa hukum yang mengatur kekuasaan terutama hukum acara adalah bagian dari konstitusi, bahwa the mode of procedure of the court them selves is part of the constitution.<sup>4)</sup> Untuk lebih memperjelas bahwa hukum acara merupakan bagian dari konstitusi, K.C. Wheare berpendapat bahwa UU yang mengatur hukum acara maupun organisasi kekuasaan kehakiman adalah bagian (organ) dari konstitusi. UU demikian disebutnya sebagai UU organik yang tak dapat dipisahkan dari konstitusi, "no constitution can be properly understood unless its relation on the organic law is appreciated".<sup>5)</sup> Hans Kelsen lebih tegas lagi dalam memandang kedudukan sebuah hukum acara dalam suatu sistem hukum. Oleh karena hukum acara mengatur kekuasaan kehakiman berupa pengaturan prosedur mengadili bagi hakim dalam rangka menciptakan norma individual (isi putusan) maka hukum acara seperti itu adalah suatu konstitusi; tentang ini perlu dikutip sekali lagi ucapan Kelsen sebagai berikut : ..... "thus a statute regulating the procedure by which law-applying organs, court in particular create individual norms, is a constitution".<sup>6)</sup> (Garis bawah dari penulis). Suatu konstitusi menurut C.F. Strong adalah seperangkat

peraturan hukum yang pasti yang mengatur cara kerja ketiga fungsi kekuasaan pemerintahan ; .....”definate set of rules and regulation of government”.<sup>7)</sup> Oleh karena hukum acara mengatur pelaksanaan salah satu fungsi dari tiga fungsi kekuasaan Negara, maka berdasarkan konsepsi Strong itu, hukum acara adalah hukum konstitusi. Pandangan Strong ini sangat cocok dengan pandangan Kelsen. Dengan menyepakati bahwa hukum acara adalah konstitusi dalam arti luas atau setidaknya-tidaknya bagian dari hukum konstitusi maka mudah dapat dipahami bahwa kekuasaan kehakiman harus sepenuhnya tunduk kepada hukum konstitusi.

Persepsi Mc Iver, K.C. Wheare, Hans Kelsen dan C.F. Strong tentang kedudukan hukum acara mendapat dukungan kuat dari Hakim Agung Douglas. Douglas sama sekali tidak mengkhawatirkan Mahkamah Agung dan pengadilan lainnya menjelma menjadi tirani asalkan mereka tunduk pada hukum acara yang setara konstitusi. Artinya, kapan MA melanggar hukum acara pada saat itulah akan muncul tirani judicial. Tentang hubungan hukum acara dengan tirani judicial, Justice Douglas seperti dikutip D.B. James mengatakan :<sup>8)</sup>

“Nevertheless he did no overlook the possibility of judicial tyranny. Therefore, he stressed the importance of the procedural safeguards in the bill of right. The court was be independen of the other branches of government, but carefully restricted by constitutional prescription of procedure”. (Garis bawah dari penulis)

Dengan mengkonsepsikan bobot hukum acara setara dengan bobot hukum konstitusi maka akhirnya dapat ditegaskan bahwa batas normatif



absolut kebebasan kekuasaan kehakiman Indonesia adalah hukum acara. Karakter absolut itu muncul karena pelanggaran terhadap hukum acara menyebabkan tidak syahnya putusan pengadilan.

Hukum acara sebagai batas normatif absolut memerlukan klarifikasi lebih lanjut berkaitan dengan persoalan : pertama, perlu pembuktian bahwa hukum acara betul-betul bersifat *conferring power* (P-Laws) yang mengatur kekuasaan sehingga dapat dianggap bagian dari hukum konstitusi; kedua, terkait dengan yang pertama, oleh karenanya, maka hukum acara tidak dapat dideskresi (durubah) oleh pengadilan.

### **1.1. Hukum Acara Sebagai Pengatur Kekuasaan (P-Laws).**

Untuk memperoleh keyakinan bahwa hukum acara adalah hukum yang bersifat “*conferring power*” perlu diadakan telaah (penelitian) terhadap isi hukum acara itu. Pentingnya upaya penelitian terhadap isi hukum, penulis dasarkan pada konsepsi Mashab Hukum Analitis (*analytical school of jurisprudence*) yang mengidentifikasi adanya empat persoalan hukum yang perlu dijelaskan oleh Mashab Hukum itu. Menurut J. Raz (seorang penganut Mashab “*Analytical Jurisprudence*”), keempat persoalan itu adalah : *the problem of existence* (persoalan eksistensi hukum), *the problem of identity* (persoalan tentang identitas hukum) | *the problem of structure* (pesoalan struktur hukum ); dan *the problem of content* (persoalan isi hukum).<sup>9)</sup>

Dalam kaitan dengan tulisan ini persoalan keempat yakni “the problem of content” perlu mendapat perhatian untuk menjawab pertanyaan apakah hukum acara itu termasuk P-Laws (sesuai persepsi Raz) sehingga ia merupakan bagian hukum konstitusi (sesuai persepsi Iver, Kelsen dan Strong) dan oleh karena itu ia harus dipahami sebagai batas normatif absolut kebebasan kekuasaan kehakiman.

Teknis pembuktian (telaah) bahwa hukum acara adalah P-Laws dilakukan dengan cara : pertama-tama meneliti bunyi masing-masing pasal, kemudian akan diketemukan pasal-pasal yang mengatur ragam kekuasaan dan akhirnya disimpulkan bahwa hukum acara tertentu memang benar merupakan “rules of conferring power” (P-Laws). Pasal-pasal yang bersifat conferring power akan disajikan dalam tabel-tabel yang menggambarkan kondisi semua jenis hukum acara yang ada dalam sistem hukum Indonesia. Berdasarkan hukum positif yang berlaku dewasa ini, dalam sistem hukum Indonesia terdapat 6 jenis hukum acara yakni : Hukun Acara Pidana, Hukun Acara Perdata, Hukun Acara Mahkamah Agung, Hukun Acara Peradilan Agama, Hukun Acara Peradilan Militer, dan Hukun Acara Peradilan Tata Usaha Negara.

## **1.2. Hukum Acara Pidana Sebagai P-Laws**

Hukun Acara Pidana tertuang dalam Undang-Undang No. 8 tahun 1981. Pasal 285 UU tersebut berbunyi : “Undang-Undang ini disebut Kitab Undang-Undang Hukun Acara Pidana”. Menurut Pasal 286 kata-kata

“Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana” disingkat menjadi “KUHAP”.

KUHAP terdiri dari 22 Bab yang meliputi 286 pasal. Setelah diadakan penelitian terhadap keseluruhan isi pasal maka pasal-pasal yang mengatur kekuasaan (*conferring power*) dapat disajikan dalam tabel berikut ini.

Tabel 7.

**Pasal-Pasal KUHAP Yang Bermuatan  
“Conferring Power”**

<b>Pasal</b>	<b>Ragam Kekuasaan</b>	<b>Subyek Kekuasaan</b>
5	Kewenangan melakukan penyelidikan	Polisi
7 dan 10	Kewenangan melakukan penyidikan	Polisi, PNS
13 s/d 15	Kewenangan melakukan penuntutan dan melaksanakan penetapan hakim.	Jaksa
16 s/d 19	Kewenangan melakukan penangkapan dalam rangka pelaksanaan penyelidikan/penyidikan	Polisi
20 s/d 31	Kewenangan melakukan penahanan dalam rangka pelaksanaan penyidikan, penuntutan dan pemeriksaan	Polisi Jaksa Hakim
32 s/d 37	Kewenangan melakukan	Polisi



Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
38 s/d 46	<p>pengeledahan dalam rangka pelaksanaan penyidikan</p> <p>Kewenangan melakukan penyitaan dalam rangka pelaksanaan penyidikan atas ijin Ketua PN</p>	Polisi
47 s/d 49	<p>Kewenangan melakukan pemeriksaan surat dalam rangka pelaksanaan penyidikan atas ijin Ketua PN.</p>	Polisi
67	<p>Kewenangan minta banding kecuali terhadap putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan hukum .</p>	Jaksa
70	<p>Kewenangan memberi peringatan, mengawasi, melarang penasehat hukum yang menyalahgunakan haknya dalam berhubungan dengan tersangka</p>	<p>Polisi Jaksa Petugas Lembaga Pemasyarakatan</p>
71	<p>Kewenangan mendengar isi pembicaraan penasehat hukum dengan terdakwa dalam hal perkara menyangkut keamanan Negara.</p>	<p>Polisi Jaksa Petugas Lembaga Pemasyarakatan</p>
74	<p>Kewenangan negasi berupa larangan pengurangan kebebasan penashiat hukum dalam berhubungan dengan</p>	<p>Polisi Jaksa Petugas Lembaga Pemasyarakatan</p>

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
	tersangka bila perkara telah dilimpahkan ke pengadilan.	
75	Kewenangan mutlak berupa keharusan membuat berita acara selesai melaksanakan tugas.	Polisi Jaksa
77 s/d 83	Kewenangan melakukan praperadilan	Hakim Pengadilan Negeri
84 s/d 86	Kewenangan mengadili segala perkara pidana pada tingkat pertama	Hakim Pengadilan Negeri
87	Kewenangan mengadili perkara pada tingkat banding	Hakim Pengadilan Tinggi
88	Kewenangan mengadili perkara pidana pada tingkat kasasi	Hakim Mahkamah Agung
89	a) Kewenangan mengadili perkara koneksitas. b) Kewenangan melakukan penyidikan dalam perkara koneksitas.	Hakim Peradilan Umum  Polisi bersama-sama Polisi Militer
90	Kewenangan meneliti, apakah suatu perkara koneksitas diadili oleh	Jaksa/Jaksa Tinggi Bersama-sama Oditur Militer/Orditur Militer

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
	Peradilan Umum atau Peradilan Militer.	Tinggi
93	Kewenangan menyelesaikan perbedaan pendapat antara Kejaksaan dan Oditurat Militer.	Jaksa Agung Bersama-sama Oditur Jenderal Militer
94	Kewenangan mengangkat hakim anggota bila perkara koneksitas diadili Peradilan Umum atau Peradilan Militer.	Menteri Kehakiman
102 s/d 136	Pengaturan tata cara penggunaan kewenangan penyelidikan/penyidikan	Polisi
137 s/d 144	Pengaturan tata cara penggunaan kewenangan penuntutan	Jaksa
145 s/d 232	Pengaturan tata cara penggunaan kewenangan mengadili/memeriksa perkara tingkat pertama	Hakim Pengadilan Negeri
233 s/d 258	Pengaturan tata cara penggunaan wewenang mengadili/pemeriksaan perkara di tingkat banding dan kasasi.	Hakim Pengadilan Tinggi Hakim Mahkamah Agung
259 s/d 269	Pengaturan tata cara penggunaan kewenangan mengadili yang berkaitan dengan peninjauan kembali <sup>10)</sup>	Hakim Mahkamah Agung

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
270 s/d 276	Pengaturan tata cara penggunaan kewenangan pelaksanaan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap.	Jaksa
277 s/d 283	Pengaturan tatacara melakukan kewenangan pengawasan dan pengamatan pelaksanaan putusan pengadilan.	Hakim Pengawas/ Pengamat
242 Pasal	Berbagai Kekuasaan	Berbagai Subyek Kekuasaan

Sumber : KUHAP

Dari tabel di atas dapat diadakan perincian lebih lanjut yakni : KUHAP yang terdiri dari 286 Pasal ternyata sebanyak 242 Pasal mengatur tentang wewenang dan tata cara melaksanakan wewenang itu. Subyek kekuasaan yang diatur wewenangnya itu berupa Polisi, Jaksa, Hakim, Petugas Lembaga Pemasyarakatan, Polisi Militer, Oditur Militer, Jaksa Agung, Oditur Jendral Militer, Dan Menteri Kehakiman. Sisanya sebanyak 44 Pasal mengatur berbagai substansi yakni tentang Pengertian-Pengertian, Penegasan-Penegasan, Hak Asasi Manusia, Ketentuan Peralihan Dan Ketentuan Penutup. Meski sisanya itu tidak mengatur tentang wewenang (conferring power) namun substansi yang diaturnya itu tidak kalah

pentingnya dengan substansi wewenang (misalnya tentang HAM) karena justru tujuan akhir diaturnya wewenang itu adalah untuk melindungi HAM. Satu persepsi yang perlu dikedepankan; berdasarkan tabel di atas telah terbukti bahwa KUHAP betul-betul merupakan “Rules of Conferring Powers” (P-Laws) yang harus ditaati oleh kekuasaan kehakiman, konkritnya oleh Hakim Pengadilan Negeri, Hakim Pengadilan Tinggi dan Hakim Mahkamah Agung dalam melaksanakan fungsi pokoknya yakni fungsi mengadili (*rechtsprekende functie*).

### **1.3. Hukum Acara Perdata Sebagai P-Laws**

Seperti dikutip oleh K. Wantjik Saleh, Wirjono Prodjodikoro memberikan batasan mengenai Hukum Acara Pidana sebagai rangkaian peraturan-peraturan yang memuat cara bagaimana orang harus bertindak terhadap dan di muka pengadilan dan cara bagaimana pengadilan itu harus bertindak untuk melaksanakan berjalannya peraturan-peraturan hukum perdata.<sup>11)</sup>

Dari batasan itu terlihat bahwa Hukum Acara Perdata sebagai rangkaian peraturan-peraturan yang memuat cara bagaimana orang harus bertindak terhadap dan di muka pengadilan dan cara bagaimana pengadilan itu harus bertindak untuk melaksanakan berjalannya peraturan-peraturan hukum perdata.<sup>12)</sup>

Dari batasan itu terlihat bahwa substansi Hukum Acara Perdata terdiri dari dua bagian penting yakni, pengaturan tindakan pescorangan dalam berperkara untuk mendapatkan perlindungan HAM (hak ekonomi, sosial dan budaya) dan pengaturan wewenang hakim (pengadilan) dalam mengadili perkara agar wewenang itu tidak dilakukan secara sewenang-wenang.

Kedua bagian substansi hukum acara perdata memiliki nilai yang sama pentingnya karena pada analisis terakhir kedua substansi itu ujung-ujungnya adalah bertujuan untuk melindungi hak asasi manusia yang berupa hak/kebebasan pribadi dari penggugat dan tergugat. Dengan kata lain, dalam memeriksa perkara perdata hakim dan aparat lainnya tidak dapat bertindak semena-mena melanggar hak asasi penggugat maupun tergugat.

Untuk jelasnya berikut ini disajikan Tabel Tentang Pasal-Pasal Hukum Acara Perdata yang merupakan P-Laws (Conferring Power). Pasal-Pasal itu diambil dari RBg (142 s/d 314) dan HIR (118 s/d 177) yang masih berlaku hingga dewasa ini.<sup>13)</sup>

Tabel 8

**Pasal-Pasal Hukum Acara Perdata  
Yang Bermuatan “Conferring Power”**

<b>Pasal</b>	<b>Ragam Kekuasaan</b>	<b>Subyek Kekuasaan</b>
142 RBg/118 HIR	Wewenang menerima surat gugatan	Ketua Pengadilan Negeri
143 RBg/119 HIR	Wewenang memberi nasihat dalam pengajuan gugatan	Ketua Pengadilan Negeri
143a RBg/120a HIR	Wewenang memperingatkan penggugat perlunya mencantumkan isi putusan Hakim Perdamaian Desa	Ketua Pengadilan Negeri
144 s/d 146 RBg/120 s/d 122 HIR	Kewenangan menerima gugatan lisan, penetapan hari sidang, pemanggilan	Panitera Ketua PN
147, 148 RBg/123, 124 HIR	Kewenangan membuat surat kuasa, bertindak sebagai kuasa pemerintah, dan lain-lain	Notaris Panitera Jaksa
149 s/d 154 RBg/125 s/d 130 HIR	Kewenangan memutus verstek, menjalankan putusan perlawanan verstek, mengupayakan perdamaian	Hakim  Ketua Pengadilan Negeri
156 s/d 158 RBg/131 s/d 132b HIR	Kewenangan memeriksa perkara perdata, termasuk gugatan rekonsvansi	Hakim
159 s/d 162 RBg/133 S/d 136 HIR	Kewenangan nisbi, kewenangan mutlak, kewenangan pemeriksaan	Hakim (pengadilan)

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
163 s/d 168 RBg/137 s/d 142 HIR	segara, kewenangan minta putusan hakim perdamaian desa.	Ketua PN
163 s/d 168 RBg/137 s/d 142 HIR	Kewenangan pemeriksaan surat, memanggil saksi, menghukum saksi, memanggil saksi dengan bantuan polisi	Hakim Polisi
169 s/d 179 RBg/ 143 s/d 152 HIR	Kewenangan memeriksa saksi-saksi, mencatat semua keterangan saksi yang diucapkan dipersidangan	Hakim Panitera
180 RBg/153 HIR	Kewenangan mengangkat komisaris untuk keperluan pemeriksaan setempat	Ketua PN
181 RBg/154 HIR	Kewenangan memeriksa saksi ahli	Hakim
182 s/d 185 RBg/155 s/d 158 HIR	Kewenangan memerintahkan masing-masing pihak mengangkat sumpah, menilai alat bukti sumpah, menentukan cara bersumpah dan lokasi sumpah	Hakim
186 s/d 191 RBg/159 s/d 180 HIR	Kewenangan mengundurkan sidang, menetapkan persekot ongkos perkara, bermusyawarah, konsistensi isi gugatan, mengumumkan putusan.	Hakim Panitera Ketua PN



Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
192 s/d 194 RBg / 181 s/d 183 HIR	Kewenangan sekitar penentuan ongkos perkara	Hakim
195 s/d 198 RBg / 184 s/d 187 HIR	Kewenangan membuat putusan berikut menandatangani putusan	Ketua Manjelis Hakim
199 s/d 205 RBg	Kewenangan memeriksa perkara tingkat banding	Hakim Pengadilan Tinggi
206 s/d 207 RBg / 195 s/d 196 HIR	Kewenangan menjalankan putusan	Ketua PN
208 s/d 241 RBg / 197 208 HIR	Kewenangan melakukan penyitaan, penjualan barang sitaan dan lain-lain.	Panitera
242 s/d 257 RBg / 209 223 HIR	Kewenangan melakukan penyanderaan	Ketua PN
258 s/d 259 RBg / 224 s/d 225 HIR	Kewenangan menilai surat hipotik/surat hutang, menilai dengan uang suatu keuntungan	Hakim
260 s/d 270 RBg / 226 s/d 234 HIR	Kewenangan melakukan sita revindikator, sita jaminan, melakukan pengampuan, memerintahkan pemeliharaan (gesticht) bagi orang sakit jiwa.	Ketua PN
271 s/d 281 RBg / 235 s/d 245 HIR	Kewenangan berperkara dengan tanpa ongkos, dan	Balai Harta Peninggalan

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
	kewenangan mengabulkan permintaan berperkara tanpa ongkos.	Hakim
282 s/d 314 RBg / 162 s/d 177 HIR	Kewenangan menilai alat-alat bukti seperti surat, saksi, persangkaan, pengakuan, sumpah; dan pengaturan lebih lanjut cara melaksanakan kewenangan itu.	Hakim
172/59 Pasal	Berbagai kekuasaan	Berbagai subyek kekuasaan

Sumber : HIR & RBG

Dari tabel tersebut nampak jelas bahwa Hukum Acara Perdata (RBg/HIR) yang kini berlaku pada hakikatnya adalah merupakan P-Laws (power conferring rules) yakni peraturan tentang pemberian wewenang dan cara-cara melaksanakan wewenang itu. Tabel itu pula dengan jelas menggambarkan adanya berbagai kekuasaan (penerima wewenang) dalam melakukan proses peradilan.

#### 4.1.4. Hukum Acara Mahkamah Agung Sebagai “P-Laws”

Hukum Acara Mahkamah Agung termuat di dalam Undang-Undang No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Undang-Undang tersebut terdiri dari 5 Bab meliputi 82 Pasal. Jelasnya, Hukum Acara Mahkamah Agung diatur dalam Bab IV dari Pasal 40 hingga Pasal 78 (sebanyak 39

Pasal). Hukum Acara itu hanya berlaku bagi pemeriksaan kasasi dan peninjauan kembali perkara perdata, perkara agama dan perkara tata usaha Negara. (Pasal 46 ayat 1, Pasal 55 ayat 1, Pasal 77 ayat 1). Pemeriksaan kasasi dan peninjauan kembali perkara pidana beraku KUHAP (Pasal 54, Pasal 76), sedangkan untuk pemeriksaan kasasi bagi perkara yang diputus oleh Peradilan Militer berlaku Hukum Acara Peradilan Militer (Pasal 55 ayat 2). Untuk pemeriksaan perkara peninjauan kembali yang sebelumnya diputus oleh Peradilan Militer diberlakukan KUHAP (Pasal 77 ayat 22).

Untuk memastikan bahwa Hukum Acara MA juga merupakan “P-Laws” berikut akan disajikan tabel yang menggambarkan Pasal-Pasal yang bermuatan “conferring power”

Tabel 9

**Pasal-Pasal Hukum Acara MA Yang  
Bermuatan Conferring Power**

<b>Pasal</b>	<b>Ragam Kekuasaan</b>	<b>Subyek Kekuasaan</b>
40	Kewenangan memeriksa dan memutus perkara kasasi	Hakim Mahkamah Agung
41,42	Kewajiban mengundurkan diri dalam perkara tertentu	Hakim MA
44	Kewenangan mengajukan kasasi	Jaksa, Oditur Militer
45	Kewenangan mengajukan kasasi perkara perdata demi kepentingan hukum	Jaksa Agung

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
47	Kewenangan menerima berkas permohonan kasasi, memori kasasi, jawaban memori kasasi.	Panitera Pengadilan Tingkat Pertama
48	a) Kewenangan mengirim berkas-berkas yang berkaitan dengan permohonan kasasi kepada MA. b) Kewenangan mencatat permohonan kasasi dalam buku daftar	Panitera Pengadilan Tingkat Pertama  Panitera Mahkamah Agung
56	Kewenangan memutus sengketa tentang kewenangan mengadili.	Hakim Mahkamah Agung
58	Kewenangan mengajukan permohonan memeriksa dan memutus sengketa kewenangan mengadili dalam perkara pidana.	Jaksa Penuntut Umum
70	Kewenangan memutus permohonan peninjauan kembali	Hakim MA
73	Kewenangan memerintahkan pengadilan untuk melakukan pemeriksaan tambahan, memberi keterangan serta pertimbangan; meminta keterangan kepada Jaksa	Hakim MA

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
11 Pasal	Agung atau pejabat lain yang disertai tugas penyidikan dalam rangka peninjauan kembali.	Berbagai subyek kekuasaan

Sumber : UU No. 14 Tahun 1985.

Dari tabel di atas terlihat bahwa 11 Pasal dari 39 Pasal secara jelas mengatur wewenang tertentu yang diberikan kepada subyek kekuasaan tertentu. Subyek-subyek kekuasaan tersebut terdiri dari Hakim Mahkamah Agung, Jaksa Agung, Jaksa, Oditur Militer, Panitera Mahkamah Agung dan Panitera Pengadilan Tingkat Pertama. Pasal-Pasal yang lain dari 11 Pasal itu adalah Pasal-Pasal yang mengatur lebih lanjut cara bagaimana (prosedur) kewenangan yang tercakup dalam 11 Pasal itu dipergunakan oleh subyek (pemilik) kekuasaan itu. Oleh karena itu maka Pasal-Pasal selain 11 Pasal itu tidak dapat dikatakan lebih rendah bobotnya dari 11 Pasal itu karena Pasal-Pasal itu mengatur penggunaan wewenang yang diterbitkan oleh Undang-Undang No. 14 tahun 1985, khususnya Bab IV tentang Hukum Acara Mahkamah Agung.

#### 4.1.5. Hukum Acara Peradilan Agama Sebagai “P-Laws”

Hukum Acara Peradilan Agama termuat dalam UU No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, pada Bab IV dari Pasal 54 hingga Pasal 91.

Pasal-Pasal yang mengatur wewenang (conferring power) akan disajikan dalam tabel berikut ini :

Tabel 10

**Pasal-Pasal Hukum Acara Peradilan Agama  
Yang Bermuatan “Conferring Power”**

<b>Pasal</b>	<b>Ragam Kekuasaan</b>	<b>Subyek Kekuasaan</b>
54 sd 59	Kewenangan mengadili perkara agama (Islam)	Hakim Pengadilan Agama
60 s/d 63	Kewenangan membuat putusan atau penetapan dalam rangka pelaksanaan kewenangan mengadili.	Hakim Pengadilan Agama
65 s/d 72	Pengaturan kewenangan menadili perkara cerai, talak	Hakim Pengadilan Agama
73 s/d 86	Pengaturan wewenang mengadili perkara cerai gugat	Hakim Pengadilan Agama
87 s/d 88	Pengaturan wewenang mengadili perkara cerai-zina	Hakim Pengadilan Agama
90	Wewenang mengatur besarnya biaya perkara	Menteri Agama dan MA
38 Pasal	Berbagai kekuasaan	Berbagai subyek kekuasaan

Sumber : UU No. 7 Tahun 1989

Dengan memperhatikan tabel tersebut terlihat Hukum Acara Peradilan Agama juga merupakan “P-Laws” (Law of Conferring Power) karena hampir keseluruhan Pasal-Pasalnya mengatur kewenangan mengadili dan hanya satu Pasal yakni Pasal 90 yang mengatur wewenang untuk mengatur besarnya biaya perkara. Subyek kekuasaan yang diatur adalah hakim Pengadilan Agama tingkat pertama maupun tingkat banding, dan Menteri Kehakiman bersama Mahkamah Agung. Dengan demikian dapat diyakini bahwa Hukum Acara Peradilan Agama juga mengatur tentang wewenang.

#### **1.6. Hukum Acara Peradilan Militer sebagai “P-Laws”**

Hukum Acara Peradilan Militer termuat dalam UU No. 31 tahun 1997 tentang Peradilan Militer dari Pasal 69 hingga Pasal 351. Hukum Acara Peradilan Militer menurut UU No. 31 tahun 1997 terbagi atas dua jenis yakni : Hukum Acara Peradilan Militer dan Hukum Acara Tata Usaha Militer. Hukum Acara Peradilan Militer diatur dalam Pasal 69 hingga Pasal 264 (196 Pasal). Hukum Acara Tata Usaha Militer diatur dalam Pasal 265 hingga Pasal 343. Ketentuan lain dan ketentuan peralihan yang masih terkait dengan kedua jenis hukum acara itu diatur dalam Pasal 344 hingga Pasal 351. Pasal-Pasal yang mengandung “conferring power” disajikan dalam tabel berikut ini.

Tabel 11

**Pasal-Pasal Hukum Acara Peradilan Militer  
Yang Bermuatan “Conferring Power”**

<b>Pasal</b>	<b>Ragam Kekuasaan</b>	<b>Subyek Kekuasaan</b>
69 s/d 74	Kewenangan menyidik bagi penyidik dan penyidik pembantu	Atasan yang berhak menghukum (ABM) Polisi militer Provos masing-masing
75 s/d 81	Pengaturan tata cara penggunaan wewenang menyidik yang berupa tindakan penangkapan dan penahanan.	ABM Polisi Militer Provos
82 s/d 95	Pengaturan tata cara penggunaan wewenang menyidik berupa tindakan pengeledahan dan penyitaan	ABM Polisi Militer Provos
96 s/d 98	Pengaturan tata cara penggunaan wewenang menyidik yang berupa tindakan pemeriksaan surat.	ABM Polisi Militer Provos
99 s/d 121	Pengaturan lebih lanjut tentang cara teknis penggunaan wewenang menyidik. Berisi larangan, keharusan dan kewajiban bagi penyidik	ABM Polisi Militer Provos
123 (1)	Wewenang untuk memerintahkan diadakan penyidikan dan menerima laporan penyidikan, memerintahkan upaya	



Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
	paksa, memperpanjang penahanan, menerima/meminta pendapat hukum oditur tentang penyelesaian suatu perkara, menyerahkan perkara ke pengadilan, menentukan penyelesaian perkara menurut hukum disiplin prajurit, menutup perkara demi kepentingan hukum atau kepentingan umum/militer	Perwira penyerah perkara terdiri dari : - Panglima ABRI - KaStaf TNI  - Pangdam  - Danrem
123 (2)	Wewenang menutup perkara hanya oleh pejabat khusus.	Panglima ABRI
124	Wewenang penuntutan	Oditur Militer
125 s/d 131	Pengaturan lebih lanjut wewenang penuntutan dan wewenang penyerahan perkara	Oditur Militer Perwira penyerah perkara
132	Wewenang untuk mengadili perkara pidana militer	Hakim Pengadilan Militer Tingkat Pertama Hakim Pengadilan Militer Tingkat Banding
133 s/d 181	Pengaturan lebih lanjut tata cara penggunaan wewenang mengadili yang berisi penegasan, perintah, larangan dan keharusan, bagi pemilik wewenang (subyek kekuasaan)	Hakim Pengadilan Militer Tingkat Pertama Hakim Pengadilan Militer Tingkat Banding

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
182	Kewenangan melakukan tuntutan pidana	Oditur Militer
183	Kewenangan menggabungkan perkara ganti rugi dengan perkara pidana	Hakim Ketua
184 s/d 187	Pengaturan lebih lanjut tata cara pemeriksaan perkara ganti rugi	Hakim Militer Hakim Militer Tinggi
188 s/d 196	Pengaturan kewenangan mengambil putusan dan tata cara membuat putusan yang berisi pemidanaan atau yang tidak bersisi pemidanaan serta hal ikhwal di sekitar putusan	Hakim Militer  Hakim Militer Tinggi
197	Kewenangan meminta kepada hakim Ketua untuk memerintahkan Panitera mencatat hal-hal khusus.	Oditur Militer
198	Kewenangan mengadili perkara koneksitas  Kewenangan menyidik perkara koneksitas	Hakim Peradilan Umum atau Hakim Peradilan Militer Polisi Militer, Oditur dan Penyidik Peradilan Umum sebagai tim tetap
199	Kewenangan meneliti perkara koneksitas	Jaksa/Jaksa Tinggi bersama Oditur Militer
200 s/d 203	Pengaturan lebih lanjut	Hakim peradilan Umum

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
	kewenangan mengadili perkara koneksitas	dan/atau Hakim Peradilan militer.
204	Kewenangan melakukan pemeriksaan khusus	Hakim Peradilan Pertempuran
205 s/d 210	Pengaturan tata-cara penggunaan kewenangan pemeriksaan khusus	Hakim Militer Pertempuran
211 s/d 214	Kewenangan melakukan pemeriksaan cepat dan tata cara penggunaan wewenang itu.	Hakim Pengadilan Militer Hakim Pengadilan Militer Tinggi
219 s/d 230	Kewenangan mengajukan banding dan memeriksa banding serta pengaturan lebih lanjut kewenangan-kewenangan itu	Oditur Hakim Pengadilan Militer Tingkat Banding
231 s/d 244	Kewenangan mengajukan kasasi dan mengadili kasasi serta pengaturan lebih lanjut kewenangan-kewenangan itu.	Oditur Hakim Mahkamah Agung
245 s/d 247	Kewenangan mengajukan upaya hukum luar biasa berupa permohonan kasasi terhadap putusan yang telah mamiliki kekuatan hukum tetap demi kepentingan hukum	Oditur Jendral
248	Kewenangan mengajukan peninjauan kembali terhadap putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap (kecuali	Oditur

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
249 s/d 253	putusan bebas atau lepas dari tuntutan hukum ); khusus terhadap putusan yang tidak memuat pemidanaan pada hal perbuatan telah terbukti sebagai tindak pidana.	Hakim MA
254	Kewenangan melaksanakan putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap.	Oditur
255 s/d 261	Pengaturan lebih lanjut tata cara penggunaan wewenang itu.	Oditur Petuags Lembaga Pemasyarakatan Militer
262,263	Kewenangan pengawasan dan pengamatan pelaksanaan putusan dan tata cara pelaksanaan kewenangan itu.	Hakim Kepala Pengadilan Beberapa orang hakim pembantu
264	Kewenangan membuat berita acara dalam setiap tindakan dalam melaksanakan kewenangan memeriksa, menangkap, menahan, menggeledah dst.	Penyidik Militer Oditur Militer Hikim Pengadilan Militer
192 Pasal	Berbagai ragam kekuasaan	Berbagai subyek kekuasaan

Sumber : UU No. 31 Tahun 1997

Tabel di atas memperlihatkan bahwa Hukum Acara Peradilan Militer yang terdiri dari 196 Pasal (Pasal 69 hingga Pasal 264) ternyata sebanyak 192 Pasal bermuatan “conferring power” (pengaturan tentang wewenang). Sisanya sebanyak 4 Pasal mengatur tentang bantuan hukum yang juga mempunyai nilai sama dengan Pasal-Pasal “conferring power” karena tujuan Pasal-Pasal itu adalah demi terlindunginya HAM terdakwa.

Masih dalam kaitan dengan Hukum Acara Peradilan Militer, berikut ini akan ditelaah Pasal-Pasal Hukum Acara Tata Usaha Militer yang termuat dalam UU No. 31 tahun 1997, dari Pasal 265 hingga Pasal 349 (sebanyak 84 Pasal).

Tabel 12

**Pasal-Pasal Hukum Acara Tata Usaha Militer  
Yang Bermuatan “Conferring Power”**

<b>Pasal</b>	<b>Ragam Kekuasaan</b>	<b>Subyek Kekuasaan</b>
265	Kewenangan mengadili perkara Tata Usaha Angkatan Bersenjata	Hakim Pengadilan Militer Tinggi
279 s/d 308	Pengaturan lebih jauh tata cara penggunaan wewenang mengadili itu (berkenaan dengan acara pemeriksaan biasa).	Hakim Pengadilan Militer Tinggi
309 s/d 310	Pengaturan lebih jauh tata cara penggunaan wewenang mengadili (berkenaan dengan acara pemeriksaan cepat)	Hakim Pengadilan Militer Tinggi

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
311 s/d 318	Pengaturan lebih jauh penggunaan wewenang mengadili (berkenaan dengan proses pembuktian)	Hakim Pengadilan Militer Tinggi
319 s/d 324	Pengaturan lebih jauh penggunaan wewenang mengadili (berkenaan dengan pembuatan putusan)	Hakim Pengadilan Militer Tinggi
325	Kewenangan membuat berita acara pada setiap kali dilakukan pemeriksaan perkara	Panitera
326	Kewenangan mohon banding atas putusan Pengadilan Militer Tinggi	Pejabat Tata Usaha Militer sebagai tergugat
327	Kewenangan menerima berkas permohonan banding.	Ketua Pengadilan Militer Tinggi Panitera
328 s/d 330	Pengaturan lebih lanjut tata cara penggunaan wewenang itu.	Panitera
331	Kewenangan mengadili perkara tata usaha militer pada tingkat banding	Hakim Pengadilan Militer Utama
332 s/d 334	Pengaturan lebih jauh tata cara penggunaan kewenangan itu.	Hakim Pengadilan Militer Utama
335	Kewenangan memeriksa kasasi perkara tata usaha militer dengan merujuk	Hakim Mahkamah Agung

<b>Pasal</b>	<b>Ragam Kekuasaan</b>	<b>Subyek Kekuasaan</b>
	hukum acaranya sesuai UU No. 14 tahun 1985.	
336	Kewenangan memeriksa permintaan peninjauan kembali perkara tata usaha militer dengan merujuk hukum acara sesuai UU No. 14 tahun 1985.	Hakim Mahkamah Agung
337 s/d 340	Kewenangan melaksanakan putusan yang telah memiliki kekuatan hukum tetap.	Pejabat tata usaha militer (tergugat)
341	Kewenangan mengawasi pelaksanaan putusan	Ketua Pengadilan Militer Tinggi
342	Kewenangan (kewajiban) membayar ganti rugi	Pejabat tata usaha militer (tergugat) Pejabat tata usaha militer (tergugat)
343	Kewenangan mendapat rehabilitasi	Pejabat tata usaha militer (tergugat)
344 s/d 349	Kewenangan lain-lain misalnya berupa kewajiban mengupayakan ketertiban persidangan	Hakim Ketua
72 Pasal	Berbagai ragam kekuasaan	Berbagai Subyek kekuasaan

Sumber : UU No. 31 Tahun 1997.

Tabel di atas menunjukkan bahwa hukum acara tata usaha militer juga merupakan P-Laws karena cukup banyak Pasal-Pasalnya yang mengatur kekuasaan (conferring power) yakni sebanyak 72 Pasal, sisanya

sebanyak 12 Pasal meski tidak mengatur kekuasaan namun juga memiliki bobot yang sama pentingnya karena ia mengatur perlindungan HAM (hak ekonomi, sosial dan budaya) dalam wujud Pasal-Pasal yang mengatur tata cara proses mengajukan gugatan ke Pengadilan Militer Tinggi.

### **1.7. Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Sebagai “P-Laws”**

Sebagaimana halnya Hukum Acara Peradilan Agama dan Peradilan Militer, Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara juga termuat dalam suatu Undang-Undang yakni UU No. 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara. Pasal-Pasal yang mengaturnya adalah Pasal 53 hingga Pasal 141 (88 Pasal).

Untuk membuktikan bahwa Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara juga merupakan “P-Laws” (rule of conferring power) atau hukum yang mengatur kekuasaan, maka perlu diadakan telaah Pasal demi Pasal seperti upaya yang telah dilakukan terdahulu. Kemudian Pasal-Pasal yang mengatur kewenangan akan disajikan dalam bentuk tabel.

Tabel 13

#### **Pasal-Pasal Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara Yang Bermuatan “Conferring Power”**

<b>Pasal</b>	<b>Ragam Kekuasaan</b>	<b>Subyek Kekuasaan</b>
53,54	Kewenangan mengadili (memeriksa gugatan terhadap keputusan Tata	Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara.



Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
	Usaha Negara)	
58	Kewenangan memerintahkan kedua pihak menghadap sendiri ke persidangan	Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara
62	Kewenangan menetapkan gugatan tidak dapat diterima karena tidak terpenuhinya syarat-syarat tertentu	Ketua Pengadilan Tata Usaha Negara
63	Kewenangan (kewajiban) mengadakan pemeriksaan persiapan	Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara
64	Kewenangan (keharusan) mempertimbangkan jauh dekatnya tempat tinggal pihak-pihak dalam menentukan hari sidang.	Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara
66	Kewenangan memanggil salah satu pihak yang berada di luar negeri dan kewenangan meneruskan panggilan itu.	Ketua Pengadilan Pejabat perwakilan RI di luar negeri
68 s/d 97	Pengaturan lebih lanjut tata cara penggunaan wewenang mengadili yang berkaitan dengan pemeriksaan dengan acara biasa mencakup perintah (kewajiban, keharusan) dan larangan.	Ketua Pengadilan Tata Usaha Negara Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara Panitera
98,99	Pengaturan lebih jauh tata	Ketua Pengadilan Tata

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
	cara penggunaan wewenang mengadili berkenaan dengan pemeriksaan dengan acara cepat.	Usaha Negara Hakim tunggal
100 s/d 107	Pengaturan lebih jauh tata cara penggunaan wewenang mengadili berkenaan dengan proses pembuktian	Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara
108 s/d 144	Pengaturan lebih jauh tata cara penggunaan wewenang mengadili berkenaan dengan pembuatan putusan	Hakim Pengadilan Tata Usaha Negara
115 s/d 118	Kewenangan (kewajiban) melaksanakan putusan Pengadilan Tata Usaha Negara	Tergugat (pejabat Tata Usaha Negara) Atasan Presiden
119	Kewenangan melakukan pengawasan atas pelaksanaan putusan	Ketua Pengadilan
120	Kewenangan (keharusan) membayar ganti rugi.	Pejabat Tata Usaha Negara (tergugat)
121	Kewenangan (kewajiban) melakukan rehabilitasi	Pejabat Tata Usaha Negara (tergugat)
122	Kewenangan mengadili pada tingkat banding	Hakim Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara
123 s/d 130	Pengaturan lebih lanjut tata cara penggunaan kewenangan mengadili itu	Hakim Pengadilan Tinggi Tata Usaha Negara

Pasal	Ragam Kekuasaan	Subyek Kekuasaan
131	Kewenangan mengadili pada tingkat kasasi dengan merujuk hukum acara sesuai UU No. 14 tahun 1985.	Hakim Mahkamah Agung
132	Kewenangan mengadili peninjauan kembali dengan merujuk hukum acara sesuai UU No. 14 tahun 1985.	Hakim Mahkamah Agung
133 s/d 36	Kewenangan mengatur pembagian tugas para hakim.	Ketua Pengadilan
137 s/d 141	Kewenangan melakukan administrasi perkara	Panitera pengadilan
81 Pasal	Berbagai ragam kekuasaan	Berbagai subyek kekuasaan

Sumber : UU No. 5 Tahun 1986

Tabel di atas jelas dapat membuktikan bahwa Hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara adalah juga “P-Laws” atau “rule of conferring power” karena hampir keseluruhan Pasal-Pasalnya mengatur tentang wewenang dan mengatur lebih jauh cara bagaimana pemilik wewenang melaksanakan wewenang itu.

Lebih jauh, penyajian tabel-tabel tentang isi (content) semua hukum acara yang ada dalam sistem hukum Indonesia seperti tersaji di atas kiranya dapat membuktikan konsepsi J. Raz bahwa dalam suatu sistem

hukum ada satu jenis hukum yang mengatur kekuasaan (P-Laws).<sup>14)</sup> Dalam terminologi lain, Hart menggolongkan hukum yang demikian itu sebagai “secondary rules” yang salah satunya adalah hukum acara (rules of adjudication) yang harus ditaati oleh hakim dengan mengatakan : “such rules will also define the procedure to be followed”<sup>15)</sup>

Selain itu Hart juga mengatakan bahwa “secondary rules” yang isinya mengatur wewenang pokok hakim adalah merupakan batas-batas kekuasaan hakim yang tak boleh dilanggar agar putusannya memiliki kekuatan mengikat. Aturan yang memuat kewajiban hukum bagi hakim menurut Hart adalah sebagai pelengkap (additional) aturan yang mengatur wewenang pokok itu karena dengan aturan pokok tentang wewenang saja belum cukup untuk mencegah hakim berbuat tidak wajar/sewenang-wenang (improprieties). Jelasnya, tentang ini Hart mengatakan :<sup>16)</sup>

“.....the rules imposing such legal duties would be additional to those conferring judicial powers on him and defining his jurisdiction. For the concern of rules conferring such power is not to deter judges from improprieties but to define the condition and limits under which the court’s decisions shall be valid” (Hart, 1981, 29) (Garis bawah dari penulis)

Ungkapan Hart itu mengandung dua esensi yakni : (1) peraturan (rules) yang mengatur wewenang pokok Hakim (pengadilan) adalah merupakan batas kebebasan Hakim dalam mengambil putusan; (2) peraturan (rules) yang mengatur lebih jauh tata cara bagaimana wewenang pokok itu harus dipergunakan merupakan pelengkap

peraturan pokok untuk mencegah Hakim berbuat sewenang-wenang (improprieties). Meski yang belakangan dikatakan pelengkap (additional) oleh Hart, menurut hemat penulis fungsinya sama penting dengan yang pertama justru karena yang diebut belakangan itu mengatur lebih jauh secara rinci kewajiban (berupa perintah dan larangan) bagi Hakim dalam menggunakan wewenang pokoknya yakni mengadili perkara. Seperti dikatakan Hart tujuan pengaturan lebih jauh kewajiban hukum (legal duties) Hakim itu adalah untuk mencegah kesewenang-wenangan Hakim.

Aplikasi pandangan Hart dalam sistem hukum Indonesia nampak bahwa peraturan yang mengatur wewenang pokok pengadilan adalah Undang-Undang pokok kekuasaan keHakiman dan Undang-Undang tentang lingkungan peradilan. Namun dari hasil telaah terhadap isi semua hukum acara seperti tersaji dalam Tabel-Tabel di atas ternyata wewenang pokok itu ditegaskan sekali lagi dalam setiap hukum acara bagi masing-masing lingkungan peradilan. Di samping itu, juga sesuai Tabel-Tabel tersebut terlihat jelas sebagian besar isi hukum acara adalah pengaturan lebih lanjut tata cara penggunaan wewenang pokok itu. Ini berarti hukum acara di Indonesia memuat sekaligus wewenang pokok dan pengaturan lebih jauh penggunaan wewenang itu (additional rules). Dengan demikian, berdasarkan pada konsepsi Hart di atas,

hukum acara dapat dipandang sebagai batas kebebasan kekuasaan keHakiman untuk mencegah kesewenang-wenangan akibat adanya kebebasan kekuasaan keHakiman. Bahkan menurut hemat penulis, hukum acara harus dipandang sebagai batas normatif absolut bagi kebebasan kekuasaan keHakiman, karena sesuai Hart, bila batas itu dilanggar putusan peradilan tidak akan valid atau tidak akan memiliki kekuatan mengikat.<sup>17)</sup> Tentu saja, selain hukum acara, Undang-Undang yang mengatur wewenang pokok masing-masing lingkungan peradilan juga merupakan batas normatif absolut kebebasan kekuasaan kehakiman.

Persepsi bahwa hukum acara merupakan batas normatif absolut kebebasan kekuasaan keHakiman akan lebih mudah dipahami kalau digunakan pendekatan hukum tata negara (constitutional law) dengan merujuk pada konsepsi Kelsen seperti telah disinggung di depan. Menurut Kelsen, hukum acara adalah konstitusi<sup>18)</sup> yang mengatur tata cara pengadilan membuat putusan (individual rules). Suatu konstitusi menurut C.F. Strong memiliki tiga ciri (kriteri) yakni :<sup>19)</sup>

“.....first, how the various agencies are organized; secondly, what power is entrusted to those agencies; and thirdly, in what manner such power is to be exercised”. (Garis bawah dari penulis)

Dihubungkan dengan isi (content) hukum acara di Indonesia yang telah tersaji dalam sejumlah Tabel di depan, ternyata semua ciri (kriteria)

yang dikemukakan Strong telah terpenuhi. Elaborasi lebih lanjut tentang ini adalah sebagai berikut :

a) Kriteria pertama, yakni : “how the various agencies are organised” (bagaimana pengaturan berbagai agen/subyek kekuasaan) dapat dilihat jelas dalam semua Tabel di atas. Terutama Tabel yang menyangkut Hukum Acara Pidana sipil/militer, hukum acara Tata Usaha Militer/Sipil (Tabel 7, 11, 12 dan 13) nampak adanya berbagai subyek kekuasaan (various agencies) yang diatur kekuasaannya seperti ; *Polisi, Jaksa, Hakim pengadilan tingkat pertama dan banding, Hakim Mahkamah Agung, Panitera, Polisi Militer, Oditur, Jaksa Tinggi, Jaksa Agung, Oditur Jendral, Presiden, Panglima ABRI, Pangdam, Danrem, Petugas Lembaga Pemasyarakatan dan Pejabat Perwakilan RI di luar negeri.*

b) Kriteria kedua yakni : what power is entrusted to those agencies (kekuasaan apa yang diberikan kepada subyek-subyek kekuasaan itu). Juga terlihat jelas dalam semua Tabel diatas. Misalnya terlihat kewenangan penyidikan diberikan kepada Polisi, kewenangan penuntutan diberikan kepada Jaksa, kewenangan mengadili diberikan kepada para Hakim dari seluruh lingkungan peradilan dalam berbagai tingkatan, kewenangan melakukan administrasi perkara diberikan kepada Panitera, dst (lihat Tabel 7,8,9,10,11,12 dan 13 di depan).

c) Kriteria ketiga yakni : in what manner such power is to be exercised (dengan cara bagaimana kekuasaan itu dijalankan) terlihat pula

dengan jelas dalam semua Tabel di depan. Bahkan jika diperhatikan dengan seksama pada setiap Tabel dari ke 7 Tabel itu mengatur dengan jelas tata cara penggunaan wewenang pokok yakni wewenang mengadili bagi Hakim, dalam jumlah Pasal yang cukup banyak. Misalnya tata cara menggunakan wewenang penyidikan oleh Polisi diatur lebih jauh dalam Pasal 16 s/d 49 KUHAP yang meliputi wewenang melakukan penangkapan, penahanan, penggeledahan, penyitaan, pemeriksaan surat, dan lain-lain. Pengaturan tata cara melaksanakan wewenang pokok berupa penyidikan bagi Polisi dicantumkan pula dalam Pasal 102 s/d 136 KUHAP. Demikian juga, wewenang Jaksa melakukan penuntutan, penggunaannya diatur lebih lanjut dengan tata cara tertentu seperti tercantum dalam Pasal 137 s/d 144 KUHAP. Tata cara pelaksanaan wewenang pokok pengadilan untuk menadili diatur dalam jumlah Pasal yang cukup banyak (88 Pasal) yakni dari Pasal 145 hingga Pasal 232 (lihat Tabel 7). Hal serupa juga terlihat dalam hukum acara peradilan pidana militer (lihat Tabel 11). Dari seluruh hukum acara bahkan justru Pasal tentang tata cara pelaksanaan wewenang pokok mengadili terlihat paling banyak jumlahnya terutama jika diperhatikan hukum acara perdata (lihat Tabel 8). Hal ini tidak mengherankan karena tujuan pokok hukum acara adalah mengatur proses pemeriksaan perkara di pengadilan agar perkara berjalan lancar dan HAM penduduk (terdakwa) tidak terlanggar. Menurut Wichers salah seorang perancang HIR (yang kini jadi Hukum Acara Perdata di Indonesia) tujuan



diadakan hukum acara adalah menjamin asas legalitas agar Hakim tidak bertindak ilegal (sewenang-wenang).<sup>20)</sup>

Dari elaborasi itu, jelas kiranya tidak dapat diragukan lagi bahwa hukum acara betul-betul bagian hukum konstitusi (seperti persepsi Kelsen) karena memenuhi ketiga kriteria yang diajukan C.F. Strong itu. Sementara di bagian lain C.F. Strong mengatakan bahwa fungsi konstitusi adalah untuk membatasi kekuasaan pemerintah (dalam arti luas) agar kekuasaan itu tidak sewenang-wenang dan dengan demikian akhirnya terjamin (terlindungi) hak-hak rakyat. Jelasnya Strong mengatakan : “the objects of a constitution, in short, are to limit the arbitrary action of the government, to guarantee the rights of the governed”<sup>21)</sup>.....

Dengan sekali lagi merangkum konsepsi Raz tentang P-Laws, konsepsi Hart tentang hukum acara terdiri dari wewenang pokok (conferring rules) dan wewenang tambahan (additional rules) yang mengatur lebih jauh wewenang pokok, konsepsi Kelsen tentang hukum acara sederajat konstitusi yang didukung oleh Mac Iver dan K.C. Wheare, konsepsi Strong tentang kriteria konstitusi dan fungsi konstitusi, akhirnya dapat ditegaskan bahwa hukum acara adalah batas normatif absolut kebebasan kekuasaan kehakiman. Dikatakan absolut karena kalau hukum acara dilanggar oleh Hakim – sekali lagi – seperti ditegaskan Hart, putusan Hakim yang diambil dengan melanggar hukum acara itu, tidak memiliki kekuatan mengikat (tidak valid). Dalam kaitan ini tepat apa yang

diekspresikan oleh pepatah (adagium) Latin yang berbunyi : “judicis est in pronuntiando sequi regulam, exceptione non probata” (The judge in his decision ought to follow the rule, the exception is not prove/ tidak terkecuali, semua Hakim dalam membuat putusan harus mentaati hukum acara). Bila Hakim tak mentaati hukum acara berarti ia telah bertindak melampaui wewenang sehingga berlakulah adagium : “judicis officium suum excedenti non paretur” (judges exceeding his office or jurisdiction is not to be obeyed, said void judgement/Hakim yang melampaui wewenang dalam mengambil putusan, putusannya tak perlu ditaati (tidak mengikat) karena bersifat batal).<sup>22)</sup> Adagium terakhir ini senada dengan persepsi Hart.

Mengkonsepsikan hukum acara sebagai batas normatif absolut kebebasan kekuasaan kehakiman tak lepas dari sandaran utama landasan teoritis kedaulatan hukum yang menghendaki adanya supremasi hukum dalam suatu negara yang demokratis. Supremasi hukum dan demokrasi adalah dua konsep yang seakan-akan telah merupakan satu paket yang satu sama lain tak dapat dipisahkan. Dengan mennsenyawakan kedua konsep itu diperoleh satu paradigma bahwa hukum yang memiliki supremasi itu adalah hukum yang dibentuk berdasarkan kehendak rakyat oleh badan perwakilan rakyat yang dipilih secara demokratis. Hanya hukum yang demikian menurut hemat penulis yang dapat mengatur kekuasaan (conferring power). Dengan demikian sekali lagi perlu ditegaskan bahwa landasan teoritis konsepsi batas normatif absolut kebebasan kekuasaan

kehakiman adalah Teori Kedaulatan Hukum dan Teori Kedaulatan rakyat seperti telah diuraikan dalam Bab terdahulu. Mengingat Raz dan Hart adalah pengikut Mashab Hukum Analitis (Analytical Jurisprudence) maka landasan filosofis uraian telaah batas normatif absolut itu bertumpu pada inti ajaran Mashab itu terutama yang menyangkut telaah isi hukum (the problem of content). Menurut Raz seperti telah disinggung di depan, dalam suatu sistem hukum, hukum hanya dapat dibedakan atas hukum yang berisi kewajiban individu (D-Laws) dan hukum yang berisi pengaturan kekuasaan (P-Laws)<sup>23)</sup> Tentang ini Raz mengatakan : “legal system only contain two kind of norms, P-Laws and D-Laws. Understanding the structure and fuction and interelation is an important part of understanding the structure and fuction of legal system.”<sup>24)</sup> Khusus dalam kaitan telaah batas normatif absolut itu, pembahasan beranjak atau dikembangkan dari paradigma P-Laws dari Raz itu.

## 2. Hukum Acara Tidak Dapat Didiskresi

Hukum acara yang telah terbukti sebagai P-Laws yang memberi dan mengatur wewenang, dan oleh karena itu ia harus dipahami sebagai batas normatif absolut kekuasaan kehakiman, lebih jauh membawa konsekuensi bahwa ia harus dianggap sebagai suatu sistem “tertutup” yang terhadapnya tidak bisa dilakukan diskresi oleh pengadilan. *Dalam hal ini, yang dimaksud dengan diskresi ialah tindakan Hakim untuk mengesampingkan,*

*mengurangi dan menambah Pasal-Pasalnya*. Bila dengan kebebasannya Hakim diperkenankan melakukan diskresi, maka tak pelak kesewenangan akan muncul karena ia dengan leluasa akan merubah hukum yang mengatur kekuasaannya sendiri (conferring power).

Bila dikembalikan pada konsep “Rule of Law”, Teori Kedaulatan Hukum dan Teori Kedaulatan Rakyat maka orang akan mudah bersepakat bahwa tujuan akhir perlu diaturnya kekuasaan adalah untuk terwujudnya perlindungan hak asasi manusia. Dalam konteks ini hukum acara memiliki peranan penting dan bahkan oleh A Th Peperzak hukum acara dikatakan sebagai Rule of Law dalam arti sempit dalam rangka perlindungan konstitusional HAM di AS. Tentang ini ia mengatakan : <sup>25)</sup>

“The rule of law is here referred to in its narrow sense, as imposing those procedural guarantees which have been found necessary to ensure what in American Constitutional practice is known as “due process of law”. (Garis bawah dari penulis)

Senada dengan Peperzak adalah Hans Danelius yang mengatakan bahwa Rule of Law dalam sistem hukum Swedia ditegakkan dengan menerapkan Hukum Acara (Rule of Law Through Judicial Procedure) dan oleh karena itu Undang-Undang tentang Lembaga Pemerintahan Swedia Pasal 47-nya menyatakan bahwa : “the court shall make their decisions according to law”. <sup>26)</sup>

Bila dihubungkan dengan Tabel 7,8,9,10,11,12 dan 13 di depan pernyataan Peperzak dan Danelius itu ada benarnya karena Tabel-Tabel itu

membuktikan bahwa isi hukum acara tiada lain adalah perlindungan HAM melalui pengaturan kewenangan terutama wewenang Hakim di samping wewenang subyek kekuasaan lainnya. Dalam posisinya yang demikian Soediman Karto Hadiprodjo mengklasifikasi hukum acara sebagai Undang-Undang khusus karena mengatur tugas wewenang alat perlengkapan negara.<sup>27)</sup> Nonet & Selznick menyebut kekhususan hukum acara terletak pada fungsinya untuk melindungi hak-hak individu pada saat berlangsungnya proses peradilan (Safeguarding rights of notice, hearing, jury trial and the like).<sup>28)</sup> Diantara hak-hak itu yang terpenting untuk mendapat perlindungan sesuai Deklarasi PBB 1948 adalah hak kemerdekaan diri pribadi,<sup>29)</sup> hal ini bisa dimengerti karena menurut P. Sieghart hak kemerdekaan itu adalah tergolong HAM yang bersifat “absolut-immediate” (mutlak tak dapat ditawar).<sup>30)</sup> Sifat demikian ini harus dijadikan landasan ideal untuk pengembangan hukum acara agar apa yang dikhawatirkan oleh John Griffith bahwa katanya selama ini menurut dia sangat sedikit kemajuan yang dicapai dalam pengembangan substansi hukum acara (pidana); tentang itu ia mengatakan : Nevertheless, it seem to me that very little, substantial progress is to be made in thinking about criminal procedure<sup>31)</sup>....

Dalam kaitan dengan tulisan ini, penulis tidak ingin menanggapi terlalu jauh nada pesimis Griffith itu, karena sasaran yang ingin dicapai dalam uraian ini adalah timbulnya kesepakatan terhadap posisi hukum

acara sebagai batas normatif absolut kebebasan kekuasaan keHakiman. Oleh karena itu yang perlu diberi penekanan adalah konsepsi Peperzak dan Danelius yang mengatakan hukum acara terutama Hukum Acara Pidana adalah Rule of Law dalam arti sempit, sehingga layak dipahami sebagai batas normatif absolut yang tidak dapat didiskresi oleh pengadilan.

Untuk menguatkan konsepsi Peperzak dan Danelius perlu dicarikan dukungan dari kalangan para sarjana yang berpandangan betapa strategisnya fungsi hukum acara terutama Hukum Acara Pidana dalam mengatur kewenangan pengadilan sehubungan dengan upaya perlindungan hak-hak atau kemerdekaan diri pribadi individu.

Tentang fungsi Hukum Acara Pidana, H.L. Packer mengatakan : <sup>32)</sup>

“Law of criminal processes; the rules of the game tell us about what the state may and may not do, to apprehend, charge, convict and dispose of persons suspected of committing crime” (Garis bawah dari penulis)

Berarti, Hukum Acara Pidana adalah aturan main tentang apa yang boleh dan tidak boleh diperbuat oleh negara (peradilan) dalam menahan, menuntut, menghukum dan mengatur perlakuan terhadap orang-orang yang disangka melakukan perbuatan pidana. Pandangan Packer itu bersesuaian dengan pandangan Mac Iver dan Kelsen. Mac Iver seperti disinggung pada Bab II di depan, membedakan dua macam hukum yakni hukum yang mengatur negara (the law which govern the state) dan hukum yang dipakai alat oleh negara memerintah (the law by means of which the state governs).

Masih menurut Iver, hukum jenis pertama adalah konstitusi dan hukum acara dapat digolongkan dalam jenis pertama itu (konstitusi).<sup>33)</sup> Stetemen Iver ini tentu sangat sesuai dengan statemen Kelsen seperti telah berulang-ulang dikutip di depan yang pada pokoknya menyatakan hukum acara adalah konstitusi. Dengan pernyataan “rule of the game about what the state may and may not do” sesungguhnya Packer telah bersesuaian pendapat dengan Mac Iver dan Kelsen.

Khusus mengenai Hukum Acara Pidana AS dengan menggunakan pendekatan historis, Tobias & Petersen mengedepankan, strategisnya fungsi Hukum Acara Pidana itu disebabkan oleh dua hal yakni, pertama; ia bersumber pada nilai-nilai konstitusi AS (yang memberi perlindungan HAM) dan kedua; sumber yang lebih jauh adalah Magna Charta yang bertujuan mencegah kesewenang-wenangan raja terhadap rakyatnya. Tentang ini lebih jauh Tobias & Petersen mengatakan :<sup>34)</sup>

“In order to determine what due process is, one must look to two sources, the United States Constitution and the fundamental principles of judicial procedure that existed in England and America before the adoption of the United States Constituion, in other words, the common law. The origin of the due process principle can be traced back at least as far as 1215, when it was part of the Magna Charta in England. The original purpose of the principles was to prevent the crown from acting againts an individual, that was not under the protection of the law”. (Garis bawah dari penulis)

Di sisi lain, Hyman Gross juga mengungkap arti penting Hukum Acara Pidana sebagai instrumen untuk menerapkan hukum pidana materiil

dan dalam penerapan itu hak-hak warganegara tidak boleh dilanggar (do not infringe upon the rights of citizen).<sup>35)</sup> Berhubung dengan itu, maka Hukum Acara Pidana memiliki peranan yang fundamental (the fundamental roles) dalam mencegah kesewenang-wenangan penggunaan wewenang dari aparat yang terlibat dalam proses peradilan.<sup>36)</sup> Senada dengan itu, AC Germann Cs mengkonstantir fungsi Hukum Acara Pidana adalah untuk mencegah para aparat praktisi hukum bertindak sebagai mesin perusak yang salah arah (Misguided engine of destruction).<sup>37)</sup>

Dengan memperhatikan persepsi para sarjana di atas mengenai fungsi hukum acara pidana dalam suatu sistem hukum maka semakin tampak jelas kedudukan hukum acara pidana sebagai "Rule of Law" dalam arti sempit yang berarti sarana perlindungan HAM atas dasar asas legalitas, seperti dikonstatir oleh Peperzak di depan. Menurut hemat penulis, berhubung hukum acara yang lainnya juga berfungsi melindungi HAM dan juga sebagai pelaksanaan asas legalitas (salah satu asas rule of law) maka tidak saja hukum acara pidana dapat dikategorikan sebagai Rule of law dalam arti sempit, hukum acara yang lain itupun pada hakikatnya juga merupakan rule of law dalam arti sempit.

Berdasarkan paradigma itu penulis dapat mengidentifikasi ciri-ciri hukum acara sebagai rule of law dalam arti sempit (rule of law in a narrow sense) sebagai berikut :



a) Hukum acara mengatur tentang wewenang (conferring power) seperti terlihat pada beberapa Tabel di depan.

b) Hukum acara mengatur perlindungan HAM bagi terdakwa, tergugat dan pengugat.

c) Hukum acara merupakan pelaksanaan asas legalitas dalam suatu negara hukum.

Berhubung dengan hal itu maka hukum acara tidak dapat didiskresi oleh Hakim. Bila Hakim diperkenankan melakukan diskresi maka akan timbul kesewenang-wenangan Hakim yang mengakibatkan rusaknya sendi Rule of Law (negara hukum). Tentang kemutlakan hakim tunduk pada hukum acara untuk menghindari kesewenang-wenangan hakim, Ehrlich secara dramatis mengatakan bahwa tidak saja kepala (otak) hakim terikat pada hukum acara tetapi juga tangan hakimnya juga harus terikat oleh hukum acara. Terikatnya tangan dan kaki hakim ini oleh hukum acara Ehrlich melukiskannya sebagai berikut :<sup>38)</sup>

“A rule ..... Will afford protection against arbitrary and biased judgements. In order to attain this end, the judges is to be subjected, bound hand and foot to a rule that determines all thing in advances”.

Salah satu contoh yang cukup jitu untuk menggambarkan kesewenang-wenangan Hakim yang berupa diskresi KUHAP adalah putusan Mahkamah Agung dalam pemeriksaan peninjauan kembali perkara Muchtar Pakpahan. Contoh ini telah diuraikan secara panjang lebar dalam Bab I di depan. Uraian kali ini akan lebih difokuskan pada pembuktian bahwa tindakan diskresi itu sesungguhnya merupakan pelanggaran atas

batas normatif absolut kebebasan kekuasaan kehakiman. Akibat pelanggaran ini, sesuai konsepsi Raz, Hart, Iver, Strong dan Kelsen di depan adalah tidak validnya atau tiadanya kekuatan mengikat putusan itu, berhubung putusan itu diambil dengan cara melanggar hukum yang mengatur kewenangan MA itu sendiri. Dengan kata lain MA telah melanggar hukum dimana fungsi hukum yang dilanggarnya itu dalam sistem hukum Indonesia memiliki fungsi khusus yang oleh Mashab hukum analitis (Raz, Hart) serta Mashab hukum murni (Kelsen) dikwalifisir sebagai "law of conferring power" yang sederajat dengan konstitusi.

Sebagaimana disinggung dalam Bab I di depan, putusan yang sempat menggegerkan dunia hukum Indonesia adalah putusan No. 55 PK/Pid/1996 dalam perkara Dr Muchtar Pakpahan SH.MA. Putusan itu membatalkan putusan kasasi MA sebelumnya dengan No. 395 K/Pid/1995 yang isinya membebaskan terdakwa Muchtar Pakpahan dari dakwaan. Sementara putusan PK No. 55 PK/Pid/1996 itu menghukum terdakwa dengan pidana penjara selama 4 tahun.

Hal yang perlu digarisbawahi dalam kontek ini adalah bahwa secara tegas MA menyatakan telah membuat diskresi terhadap KUHAP dalam membuat putusan PK No. 55 PK/Pid/1996 yang sangat kontroversial itu. Diskresi itu berupa penciptaan norma hukum baru, karena menurut MA, dalam KUHAP (khusus Pasal-Pasal yang mengatur PK) tidak memuat wewenang Jaksa mengajukan permintaan peninjauan kembali (PK).

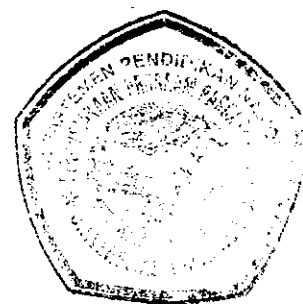
Pengakuan bahwa MA telah melakukan diskresi terhadap KUHAP berupa penciptaan norma baru (*rechtsschepping*) dengan memberi wewenang baru (*conferring power*)<sup>39)4)</sup> kepada Jaksa termuat dalam bagian pertimbangan putusan itu dengan kata-kata sebagai berikut :

“Dengan demikian diterimanya permintaan peninjauan kembali merupakan langkah positif dari Mahkamah Agung dalam mengisi kemungkinan adanya kekosongan hukum atau kekurangjelasan dalam pengaturan”. (Garis bawah dari penulis)

Di bagian lain dari pertimbangan putusan PK MA itu lebih ditegaskan lagi upaya MA itu untuk menciptakan norma hukum baru sebagai berikut :<sup>40)</sup>

.....”maka Mahkamah Agung melalui putusan dalam perkara ini ingin menciptakan hukum acara sendiri guna menampung kekurangan pengaturan mengenai hak atau wewenang Jaksa/penuntut umum tersebut dengan menyatakan bahwa permohonan peninjauan kembali Jaksa penuntut umum secara formal, dapat diterima”..... (Garis bawah dari penulis)

Perihal kekosongan hukum yang dimaksud oleh MA itu adalah tidak diaturnya kewenangan Jaksa dalam Pasal 263 (1) KUHAP untuk mengajukan PK kepada Mahkamah Agung. Pasal itu selain membatasi kewenangan mengajukan PK juga membatasi jenis putusan yakni hanya putusan yang memuat penghukuman/pemidanaan saja yang dapat dimintakan PK. Dengan tegas dikatakan oleh Pasal itu bahwa putusan bebas atau lepas dari segala tuntutan tidak dapat dimintakan PK.



Dengan demikian putusan PK MA itu sesungguhnya telah melanggar dua asas hukum yang terkandung dalam Pasal 263 (1) KUHAP yakni : pertama, asas “Jaksa tak berwenang mengajukan PK”; kedua, asas “putusan bebas/lepas dari segala tuntutan tak dapat dimintakan PK”. Tercakupnya dua asas hukum dalam satu aturan hukum dapat dilihat sebagai pertanda adanya keseriusan pembuat KUHAP melindungi hak asasi manusia khususnya yang berupa hak kemerdekaan diri pribadi. Aspek perlindungan itu akan lebih jelas jika disimak ketentuan Pasal 266 (3) KUHAP yang isinya ; bahwa pidana yang dijatuhkan dalam putusan peninjauan kembali tidak boleh melebihi pidana yang telah dijatuhkan dalam putusan semula.

Berkenaan dengan adanya dua asas hukum yang tercakup dalam satu aturan hukum dalam Pasal 263 (1) KUHAP diakui pula oleh A. Hamzah dan Irdan Dahlan dalam suatu komentarnya terhadap Pasal 263 (1) itu sebagai berikut : <sup>41)</sup>

“Jadi penuntut umum tidak berhak untuk mengajukan peninjauan kembali,..... Peninjauan kembali hanya dapat dilakukan terhadap putusan yang menghukum terdakwa. Terhadap putusan bebas dan lepas dari segala tuntutan hukum tidak dapat dimintakan peninjauan kembali”.

Dengan dilanggarnya Pasal 263 (1) KUHAP oleh MA berarti MA telah menyalahgunakan kebebasan kekuasaan keHakiman karena menurut hemat penulis hukum acara yang mengatur wewenang (conferring power) kekuasaan keHakiman itu sendiri adalah merupakan batas normatif absolut

kebebasan kekuasaan keHakiman yang sama sekali tidak dapat didiskresi oleh Hakim meskipun Hakim memiliki kebebasan konstitusional dalam mengadili perkara.

Akibat dilanggarnya Pasal 263 (1) oleh MA timbul beberapa hal yang kontroversial yakni :

1) Tidak adanya rasionalitas-institusional, artinya suatu institusi (lembaga) yang sama telah mengeluarkan putusan yang berbeda terhadap masalah yang sama. Konkritnya, MA yang membebaskan Muchtar Pakpahan melalui putusan kasasi, MA pula yang menghukumnya melalui putusan PK. Hal ini tentu sangat aneh karena tidak menjamin kepastian hukum.

2) Tidak tercapainya sasaran meta-norma dari Pasal 263 (1) KUHAP. Seperti telah disinggung di atas, Pasal 263 (1) itu mempunyai sasaran perlindungan HAM khususnya hak kemerdekaan diri pribadi. Tidak tercapainya sasaran itu dapat ditelaah berdasarkan teori “Indicative Factor” dari Jorgensen. Menurut Jorgensen, setiap norma mempunyai faktor indikasi (indicative factor) yakni sasaran yang ingin dicapai. Pencapaian sasaran itu adalah dengan “act of ought” (keharusan) dan bukan dengan “act of will” (keinginan). Dicontohkan, seseorang harus menutup jendela agar suara bising dari luar tidak mengganggu. Tentang ini Jorgensen lebih konkrit mengatakan :<sup>42)</sup>

“Suppose I am in a room with an open window and the noise from the street disturb me. I have an idea, i.e, I think if the window is shut, the noise from the street will not disturb me. So I give an order to my son Paul : ‘Shut the window !’ my thought, if the window is shut, the noise from the street will not disturb me does have an indicative character”. (Garis bawah dari penulis)

Berarti, sasaran (indicative factor) yang ingin dicapai dari tindakan menutup jendela adalah untuk mencegah suara bising masuk kamar. Dihubungkan dengan Pasal 263 (1) KUHAP, sasaran yang ingin dicapai dari Jaksa tidak berwenang mengajukan PK dan putusan bebas/lepas tak dapat dimintakan PK adalah untuk mencegah terlanggarnya hak kemerdekaan pribadi manusia secara tidak proporsional. Dengan kata lain sasaran itu berupa penghargaan yang setinggi tingginya terhadap hak alamiah manusia berupa hak kemerdekaan diri pribadi yang telah dimiliki manusia sebelum terbentuknya negara itu sendiri. Dengan mengikuti konsepsi Jorgensen, pencapaian sasaran Pasal 263 (1) itu dalam kerangka KUHAP sebagai P-Laws (law of conferring power) adalah sebagai “act of ought” (keharusan) bagi MA dan bukan sebagai “act of will” (keinginan) semata MA. Beberapa kalangan memang telah secara tegas menyatakan bahwa sasaran Pasal 263 (1) KUHAP itu sebenarnya adalah perlindungan HAM individu. Pandangan itu misalnya dikemukakan oleh PAF Lamintang SH dengan mengatakan : .....”bahwa tujuan utama dari lembaga peninjauan kembali itu adalah agar kesalahan-kesalahan atau kelalaian-kelalaian yang mungkin telah dilakukan oleh para Hakim dapat diperbaiki

oleh Mahkamah Agung.<sup>43)</sup> Sementara Ramlon Naning SH menyatakan bahwa tujuan peninjauan kembali adalah untuk menjamin rasa kepuasan dan keadilan pihak pencari keadilan.<sup>44)</sup> Di sisi lain Subekti berpendapat tujuan PK adalah untuk mencegah jangan sampai orang yang tak bersalah dihukum.<sup>45)</sup> Pandangan ini jika dikaitkan dengan putusan PK MA dalam perkara Muchtar Pakpahan tersebut, jelas, putusan itu menyimpang dari tujuan lembaga PK itu sendiri. Agak lebih mengena adalah pendapat akhir Fraksi Karya Pembangunan yang disampaikan oleh Taufik Hidayat pada saat menjelang pengesahan RUU menjadi UU Hukum Acara Pidana sebagai berikut : “Dengan demikian jelas bahwa lembaga peninjauan kembali justru diadakan untuk melindungi kepentingan terpidana, dan oleh karena itu penjatuhan pidana setelah peninjauan kembali tidak boleh lebih berat dari pidana semula”.<sup>46)</sup> Pendapat akhir Fraksi Karya Pembangunan ini sepantasnya mendapat perhatian lebih oleh MA dan layak dijadikan “guidence” (arahan) dalam mengadili PK karena merupakan pendapat sebuah fraksi mayoritas di DPR.

3) Telah terjadi manipulasi kebebasan kekuasaan keHakiman oleh Majelis Hakim Agung tingkat PK dalam wujud ambivalensi dan inkonsistensi visi terhadap keberadaan Undang-Undang. Ambivalensi dan inkonsistensi itu terlihat ketika Majelis Hakim Agung PK dalam bagian pertimbangan putusannya menyalahkan Majelis Hakim Agung kasasi karena majelis ini mengesampingkan Pasal 160 dan Pasal 161 (1) KUHP

karena majelis ini mengesampingkan Pasal 160 dan Pasal 161 (1) KUHP (tentang rumusan menghasut) dengan alasan Pasal-Pasal itu adalah Pasal-Pasal kolonial yang memasung semangat demokratisasi, yang kini tentu sudah tidak sesuai lagi. Dengan membenarkan pendapat Jaksa (pemohon PK) Majelis Hakim Agung tingkat PK telah berkali-kali menyatakan kekeliruan sikap yang diambil oleh Majelis Hakim Agung tingkat kasasi itu. Pernyataan itu dilontarkan di dalam beberapa bagian konsideran putusan PK itu misalnya sebagai berikut : <sup>47)</sup>

“.....adalah suatu kekeliruan yang nyata dari Majelis Hakim Agung (kasasi) karena bagaimanapun juga Pasal 160 dan Pasal 161 (1) KUHP tersebut adalah merupakan bagian hukum positif yang masih tetap berlaku sampai saat ini yang tidak dapat dikesampingkan begitu saja.....”

Di bagian lagi dinyatakan sebagai berikut : <sup>48)</sup>

.....”jelas merupakan suatu kekhilafan Majelis Hakim Agung (kasasi) atau suatu kekeliruan yang nyata karena seharusnya ketentuan Undang-Undang tersebut dijadikan landasan utama yang selalu dipatuhi secara konsekuen di dalam mengambil putusan”.....

Pernyataan bernada sama juga masih didapat pada bagian lain dari konsideran sebagai berikut : <sup>49)</sup>

.....”harus selalu berlandaskan ketentuan perundang-undangan yang berlaku.....ketentuan perundang-undangan sama sekali tidak dapat dikesampingkan.....dan tidak dapat menyampingkan ketentuan dalam Undang-Undang sesuai dengan asas legalitas”

Dari kutipan-kutipan itu jelas tampak bahwa Majelis Hakim Agung PK menyalahkan Majelis Hakim Agung kasasi karena dalam mengambil



Pertanyaan segera muncul, siapa yang berwenang menyalahkan atau menyatakan keliru justru jika Majelis Hakim Agung PK itu sendiri yang mengesampingkan Undang-Undang. Pertanyaan ini diajukan karena bukankah dalam mengambil putusan PK Majelis Hakim Agung tingkat PK telah nyata-nyata mengesampingkan Pasal 263 (1) KUHAP. Padahal Pasal itu bernilai “conferring power” yang sederajat konstitusi sehingga bobotnya lebih tinggi dari Pasal-Pasal yang dikesampingkan majelis kasasi yang berupa D-Laws (yang tidak bernilai “conferring power”). Di sinilah letak ambivalensi dan inkonsistensi bahkan terkesan munafik sikap Majelis Hakim Agung tingkat PK itu. Dikatakan munafik karena ternyata Majelis Hakim Agung tingkat PK hanya pintar menyalahkan pihak lain (Majelis Hakim Agung tingkat kasasi) dan tidak cukup pintar menyalahkan diri mereka sendiri. Dengan demikian adalah jelas telah terjadi kesewenang-wenangan Majelis Hakim Agung dalam melaksanakan kebebasan kekuasaan keHakiman karena kalau penomena kemunafikan itu diterjemahkan dalam bentuk lain akan muncul proposisi sebagai berikut : “kalau orang lain tidak boleh maka saya boleh”. Proposisi demikian jelas merupakan suatu bentuk kesewenang-wenangan. Dikaitkan dengan konsepsi Hart dan Raz tentang adanya “primary rules” dan “secondary rules” atau “D-Laws” dan “P-Laws” maka yang sesungguhnya yang melakukan kekeliruan adalah Majelis Hakim Agung tingkat PK karena mereka telah mendiskresi “P-Laws” yang mengatur wewenang (conferring

power) yang merupakan batas normatif absolut kebebasan kekuasaan kehakiman. Sementara tindakan Majelis Hakim Agung tingkat kasasi belum bisa dikatakan suatu kekeliruan karena yang didiskresi itu adalah “D-Laws” (KUHP) yang bukan bersifat “conferring power” dimana dalam kondisi tertentu “D-Laws” tidak mutlak harus ditaati oleh Hakim dalam melaksanakan kebebasannya. Berdasarkan persepsi itu penulis mengkonsepsikan bahwa “D-Laws” itu adalah batas normatif-relatif kebebasan kekuasaan kehakiman.

### 3. Batas Normatif-Relatif

Yang dimaksud dengan batas normatif-relatif adalah bahwa dalam kondisi tertentu Hakim tidak mutlak tunduk pada Undang-Undang tetapi Hakim dapat mengesampingkannya dengan melakukan diskresi. Jenis UU yang dapat didiskresi, dengan berpegang pada paradigma Raz adalah UU yang tergolong D-Laws (Duty Imposing Laws).

Menurut Raz D-Laws itu memiliki karakteristik sebagai berikut : :  
the laws subject, an act which they have to perform, and the occasion on which it has to be perform. Dari rumusan itu dapat diidentifikasi unsur-unsur D-Laws adalah : 1) Laws Subjects; 2) An Act; 3) Have to; 4) Occasion.

Laws subject (person) dilukiskannya dengan simbol “X”, “has to” (keharusan) dilukiskannya dengan simbol “!”, “an act” dilukiskan dengan simbol “A” dan “Occasion” (kesempatan/saat) dilukiskannya dengan simbol “C”. dengan demikian “D-Laws” = X, “!”, A in C atau “Hukum tentang kewajiban adalah keharusan seseorang untuk berbuat sesuatu dalam saat tertentu. Saat tertentu adalah saat berlakunya Undang-Undang yang mengatur kewajiban itu. Bila UU tidak berlaku lagi maka kewajiban berbuat/tidak berbuat sesuatu itu akan hapus. Namun UU yang baru yang akan mengatur kewajiban itu lebih jauh menurut Raz tetap mempunyai kaitan dengan UU yang terdahulu. Ini merupakan “internal relation” dari hukum (“one of them is a condition for the existence of the other”).<sup>50)</sup>

Adakalanya suatu UU yang mengatur kewajiban individu (D-Laws) tidak sempat dicabut oleh legislatif tapi isinya sudah tidak sesuai dengan perkembangan jaman. Demi menjamin rasa keadilan kiranya Hakim dibenarkan mengesampingkan UU semacam itu. Pandangan semacam ini nampaknya mendapat dukungan dari beberapa kalangan antara lain sebagai berikut :

a) E. V. Rostow berpendapat : <sup>51)</sup>

“It accpets as normal the fact that judges have a limited, but inescapable duty to make some of the decisions through which law develops, in response to changing social nations of policy.

Dikatakan bahwa meski Hakim memiliki batas kebebasan, namun tak dapat dihindarkan Hakim juga punya kewajiban membangun hukum dalam rangka merespon kebijakan perubahan sosial.

b) Holmes seperti dituturkan oleh Lloyd & Freeman sebagai berikut: <sup>52)</sup>

“Holmes played a fundamental part in bringing about a changed attitude to law. His emphasis on the fact that the life of the law was experience as well as logic, and in his view of law as prediction of what court will decide, stressed the empirical and pragmatic aspect of law”.

Berarti, sebagai seorang realis Holmes menganggap bahwa Hakim dalam mengambil putusan harus juga memperhatikan aspek empiris dan pragmatis dari hukum, karena kehidupan hukum ditentukan oleh dua faktor yakni faktor logis (logic) dan faktor empiris.<sup>53)</sup> Dengan kata lain di samping mendeduksi Hakim juga harus menginduksi suatu peristiwa hukum.

c) Aliran Hukum Bebas (Die Freirechts Lehre) yang muncul di Jerman dengan tokoh-tokohnya seperti : Herman Kantorowich, bukunya berjudul “Der Kampf Um Die Rechts Wissenschaft; Oscar Bulow, bukunya berjudul “Gesetz Und Richteramt”; Ernst Zitelmann, bukunya bertopik “Lucken Im Recht”. Secara garis besar penganut aliran ini berpandangan bahwa Undang-Undang tidak lengkap (luckenlos) dan

bahwa di dalam UU terdapat “leemten” atau kekurangan dan oleh karena itu Hakim dapat mengisi kekosongan atau kekurangan itu. Di Perancis aliran ini diikuti oleh Francois Geny dan di Belanda oleh HJ Hamaker dan JH Hijmans.<sup>54)</sup> Timbul pertanyaan, Undang-Undang yang mana yang dimaksud oleh aliran Hukum Bebas ini, apakah UU yang tergolong “P-Laws” ataukah “D-Laws”. Untuk menjawab pertanyaan ini maka perlu ditelusuri apa sebenarnya tujuan dari didirikannya aliran itu. Seperti dituturkan oleh Kartono, aliran Hukum Bebas itu bertujuan untuk menyerang serta mematahkan pendirian aliran “Legisme” yang hidup subur hingga abad 19 yang mengaggap Undang-Undang (Kodifikasi) adalah lengkap dan Hakim hanya sebagai corong Undang-Undang. Secara garis besar kodifikasi terdiri dari tiga jenis yakni Kodifikasi Hukum Perdata (BW), Kodifikasi Hukum Pidana (WVS) dan Kodifikasi Hukum Dagang (WVK). Semua kodifikasi itu mengatur tingkah laku orang (individu) dengan cara merumuskan kewajiban berupa perintah dan larangan. Untuk meyakinkan bahwa kodifikasi ini mengatur orang/individu (*les hommes*), Kartono mengutip kata-kata Portalis salah seorang perancang “Code Civil” Perancis sebagai berikut : “Les hommes au contraire ne se represent jamais;” (Manusia yang diatur itu sebaliknya selalu berubah-ubah).<sup>55)</sup> Dengan demikian jelas bahwa yang dimaksud UU baik oleh aliran “Legisme” maupun oleh aliran Hukum Bebas adalah UU yang mengatur manusia (*les hommes*) dan bukan UU yang mengatur wewenang (*du*

ponvoir). Dengan demikian “P-Laws” tidak ada hubungannya dengan konsepsi penganut aliran Hukum Bebas itu atau dengan kata lain konsepsi itu hanya berlaku untuk “D-Laws”.

d) Adanya Konsep “ius contra legem” yang disinggung oleh J. Hardjawidjaja sebagai berikut :<sup>56)</sup>

“Praktek hukum yang direstui jurisprudensi merupakan satu contoh lahirnya “ius contra legem” yakni : hukum yang tumbuh dalam masyarakat bertentangan dengan kitab Undang-Undang karena Undang-Undang tidak sesuai lagi dengan pandangan masyarakat dan tak lagi dapat memenuhi kebutuhan masyarakat yang termaktub dalam Undang-Undang tersebut”.

Dicontohkan oleh beliau, Pasal-Pasal BW yang sudah tak sesuai lagi misalnya Pasal-Pasal yang menyangkut adopsi, kewenangan kawin, kewenangan wanita bertindak dalam hukum adalah merupakan Pasal-Pasal yang dapat menimbulkan “ius contra legem” apabila nantinya pengadilan membenarkan praktek yang bertentangan dengan Pasal-Pasal itu dengan alasan perkembangan jaman. “Ius Contra Legem” pada hakikatnya adalah bahwa penyimpangan itu dilandasi itikad baik, bila dilandasi itikad tidak baik disebut “fraus legis” atau penyelundupan hukum. Ius contra legem mempunyai nilai positif, sebaliknya “fraus legis” mempunyai nilai negatif yang kehadirannya ditolak oleh ilmu pengetahuan hukum karena bertentangan dengan ketertiban umum.<sup>57)</sup>

Dengan konsep “ius contra legem” yang dikenal luas dalam ilmu pengetahuan hukum seperti disinggung oleh Hardjawidjaja, jelas nampak

bahwa Hakim dapat mengesampingkan suatu Undang-Undang bila UU itu dirasa telah tak sesuai lagi dengan kebutuhan masyarakat.

e) Senada dengan konsep “*ius contra legem*” yang disinggung .

Hardjawidjaja itu, Sudikno Mertokusomo mengatakan :<sup>58)</sup>

“Mengingat banyaknya peraturan-peraturan hukum yang sudah tidak sesuai lagi dengan keadaan dan sampai sekarang belum juga ada gantinya serta adanya kekosongan hukum karena banyaknya UU pokok yang memerlukan peraturan pelaksanaan, maka demi kepentingan pembangunan pada umumnya dan pembangunan hukum pada khususnya Hakim harus lebih diberi kebebasan.

f) Putusan MA No. 395 K/PID/1995 seperti telah disinggung di depan, yang isinya membebaskan terdakwa Muchtar Pakpahan dari dakwaan Jaksa. Putusan itu sekaligus juga membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Medan yang sebelumnya menghukum terdakwa dengan hukuman pidana penjara selama 4 tahun. Sebagai penguatan dan penambahan putusan Pengadilan Negeri Medan yang menghukum terdakwa selama 3 tahun penjara.

Dasar pertimbangan penghukuman oleh Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi Medan adalah; Terdakwa telah terbukti secara syah dan meyakinkan melanggar Pasal 160 jo 64(1) KUHP tentang menghasut secara terus menerus dan berlanjut; dan Pasal 161 (1) KUHP tentang menyebarluaskan tulisan yang isinya menghasut.

Majelis Hakim MA tingkat kasasi menyalahkan sikap Pengadilan Tinggi Medan dengan pertimbangan bahwa Pasal-Pasal KUHP itu tidak

cocok lagi diterapkan pada dewasa ini dengan alasan : pertama, Pasal-Pasal itu diciptakan 85 tahun yang lalu pada masa kolonial; kedua, kini Indonesia telah menginjak era globalisasi dengan ciri keterbukaan dan demokrasi yang berkualitas sehingga perlu peningkatan peran dan fungsi organisasi sosial politik.<sup>59)</sup> Putusan MA terhadap kasasi itu dapat dikatakan sebagai suatu jurisprudensi karena menurut Yahya Harahap jurisprudensi adalah putusan yang mengandung *ratio decidendi* sehubungan dengan kasus yang belum diatur dalam perundang-undangan sehingga diperlukan penciptaan hukum baru atau sudah diatur tapi tak sesuai lagi dengan nilai kesadaran perubahan sosial sehingga diperlukan penafsiran dan modifikasi.<sup>60)</sup>

Berkenaan dengan kedudukan Pasal-Pasal menghasut dalam KUHP yang kini pada masa kemerdekaan tidak cocok lagi, Koesnoe secara panjang lebar mengatakan :<sup>61)</sup>

“Pasal-Pasal itu adalah khusus ditambahkan pada KUH Pidana Belanda yang atas dasar asas konkordansi diperlukan di Indonesia sebagai jajahannya untuk memberikan kekuasaan yang khusus menyebar dari hukum yang dianut di negeri Belanda, yaitu yang disebut dengan istilah “*exorbitante rechten*”. Penambahan pasal-pasal itu pada dasarnya bertujuan agar pemerintah kolonial Belanda di Indonesia yaitu Gubernur Jendral beserta semua aparatnya dapat mengambil tindakan tegas tanpa mengindahkan prinsip-prinsip hukum yang berlaku terhadap rakyat kita sebagai “*kawulanya*” (*onderdaan-nya*) yang melakukan sesuatu perbuatan



yang oleh pemerintah kolonial Belanda di Indonesia dianggap merongrong atau membahayakan kewibawaannya”.

Dikaitkan dengan posisi Muchtar Pakpahan sebagai penjuang demokrasi maka putusan MA tingkat kasasi itu dapat dikatakan sebagai upaya demokratisasi dan koreksi terhadap sistem secara keseluruhan yang saat itu terasa tidak berjalan demokratis. Peran MA semacam itu lumrah terjadi di negara-negara demokrasi seperti dikatakan Grossman & Well sebagai berikut : <sup>62)</sup>

.....”it is properly excised to the fullest when use to protect certain type of rights, and that is operate as a democratizing, corrective for the system as a whole”.

Dalam hal ini MA telah melakukan pilihan yakni menyelamatkan kepentingan yang lebih besar dengan menegakkan demokrasi ketimbang membela kepentingan pengusaha yang dijadikan sasaran unjuk rasa buruh. Menurut Holmes, dalam hal itu MA telah melakukan “sovereign prerogative of choise” (pilihan mutlak). <sup>63)</sup>

Berdasarkan alasan a), b), c), d), e), f) diatas yang terdiri dari pandangan ahli hukum terkemuka, aliran hukum, konsepsi hukum dan jurisprudensi kiranya dapat disepakati bahwa UU yang bermuatan “D-Laws” atau Duty Imposing Law dapat dikesampingkan oleh Hakim bila UU itu tidak sesuai lagi dengan kebutuhan masyarakat. Namun disadari, sangat sulit menentukan kriteria, kapan suatu UU dapat dikatakan telah tidak sesuai lagi dengan kebuthan masyarakat. Dalam hal ini kriteria itu

memang sebaiknya diserahkan kepada Hakim (pengadilan) sebelum legislatif secara tuntas dapat mengganti UU yang ketinggalan jaman itu. Artinya, dalam suatu negara demokrasi bagaimanapun juga kekuasaan legislatif (parlemen) harus tetap terlihat lebih dominan dalam merubah UU yang ketinggalan jaman dibandingkan dengan kekuasaan justicial. Lebih jauh ini berarti, dalam analisis terakhir apakah suatu UU ketinggalan jaman atau tidak, dalam suatu negara demokrasi kriteria itu haruslah diserahkan kepada rakyat untuk menentukannya melalui wakil-wakilnya di badan legislatif. Secara berkala setiap selesai Pemilu untuk membentuk badan legislatif, badan ini selalu dapat menguji suatu materi UU apakah masih sesuai atau tidak dengan kebutuhan rakyat yang diwakilinya. Untuk menghindari dominasi kekuasaan justicial dalam hal derogasi (penyampingan) sebuah UU perlu pemberdayaan dan peningkatan kualitas badan legislatif sehingga dalam suatu sistem hukum tidak banyak terdapat UU yang ketinggalan jaman yang merupakan peluang bagi dominannya kekuasaan derogatif dari justicial.

Selain UU yang ketinggalan jaman yang dapat dikesampingkan oleh Hakim, menurut hemat penulis Undang-Undang yang belum ketinggalan jaman tetapi maknanya tidak jelas sehingga menimbulkan keragu-raguan bagi Hakim juga dapat dikesampingkan (didiskresi), seperti telah disinggung dalam Bab II di depan, Undang-Undang<sup>64)</sup> yang demikian Pasal-Pasalnya dapat dikesampingkan setelah Hakim melakukan penafsiran

gramatikal, sistematikal, historikal, teleologikal, eksistensif dan restriktif, serta dengan melakukan konstruksi berupa analogi, penghalusan/pengkhususan dan *acontrario*.<sup>65)</sup> Tentang penggunaan diskresi terhadap Undang-Undang yang tak jelas ternyata dibenarkan oleh Ehrlich dengan mengatakan : .....”for it would come into play merely when there is no clear provision in the formulated law”<sup>66)</sup>

Selain itu Undang-Undang yang juga dapat dikesampingkan oleh Hakim adalah Undang-Undang yang bertentangan satu sama lainnya. Pertentangan ini bisa bersifat vertikal dan bisa juga bersifat horisontal. Pertentangan vertikal terjadi apabila satu peraturan perundang-undangan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Pertentangan horisontal terjadi bila satu peraturan perundang-undangan bertentangan dengan peraturan perundang-undangan dalam derajat yang sama namun dalam bobot dan durasi yang berbeda. Bobot yang berbeda dimaksudkan, yang satu adalah peraturan khusus dan yang lainnya adalah peraturan umum. Durasi yang berbeda artinya, yang satu adalah peraturan lama yang lainnya adalah peraturan baru.

Cara untuk memecahkan konflik norma itu adalah dengan menerapkan 3 asas yakni : <sup>67)</sup>

1) Asas “*lex superior derogat legi inferiori*” digunakan untuk memecahkan konflik vertikal dimana peraturan yang lebih tinggi

mengesampingkan peraturan yang lebih rendah. Berarti dalam mengambil putusan Hakim mengesampingkan peraturan yang lebih rendah.

2) Asas “lex specialis derogat legi generali” digunakan untuk menyelesaikan konflik horisontal dimana peraturan yang bersifat khusus mengesampingkan peraturan yang bersifat umum.

3) Asas “lex posterior derogat legi priori” digunakan untuk menyelesaikan konflik horisontal dimana peraturan yang baru mengesampingkan peraturan yang lama.

Berdasarkan telaah di atas dapat diasumsikan bahwa Hakim dapat mengesampingkan Undang-Undang dalam 3 hal yakni : pertama, bila UU itu telah ketinggalan jaman; kedua, bila UU itu rumusannya tidak jelas; ketiga bila UU itu konflik satu sama lain. Ini berarti UU yang relatif baru, jelas dan lugas, tidak mengandung konflik, harus ditaati oleh Hakim dalam melaksanakan fungsi mengadili, sebagai batas kebebasan kekuasaan keHakiman yang tidak bersifat mutlak. Dikatakan tidak bersifat mutlak karena dalam kondisi tertentu seperti diuraikan di atas hakim dapat mengesampingkan (mendiskresi) Undang-Undang (“D-Laws” meminjam konsep Raz). Dengan demikian akhirnya dapat diajukan suatu proposisi bahwa Undang-Undang yang tergolong “D-Laws” dan/atau yang bukan “P-Laws” merupakan batas normatif relatif kebebasan kekuasaan keHakiman. Berarti kebebasan hakim dalam melakukan diskresi terbatas hanya pada D-Laws saja (Limited Discretion of The Judges).

Sebelum mengakhiri Bab ini, kiranya perlu ditegaskan bahwa sandaran pokok dalam pembahasan batas normatif kebebasan kekuasaan kehakiman adalah pemikiran aliran Ilmu Hukum Analitis (Analytical Jurisprudence) dengan salah seorang eksponennya yakni J. Raz yang membedakan secara tajam P-Laws dan D-Laws. Meski aliran Studi Hukum Kritis (Critical Legal Studies) dengan eksponen utamanya Roberto Hunger juga mengecam kesewenang-wenangan pengadilan dengan berasumsi bahwa "legal adjudication is purely arbitrary and used for political purpose to further the need of the powerful"<sup>68)</sup>, namun pemikiran CLS (Critical Legal Studies) itu dalam kontek tulisan ini tidak perlu diikuti dengan alasan :

1) Pemikiran CLS pada dasarnya dipengaruhi oleh pemikiran Marxist. Tentang ini Coubrey & White mengatakan : <sup>69)</sup>

"In many respects, it will be seen that the major themes of the critical legal studies movement are similar to those ideas developed by the Marxist particularly modern Marxist writers such AS Gramsci and Collins. (Garis bawah dari penulis).

2) CLS anti terhadap perlindungan Hak Asasi Manusia, karena menurut mereka konsep HAM itu berasal dari konsep Barat yang liberal sebagai landasan pokok bagi berdirinya masyarakat kapitalis. Secara lebih jelas tentang persepsi CLS ini Courbrey & White mengatakan : <sup>70)</sup>

"Furthermore, critical legal studies is an attack on Western liberal concepts of basic civil and political right, which purportedly guarantee, in a legal sense, the individual's freedom of speech, assembly, religion, and a political sense democracies are based on the concept of the freedom of the individual .....The critical legal scholar's aim is to show that these rights and freedoms although put forward as essential to an individual's fulfilment,

actually serve the political and economic requirements of liberalism". (Garis bawah dari penulis).

Sehubungan dengan persepsi CLS yang anti HAM itu, M Zafer mengemukakan bahwa CLS juga anti terhadap Rule of Law dengan mengatakan : "CLS also rejects the desirability and the possibility of the Rule of Law"<sup>71)</sup>

Terhadap sikap ini CLS kemudian mendapat reaksi dari Sparer dan Delgado.<sup>72)</sup> Sparer mengatakan : "It is sometime blind to the significance of legal protections for certain fundamental human rights."<sup>73)</sup>

Sementara Delgado mengkritik kegagalan CLS dalam mengedepankan konsep-konsep yang bisa dipakai dasar bagi perlindungan HAM ras minoritas dari kesewenang-wenangan pemerintah (the failure of CLS to recognize the importance of individuals rights as a means of protecting racial minorities from the government).<sup>74)</sup>

## CATATAN

<sup>1)</sup> Hukum acara dan sejenisnya oleh Joseph Raz disebutnya sebagai “P-Laws” (rules of conferring power), Kelsen menyebut “norm of empowering power”, Ross menyebut “norm of competence”, Cohen dan juga Ian Mac Leod menyebut “adjective law”. Lebih jauh tentang ini lihat uraian Bab II sub 2.7 di depan.

<sup>2)</sup> Joseph Raz, The Concept Of A Legal System, Clarendon Press, Oxford, 1980, h. 56.

<sup>3)</sup> HLA Hart, The Concept Of Law, Clarendon Press, Oxford, 1981, h. 94.

<sup>4)</sup> Mac Iver, The Modern State, Oxford University Press, London, Geoffrey Cumberlege, 1950, h.252.

<sup>5)</sup> KC Wheare, Modern Constitution, Oxford University Press, London, New York, Dst, 1975, h. 4.

<sup>6)</sup> Hans Kelsen, General Theory of Law And State, Russel & Russel, New York, 1961, 1991.

<sup>7)</sup> CF Strong, Modern Political Constitution, Sidgewick & Jackson Limited, London, 1952, h. 9.

<sup>8)</sup> DB James, Role Theory And The Supreme Court, Dalam “Law And The Behavioral Sciences”, Editor Firedman & Macaulay, The Bobbs Merrill Company Inc, Indiana Polis, Kansas City, New York, 1986, h. 842.

<sup>9)</sup> J Raz, Op.Cit., h. 1- 2.

<sup>10)</sup> Tidak dijumpai kewenangan Jaksa untuk mengajukan peninjauan kembali. MA melalui putusan PK No. 55 PK/PID/1996 telah menambah KUHAP dengan norma baru yang bermuatan “conferring power” berupa wewenang Jaksa mengajukan PK.

<sup>11)</sup> K Wantjik Saleh, Tiga Undang-Undang Dasar, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1977, h. 9, (I).

<sup>12)</sup> K Wantjik Saleh, Ibid.

- <sup>13)</sup> K Wantjik Saleh, Ibid, h. 17.
- <sup>14)</sup> J Raz, Op.Cit., h. 156.
- <sup>15)</sup> HLA Hart, Op.Cit., h. 92 – 94.
- <sup>16)</sup> HLA Hart, Loc.Cit., h. 29.
- <sup>17)</sup> HLA Hart, Loc.Cit.
- <sup>18)</sup> Hans Kelsen, Op.Cit., h. 259.
- <sup>19)</sup> CF Strong, Op.Cit., h. 10.
- <sup>20)</sup> Soepomo; Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri, Pradnya Paramitha, Jakarta, 1994, h. 7.
- <sup>21)</sup> CF Strong, Op.Cit., h. 10.
- <sup>22)</sup> HC Black, Op.Cit., h. 164-165.
- <sup>23)</sup> Uraian lebih lengkap dan detail tentang D-Laws dan P-Laws dapat dilihat buku Raz yang berjudul “The Concept of Legal System”. Senada dengan Raz, Hart berdasarkan isinya membedakan hukum atas primary rules (sejenis D-Laws-nya Raz) dan secondary rules (sejenis P-Laws-nya Raz). Untuk uraian yang lebih detail tentang ini, dapat dibaca buku Hart yang berjudul “The Concept of Law”. Menurut Raz, hanya Hart-lah yang menaruh perhatian banyak tentang isi hukum, sedang sarjana lainnya terlalu sedikit perhatiannya terhadap persoalan keempat dari Mashab “analytical jurisprudence” ini yakni “the problem of content”. Raz tentang ini mengatakan : “Analytical jurists, apart from Hart, have paid little attention to the problem of content”....
- <sup>24)</sup> J Raz, Op.Cit., h. 762 – 763.
- <sup>25)</sup> A Th Peperzak, The Ideal Of Law, Universitiet Op Nijmegen, 1971, h. 162.
- <sup>26)</sup> H Danelius, Human Right In Swedden, The Swedish Institute, Stockholm, 1973, h. 32.



- 27) Soediman Karto Hadiprodjo, Negara RI, Negara Hukum, Yayasan Pembangunan, Jakarta, 1953, h. 8-9.
- 28) P Nonet & P Selznick, Law And Society In Transition, Toward Responsive Law, Haper Colophon Books, New York, Hagerstown, San Francisco, London, 1978, h. 79.
- 29) Koentjoro Poerbopranoto, Hak-Hak Azasi Manusia Dan Pancasila, New York, Hagerstown, Dst., 1978, h. 79.
- 30) P Sieghart, The Lawful Rights Of Mankind, University Press, Oxford, New York, 1986, h. 73.
- 31) J Griffith, Ideology In Criminal Procedure or Third Model of The Criminal Process, The Yale Law Journal, Volume. 79, N.3, January, 1970, h. 417.
- 32) HL Packer, The Limits Of The Criminal Sanction, Stanford University Press, Stanford, California, 1968, h. 4.
- 33) Mac Iver, Op.Cit., h. 252.
- 34) MW Tobias & RD Petersen, Pre Trial Criminal Procedure A Survey Of Constituional Rights, Charles C Thomas Publisher, Springfield, Illinois, USA, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pasca Sarjana UI, Jakarta, 1983, h. 210.
- 35) Hyman Gross, A Theory of Criminal Justice, Oxford Univesity Press, New York, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana Pascasarjana UI, Jakarta, 1983, h. 39.
- 36) Alan Coffey (et al), An Introduction to The Criminal Justice System and Process”, Prentice-Hall Inc, Engle Wood Cliffs, New Jersey, USA, Bahan Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pascasarjana UI, Jakarta, 1983, h. 81.
- 37) AC Germann (et al), Introduction to Law Enforcement And Criminal Justice, Charles Thomas, Springfield, Illinois, USA, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pascasarjana UI, Jakarta, 1983, h. 117.
- 38) E Ehrlich, Judicial Freedom of Decision, It Principles and Objects, Dalam “Reading In Jurisprudence And Legal Philosopy”, Cohen And Cohen’s & Philip Schuman, Little Brown & Company, Boston & Toronto, 1979, h. 237.

<sup>39)</sup> Dalam karyanya yang berjudul “Fungsi Normatif Hukum Administrasi Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih”, 1994, halaman 7-9, Philipus M Hadjon menyatakan bahwa suatu wewenang diperoleh dari 3 sumber yakni : atribusi, delegasi dan mandat. Wewenang atribusi diatur dalam UUD sedangkan wewenang delegasi dan mandat diatur dalam peraturan perundang-undangan. Berdasarkan konsepsi itu, kiranya kewenangan baru bagi Jaksa untuk mengajukan PK dapat digolongkan pada kewenangan delegasi yang harus diatur dengan sebuah Undang-Undang. Mengapa harus dengan Undang-Undang, karena Undang-Undang merupakan perwujudan “general will”/”volonte generale”, meminjam konsepsi Rousseau.

<sup>40)</sup> Varia Peradilan, No. 137, 1997, h. 50-51.

<sup>41)</sup> A Hamzah & Irdan Dahlan, Perbandingan KUHAP-HIR dan Komentar, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984, h. 356.

<sup>42)</sup> H Kelsen, Op.Cit., h. 197.

<sup>43)</sup> Lamintang, Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana Dengan Pembahasan Secara Yuridis Menurut Jurisprudensi Dan Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana, Sinar Baru, Bandung, 1984, h. 542.

<sup>44)</sup> Ramlon Naning, Himpunan Peraturan Tentang Peninjauan Kembali Putusan Pengadilan Yang Telah Memperoleh Kekuatan Hukum Tetap, Liberty, Yogyakarta, 1982, h. 1-2.

<sup>45)</sup> Subekti, Perlindungan Hak Asasi Manusia Dalam KUHAP, PT Pradnya Paramitha, Jakarta, 1984, h. 59.

<sup>46)</sup> A Tambunan, Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), Bina Cipta, Bandung, 1982, 163.

<sup>47)</sup> ....., Varia Peradilan, Op.Cit., h. 54.

<sup>48)</sup> ....., Varia Peradilan, Loc.Cit., h. 55

<sup>49)</sup> ....., Varia Peradilan, Loc.Cit., h. 59

<sup>50)</sup> J Raz, Op.Cit., h. 23 – 24.

<sup>51)</sup> E V Rostow, The Sovereign Prerogative, The Supreme Court And The Quest of Law, New Heaven & London, Yale University Press, 1963, h. xiii.

<sup>52)</sup> H Lloyd Of Hampstead & MDA Freeman; Lloyd's Introduction To Jurisprudence, Stevens & Sons, London, 1985, h. 680.

<sup>53)</sup> Penulis dapat menerima pandangan Holmes itu sepanjang hal itu menyangkut "D-Laws". Terhadap "P-Laws" faktor empiris tidak dapat diperhitungkan karena akan berakibat timbulnya kerancuan wewenang karena hakim dengan leluasa akan dapat menghapus, menambah dan mengurangi wewenang intern dan ekstern pengadilan. Hal ini sangat berbahaya dalam suatu negara hukum. Terhadap "P-Laws" (hukum acara) betul-betul ia harus diperlakukan sebagai suatu konsep normatif dengan sistem tertutup bagi Hakim. Lebih jauh tentang hukum sebagai konsep normatif dapat diikuti pandangan Van Hoof dalam bukunya yang berjudul "Rethinking The Sources of International Law", 1983.14

<sup>54)</sup> Kartono, Peradilan Bebas, Pradnya Paramita, Jakarta, 1972, h. 16.

<sup>55)</sup> Kartono, Ibid, h. 16.

<sup>56)</sup> Hardjawidjaja, Ius Contra Legem Dan Fraus Legis, Bagian Penerbitan FH UNAIR, Surabaya, 1971, h. 6.

<sup>57)</sup> Hardjawidjaja, Ibid, h. 9.

<sup>58)</sup> Sudikno Mertokusumo, Bunga Rampai Ilmu Hukum, Liberty, Yogyakarta, 1984, h. 34.

<sup>59)</sup> Varia Peradilan, Op.Cit., h. 20.

<sup>60)</sup> Y Harahap, Pengembangan Yurisprudensi Tetap, Dalam "Seminar Hukum Nasional Keenam Tahun 1994", BPHN, Jakarta, 1995, h. 166-167.

<sup>61)</sup> Koesnoe, Pasti Ada Kolusi di Mahkamah Agung, Editor, Hadely Hasibuan, Liga Pro Adi, Jakarta, Tanpa Tahun, h. 128.

<sup>62)</sup> Grossman & Well, Constitutional Law And Judicial Policy Making, John Wiley & Sons, New York, London, 1972, h. 128.

<sup>63)</sup> E V Rostow, Op.Cit., h. iii.

<sup>64)</sup> Yang dimaksud Undang-Undang dalam uraian ini adalah Undang-Undang yang tergolong "D-Laws" dan bukan "P-Laws" sesuai konsep J. Raz.

<sup>65)</sup> Purnadi Purbacaraka & Soerjono Soekanto, Perundang-Undangan Dan Yurisprudensi, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989, h. 13-114.

<sup>66)</sup> E Ehrlich, Op.Cit., h. 237.

<sup>67)</sup> Philipus M Hadjon, Fungsi Normatif Hukum Administrasi Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih, Pidato Penerimaan Jabatan Guru Besar Ilmu Hukum Pada FH UNAIR, Surabaya, 10-10-1994, h. 45.

<sup>68)</sup> H Mc Coubrey & ND White, Textbook on Jurisprudence, Blackstone Press Limited, London, 1996, h. 233.

<sup>69)</sup> H Mc Coubrey & ND White, Ibid, h. 214.

<sup>70)</sup> H Mc Coubrey & ND White, Ibid, h. 216.

<sup>71)</sup> M R Zafer, Jurisprudence an Outline, International Law Book Service, Kuala Lumpur, 1994, h. 153.

<sup>72)</sup> M R Zafer, Ibid, h. 153.

<sup>73)</sup> M R Zafer, Ibid, h. 153.

<sup>74)</sup> M R Zafer, Ibid, h. 153.

## **BAB V**

# **BATAS EKSTERNAL DAN INTERNAL KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN**

### **1. Batas Eksternal-Institusional**

Yang dimaksud dengan batas eksternal-institusional kebebasan kekuasaan kehakiman adalah batas luar yang berupa lembaga kenegaraan lain di luar lembaga judicial khususnya berupa lembaga legislatif.

Dalam uraian Bab III di depan telah ditegaskan bahwa landasan teoritis dari batas eksternal-institusional adalah Teori Pembagian Kekuasaan. Di situ juga sudah diuraikan bahwa tujuan pokok dari teori itu adalah untuk mencegah kesewenang-wenangan akibat terakumulasinya seluruh kekuasaan negara dalam satu tangan. Dengan dipisah-pisakannya kekuasaan menjadi tiga bagian, maka terkait dengan tujuan awal itu, haruslah dimaknai bahwa satu kekuasaan hakikatnya membatasi kekuasaan yang lain dalam rangka pelaksanaan fungsi pokok kekuasaan lain itu. Dengan demikian, relevansi pembagian kekuasaan dalam suatu negara hukum adalah untuk membikin satu kekuasaan itu menjadi jelas batas-batasnya.<sup>1)</sup> Hal ini disebabkan karena teori pemisahan kekuasaan yang diatur secara konstitusional dimaksudkan agar masing-masing kekuasaan

mengenal batas kekuasaannya (the constitutional scheme of separation of power mandates that zone limits be recognized).<sup>2)</sup>

Oleh karena itu konsep “check and balance” tidak boleh diartikan bermakna untuk mengaburkan masing-masing fungsi pokok dari tiga kekuasaan (legislatif, eksekutif, judicial) itu. Dengan konstruksi berpikir semacam itu mudah dipahami bahwa meski kekuasaan judicial (atas dasar konsep “check and balance”) dapat menciptakan norma baru bila terjadi kekosongan atau kekaburan D-Laws, tidaklah berarti atas dasar diskresi semacam itu kekuasaan judicial dapat menyerobot fungsi pokok kekuasaan legislatif untuk membentuk Undang-Undang. Artinya dengan kewenangan diskresi, kekuasaan judicial tidak dapat merubah Undang-Undang yang bermuatan *conferring power* (P-Laws) dan Undang-Undang yang bermuatan “*duty imposing*” (D-Laws) yang kredibel. Sebuah Undang-Undang sesuai asas *contrarius actus* hanya dapat diubah dengan Undang-Undang. Tujuannya adalah untuk menjamin tegaknya negara hukum.<sup>3)</sup>

Contoh yang sangat tepat untuk menunjukkan bahwa kekuasaan kehakiman Indonesia (MA) telah pernah merubah sebuah UU adalah putusan MA No. 55 PK/PID/1996 yang amat kontroversial itu seperti telah berkali-kali disinggung di depan. Melalui putusannya itu MA telah merubah substansi Pasal 263 (1) KUHP dengan menambah kewenangan Jaksa untuk mengajukan PK dan membenarkan putusan bebas/lepas dimintakan peninjauan kembali. Padahal Pasal 263 itu adalah Pasal yang

bersifat limitatif dalam menentukan kewenangan mengajukan PK. Juga Pasal itu dengan jelas mengandung pengecualian terhadap putusan bebas/lepas untuk dimintakan PK.<sup>4)</sup>

Adanya kecenderungan kekuasaan kehakiman yang tak mengenal batas kekuasaannya sehingga tak segan-segan menyerobot kekuasaan legislatif sempat dikeluhkan oleh beberapa kalangan.

O.W. Holmes seperti dikutip Rostow mengatakan :<sup>5)</sup>

“I donot expect or think it desirable that the judges ould under take to renovate the law. That is not their province. (Garis bawah dari penulis)

Dikatakan, bahwa Holmes tidak menginginkan para Hakim melakukan perubahan terhadap hukum karena pekerjaan itu bukan merupakan tugas mereka.

Ruppert Cross menyatakan bahwa meski di Inggris dianut asas “precedent” (“stare decisis”), namun hakim tidak dapat membuat hukum baru yang bertentangan dengan Undang-Undang. Hakim secara terbatas hanya dapat membuat norma baru, khusus terhadap perkara yang sedang diperiksanya saja. Tentang ini lebih jauh dikatakan :<sup>6)</sup>

“The modern English judge is at disadvantage as a law-maker when contrasted with the legislature, because he cannot make law which has been effectively declared by statute, or in a spheres in which there is no statute he is subject to the even greater restriction that he can only make law on such specific issues as happen to be litigated before him”. (Garis bawah dari penulis).

Hakim Agung (Justice) AS, Learned Hand dan Felix Frankfurter seperti juga dikutip Rostow, tidak setuju kalau hakim yang merubah UU, tetapi lebih baik dirubah oleh badan legislatif sesuai asas demokrasi. Tentang pandangan mereka itu Rostow mengatakan : <sup>7)</sup>

“They know that law must change as society changes. But they would prefer law to be altered not by judges but by legislature; they believe more democratically than the judges are”.

Ternyata F. Frankfurter sangat konsisten dengan pandangannya itu. Dalam kesempatan lain seperti dikutip Grossman & Well, Frankfurter berkomentar dalam nada yang sama sebagai berikut : <sup>8)</sup>

“Not so long ago we were admonied that the only check upon our own exercise of power is our own sense of self-restraint. For the removal of unwise laws from the statute books appeal lies not to the court but to the ballot and to the processes of democratic government . (Garis bawah dari penulis).

Pandangan yang lebih jelas dan memadai dikemukakan oleh Dworkin dimana sarjana ini tidak setuju dengan upaya perubahan (diskresi) hukum oleh pengadilan didasarkan dua alasan yakni : *pertama, perbuatan hakim itu telah bertentangan dengan asas demokrasi; kedua, perbuatan itu bertentangan dengan asas retroaktif*. Untuk lebih jelas kiranya perlu diikuti penuturan Lloyd & Freeman sebagai berikut : <sup>9)</sup>

“In his article ‘Hard Cases’ Dworkin posses two objection to theories which rely on judicial discretion : first; they offend the democratic ideal that a community should be governed by elected officials answerable to the electorate, ..... second; law and applies retroactively in the case before him, then the losing party will be punished not because he violated some duty he had, but rather a new duty created after the event.



Dalam kesempatan lain, Dworkin seperti dikutip oleh Zafer mengatakan :<sup>10)</sup>

“If judges were to take up the task of making laws, there would be clear contradiction to the theory of separation of power.... If the judges were to lay down or make law in hard case, they would be doing this at the end of the case. In effect the judges would be applying the law retrospectively”..... (Garis bawah dari penulis).

Semua pandangan di atas terutama pandangan Dworkin dapat penulis setuju dengan berlandaskan pada teori Pembagian Kekuasaan seperti di depan. Seperti dikemukakan Dworkin, jika kekuasaan kehakiman dapat merubah UU atau membentuk UU baru, jelas tindakan itu bertentangan dengan inti Teori Pemisahan Kekuasaan (Pembagian Kekuasaan) karena di satu sisi kekuasaan pokok lembaga legislatif akan menjadi kabur dan di sisi lain kekuasaan pokok lembaga judicial juga akan menjadi kabur.

Dalam sistem hukum Indonesia contoh kekaburan batas kekuasaan kehakiman terlihat jelas dengan diberikannya kewenangan kepada MA membuat Peraturan MA yang substansinya sederajat dengan UU. Dengan kata lain dalam sistem hukum Indonesia telah terjadi ambiguitas kewenangan membuat UU dimana selain badan legislatif, MA Indonesia juga berwenang membuat UU dalam bentuk Peraturan MA. Dengan berlandaskan pada Teori Pemisahan Kekuasaan dan konsep “power limit power” seperti disinggung dalam Bab di depan, jelas tidak dapat dibenarkan kalau MA diberi kewenangan membuat UU. Salah satu contoh

Per.Ma. yang bersifat merubah Undang-Undang adalah Per.Ma. No. 1 tahun 1993 tentang Hak Uji Materiil, yang isinya gugatan terhadap tidak syahnya peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang dapat langsung diajukan kepada MA atau kepada pengadilan tingkat pertama tanpa menunggu hpemeriksaan tingkat kasasi seperti disyaratkan oleh Pasal 26 (2) UU No. 14 tahun 1970 yang dengan demikian MA lebih jauh berarti telah secara sengaja mengambil alih fungsi legislatif karena sebuah UU hanya bisa dirubah oleh UU juga. Meski dari segi tujuan (*doelmatigheid*) Per.Ma. itu bernilai positif tetapi dari segi kepastian hukum (*rechtzekerheid*) pengeluaran Per.Ma. semacam itu tidak dapat dibenarkan karena mengandung implikasi penyerobotan wewenang yang bertentangan dengan konsep “*power limit power*”.

Contoh lain yang cukup bagus untuk menggambarkan betapa MA telah melakukan amandemen terhadap sebuah UU adalah Peraturan Mahkamah Agung (Per.Ma.) No. 1 tahun 1963 tentang penambahan ayat pada Pasal–Pasal 113, 115, 122 dan 125 UU Mahkamah Agung Indonesia (UU No. 1 tahun 1950).

Untuk jelasnya perlu dikutip kalimat-kalimat dalam Per.Ma. tersebut yang menggambarkan amandemen (penambahan) UU No. 1 tahun 1950 itu sebagai berikut :

.....  
 Pasal I

“Pada pasal 113 Undang-Undang Mahkamah Agung Indonesia  
 ditambahkan ayat keempat yang berbunyi sebagai berikut :

.....  
 Pasal II

Pada pasal 115 Undang-Undang Mahkamah Agung Indonesia  
 ditambah ayat keempat yang berbunyi sebagai berikut :

.....  
 Pasal III

Pada pasal 122 Undang-Undang Mahkamah Agung Indonesia  
 ditambah ayat ketiga yang berbunyi sebagai berikut :

.....  
 Pasal IV

Pada pasal 125 Undang-Undang Mahkamah Agung Indonesia  
 ditambah ayat keempat yang berbunyi sebagai berikut :

.....  
 (Garis bawah dari penulis)

Menilik kata-kata yang diberi garis bawah dalam kutipan itu tampak jelas MA telah melakukan amandemen terhadap UU No. 1 tahun 1950. Sekali lagi ditinjau dari segi konsep “power limit power”<sup>11)</sup> yang bersumber pada Teori Pemisahan Kekuasaan seperti telah berulang-ulang disinggung di depan, jelas tindakan MA itu telah keluar dari batas kekuasaan judicial-nya dan telah dengan leluasa menerobos wilayah kekuasaan legislatif. Tindakan demikian jelas tidak dapat dibenarkan (dari visi Hukum Tata Negara) karena kekuasaan legislatif bagaimanapun juga harus diakui sebagai batas eksternal-institusional kekuasaan judicial.

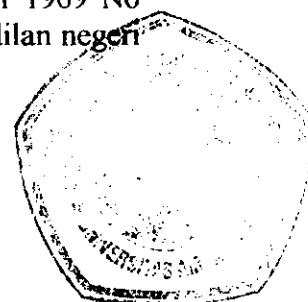
Contoh lain Per.Ma. yang bersifat mengamandemen UU adalah Per.Ma. No. 1 tahun 1969 tentang Penambahan UU No. 1 tahun 1950 dengan aturan tentang PK. Konsideran dari Per.Ma. itu menyatakan :

“Bahwa oleh karena itu Mahkamah Agung sebelum diadakannya Undang-Undang pelaksanaan menganggap perlu untuk menggunakan lembaga peninjauan kembali tersebut dengan cara menambah hukum acara Mahkamah Agung dengan lembaga tersebut beserta peraturan pelaksanaannya seperti tersebut di bawah ini” (Garis bawah dari penulis).

Dengan memperhatikan kata-kata yang diberi garis bawah tampak dengan jelas pula bahwa kehadiran Per.Ma. tersebut bersifat mengamandemen UU No. 1 tahun 1950 karena dalam UU tersebut belum diatur lembaga peninjauan kembali. Alasan MA mengeluarkan Per.Ma. No. 1/1969 itu (seperti tertuang dalam konsideran) adalah semata-mata untuk menjamin rasa kepuasan dan keadilan pencari keadilan akibat tidak terlayani permohonan peninjauan kembalinya karena belum ada UU-nya.

Namun kemudian terlihat MA tidak konsisten dengan sikapnya itu bila dicermati Per.Ma. No. 1 tahun 1971 tentang Pencabutan Kembali Per.Ma. No. 1 tahun 1969 itu. Dalam diktum Per.Ma. No. 1 tahun 1971 itu dikatakan bahwa pemeriksaan peninjauan kembali dalam perkara perdata dapat dilaksanakan dengan menggunakan hukum acara “Burgerlijke Rechtsvordering” sebagai pedoman, dan permohonan peninjauan kembali perkara pidana tidak dapat diterima (tidak dapat dilayani) karena belum ada Undang-Undangnya. Untuk lebih jelasnya perlu dikutip diktum Per.Ma. No. 1/1971 itu sebagai berikut :

“Menegenai permohonan-permohonan peninjauan kembali yang dialamatkan kepada MA berdasarkan Peraturan No. 1 tahun 1969 yang berdasarkan Surat Edaran MA tanggal 28 Oktober 1969 No 18/1969 telah ditahan di kepaniteraan pengadilan-pengadilan negeri



supaya pemohon-pemohonnya dipanggil dan diberi tahu sekedar mengenai putusan perdata mereka dapat mengajukan gugatan request-civiel menurut cara gugatan biasa dengan berpedoman pada Peraturan "Burgerlijk Rechtsvordering" sedangkan yang mengenai putusan pidana tidak dapat dilayani karena belum ada Undang-Undanganya (Garis bawah dari penulis)

Ditinjau dari konsepsi J Raz bahwa Hukum Acara adalah tergolong P-Laws (rule of conferring power) yang mengatur wewenang dan mengatur cara bagaimana menjalankan wewenang itu, pendirian MA yang tersirat dalam diktum Per.Ma. No. 1/1971 itu lebih tepat, dibandingkan dengan pendiriannya yang tersirat dalam Per.Ma. No. 1/1969 yang kontradiktif. Memang sepatutnya bila suatu kewenangan belum ada diatur dalam UU suatu kekuasaan belum boleh menggunakan wewenang itu. Sudah tepat pendirian MA bahwa karena wewenang memeriksa peninjauan kembali perkara pidana belum diberikan oleh UU kepada MA maka MA tidak dapat menerima permohonan Peninjauan Kembali dan kepada Pengadilan Negeri diperintahkan untuk tidak melayani permintaan Peninjauan kembali perkara pidana seperti tertuang dalam diktum Per.Ma. No. 1/1971 di atas.

Dikaitkan dengan putusan PK MA No. 55 PK/Pid/1996 dalam perkara Muchtar Pakpahan, mestinya bila MA konsisten dengan pendiriannya yang tertuang dalam Per.Ma. No. 1/1971 itu, MA seharusnya tidak dapat menerima permintaan PK jaksa karena kewenangan jaksa mengajukan PK tidak/belum diatur dalam UU (KUHAP). Dengan membandingkan kedua produk MA itu (Per.Ma. No. 1 tahun 1971 dan

putusan PK No. 55/PK/Pid/1996) lagi-lagi terlihat tidak konsistennya sikap MA dalam melakukan pembinaan sistem hukum Indonesia.

## **2. Batas Internal – Etikal**

Yang dimaksud dengan batas internal-etikal kebebasan kekuasaan kehakiman adalah kaidah-kaidah moral (etika) yang harus diindahkan oleh pelaksana kekuasaan kehakiman (hakim) dalam menjalankan fungsi judicial.

Disadari bahwa batas ini tidak terdapat pada bidang juridis (hukum) tetapi ia berada pada bidang moral atau etika.<sup>12)</sup> Meski ia berada di luar hukum, tak dapat dipungkiri, kaitannya dengan batas normatif dan batas eksternal-institusional. Jelasnya, bila seorang hakim telah berpegang teguh pada batas internal-etikal (kaidah moral) pastilah ia tak akan melanggar batas normatif dan batas eksternal-institusional. Dengan berpegang pada kaidah moral, hakim akan mentaati kaidah hukum yang mengatur kekuasaannya dan juga mentaati teori Pembagian Kekuasaan karena hanya dengan berpegang pada moral hakim akan menjalankan profesinya dengan jujur. Dengan kaidah moral hakim akan ndapat memilah-milah dan memilih tindakan yang tepat dalam mengambil putusan. Tindakan hakim yang berlandaskan pada kaidah moral dalam tekhnis peradilan dikenal dengan konsep “Judicial Selfrestraint”. Konsep ini merupakan landasan

konseptual dalam membahas batas internal-etikal seperti telah diuraikan dalam Bab III di depan.

Dalam memutus perkara, menurut Holmes, jika terjadi konflik antara beberapa kepentingan berdasarkan konsep “Judicial Selfrestraint” hakim harus menggunakan “prerogative of choice” nya dengan pandai-pandai memilih kepentingan yang mana yang harus dimenangkan. Holmes mengisyaratkan, kepentingan sosial yang lebih besarlah yang harus dimenangkan. Tentang ini O.W. Holmes lebih jauh mengatakan : <sup>13)</sup>

“But I think most important to remember whenever a doubtful case arises, with certain analogies on one side and other that what really is before us is a conflict between two social desires, each of which seeks to extent dominan over the case, and which can not both have their way, the social question is which desires is stronger at the point” ..... (Garis bawah dari penulis)

Penegasan bahwa pentingnya landasan moral bagi hakim dikemukakan oleh W.N. Seymour Jr dengan merujuk kepada sikap moral George Washington Presiden pertama AS. Beberapa hari sebelum George Washington diambil sumpahnya sebagai Presiden pertama AS, ia bersurat kepada rekannya Alexander Hamilton dengan mengatakan : “I hope I all always posses firmness and virtue enough to maintain the character of an honest man”. Menurut Seymour, kata “firmness” (ketegaran) dan kata “virtue” (kebajikan) yang dilontarkan oleh G. Washington itu tiada lain adalah landasan moral yang dijadikan pijakan oleh G. Washington untuk menjadi seorang Presiden yang jujur (an honest man). Dengan acuan itu

kemudian Seymour menghimbau para hakim di AS untuk selalu berpegang pada landasan moral dalam membuat putusan yang obyektif (*impartial judgement*) tanpa rasa takut atau berpihak. Landasan moral menurut dia, hendaknya dapat menjadikan hakim mampu membedakan benar dan salah berdasarkan bisikan hati nuraninya. Tentang ini dengan kata-katanya sendiri Seymour mengatakan : <sup>14)</sup>

“It means rather something much more positive, *the moral strength always do what one knows in one’s heart is the right thing to do, the moral strength to act promptly and forcefully to prevent from doing whhat one knows is wrong, the moral strength to make impartial judgements without fear or favor*”. (Garis bawah dari penulis)

Di sisi lain B Cardozo sebagai seorang hakim telah mampu melandasi tindakannya dengan landasan moral dengan suatu persepsi bahwa dalam memutus perkara ia tidak mendasarkan pada aspirasi atau pendiriannya pribadi, tetapi selalu memperhatikan aspirasi dan pendirian ataupun pandangan moral (*philosophies*) masyarakat luas. Tentang ini secara jelas dikatakannya : <sup>15)</sup>

“My duty as judge, say be to objective in law, not my own aspirations and convictions and philosophies, but the aspirations and conviction and philosophies of the men and women of my time”.

Berdasarkan hal itu Cardozo dalam kesempatan lain menegaskan bahwa faktor kunci kendali pikiran hakim adalah filsafat moral yang memberi arahan dalam berpikir dan bertindak (“which gives coherence and direction to thought and action, judge can not escape that”.....). <sup>16)</sup>



Senada dengan Cardozo, M.J. Perry menekankan bahwa dengan berpegang pada landasan moral dari konsep “Judicial Selfrestraint” para hakim akan dapat menangkal pengaruh subyektif diri sendiri dan bahkan dapat menghilangkan sama sekali. Tentang ini Perry lebih jauh mengatakan: <sup>17)</sup>

“We should want to moderate or constrain the influence of such subjectivity. I’ve set forth consideration counselling judicial self restraint.....to bracket such conviction is therefore to bracket, to annihilate – essential aspect of one’s very self”.

Sementara itu Hood mengatakan bahwa dalam masyarakat modern, penilaian moral terhadap hakim dalam menilai seberapa jauh berat dan bahayanya suatu pelanggaran hukum cenderung merupakan pendekatan baru, atau “the new approach addresses itself directly to the moral evaluation of the judges in the way they interpret the gravity or dangerousness of various offences in modern society.” <sup>18)</sup>

Dari uraian di atas tampak bahwa landasan moral sangat bermanfaat bagi hakim dalam memutus perkara agar mereka dapat terselamatkan dari gelombang perasaan subyektifitas yang saling tumpang tindih yang hadir di benaknya (to give way before waves of feeling and opinion that may be they are momentarily overwhelming). <sup>19)</sup>

Dikaitkan dengan sistem hukum acara perdata dan hukum acara pidana Indonesia yang mengenal “persangkaan hakim” (Pasal 284 RBg/164 HIR) dan “petunjuk bagi hakim” (Pasal 184 KUHP) sebagai

alat bukti yang syah, kiranya peringatan Alexander Bickel tersebut yang menekankan inti moral dari konsep “judicial self restraint” perlu mendapat perhatian yang serius. Mudah dipahami, alat bukti berupa “persangkaan hakim” dan “petunjuk bagi hakim” memiliki potensi yang cukup besar untuk menjadikan hakim sangat subyektif dan sewenang-wenang dalam memutus perkara yang memiliki alat bukti minimum.

Untuk mencegah hal itu, hakim dalam mengambil putusan tidak menggunakan intuisi tetapi menggunakan penalaran (legal reasoning). Hanya dengan kemampuan tinggi melakukan reasoning itulah putusan hakim akan menjadi obyektif karena dengan demikian hukum acara akan betul-betul dapat menimbulkan apa yang oleh M M Henket sebagai “systematic decisions that will help to secure the life and liberty of individual”.<sup>20)</sup> Dengan maksud yang sama dengan Henket tetapi dengan rumusan kata-kata yang berbeda, Golding memandang reasoning itu sangat penting dikaitkan dengan keabsahan putusan (reason are intended as justifications for the decisions).<sup>21)</sup> Menurut Ehrlich, hakim yang mampu melakukan reasoning dalam dimensi yang luas (plenty of scope) adalah hakim yang memiliki kepribadian yang tangguh (it is the problem of how to organize the judiciary so as to give plenty of scopes is the strong personalities).<sup>22)</sup>

Keluasan dan kedalaman suatu reasoning tergantung pada kemampuan hakim untuk memilih salah satu bidang reasoning yang paling

relevan atau mengkombinasikan bidang-bidang reasoning tertentu untuk memperoleh hasil reasoning yang optimal. Berdasarkan penelusuran Eisenberg, ada beberapa bidang reasoning yang perlu diperhatikan oleh hakim jika ingin diperoleh hasil reasoning yang optimal. Tentang pembedaan Eisenberg itu, ditegaskan oleh Hanns Hohmann sebagai berikut :<sup>23)</sup>

“The principal modes of argumentation which Eisenberg explores are : reasoning from precedent, reasoning from principle, reasoning from analogy, reasoning from doctrine established in the professional literature and reasoning from hypothetical”.

Landasan moral yang terserap dalam konsep “judicial self-restraint” dalam dunia peradilan di AS mendapat perhatian cukup besar. Berdasarkan konsep itu, di AS, menurut Hakim Agung Brandeis, terdapat 7 larangan tak tertulis yang harus diindahkan oleh para hakim (pengadilan) dalam menjalankan profesinya. Ketujuh larangan itu adalah :<sup>24)</sup>

1) Non adversary proceeding

Artinya : hakim (pengadilan) dilarang memutus sengketa tanpa kedua belah pihak diperiksa secara berhadap-hadapan dalam persidangan.

2) Not anticipate a question of constitutional law in advance of the necessity of deciding. Atau, tidak sengaja memancing timbulnya sengketa hukum (tata negara) semata-mata dengan maksud agar sengketa itu dapat diputus oleh pengadilan itu sendiri.

bila keberlakuan (kekuatan mengikat) suatu Undang-Undang dari kongres dipersoalkan, bahkan bila muncul keragu-raguan yang serius terhadap Undang-Undang itu, maka merupakan prinsip pokok bahwa pengadilan pertama-tama meyakinkan bahwa konstruksi Undang-Undang itu cukup memadai untuk memecahkan persoalan atau keragu-raguan itu.

Meski di Indonesia larangan semacam itu tak mungkin diterapkan karena sistem hukum Indonesia tak mengenal kewenangan hakim menguji konstitusionalitas suatu Undang-Undang, namun untuk menjamin pengadilan yang bersih dan jujur kiranya prinsip moral selain diserap dalam konsep “judicial self-restraint” (pengendalian diri hakim) perlu juga dijabarkan dalam suatu kode etik profesi hakim.

Selain tujuh butir larangan tak tertulis itu, di AS penjabaran lebih rinci konsep “judicial self-restrain” itu menurut Henry J Abraham diwujudkan dalam bentuk 16 maxim (asas) yakni : <sup>25)</sup>

- 1) Itikad baik dalam melakukan peradilan (bonafedee).
- 2) Menghormati kedudukan pihak-pihak (Standing).
- 3) Tidak memberi nasihat hukum (does not render advisory opinion).
- 4) Tidak menjeneralisir hukuman (not entertain generality).
- 5) Memperhatikan kemanfaatan (benefits)
- 6) Mentaati hukum acara (duly procedure followed).
- 7) Memperhatikan pokok perkara (substantial issues).

8) Memilah masalah fakta dan masalah hukum (question of fact and question of law).

9) Tidak selalu terikat pada "precedents" (not absolutely bound by precedents).

10) Tidak terkena pengaruh pihak-pihak (refusing to come to grips).

11) Memutus secara bijaksana bila terjadi konflik UU dengan konstitusi (always in its favour of presumption)

12) Memilih aturan yang dirasa paling adil diterapkan (will be eager to do so).

13) Tidak selalu melancarkan dalih negatif kepada pembuat hukum (not impute illegal motives to the lawmakers)

14) Berupaya keras dan membatasi diri untuk tidak menerapkan aturan yang inkonstitusional (try hard and to confine the holding of that particular statute).

15) Selalu melihat segi konstitusionalitas suatu peraturan hukum (still be constitutional in the eyes of the court).

16) Bukan tugas pengadilan menilai kualitas seorang anggota legislatif (not designated to check unrepresentative of a legislator).

Bercermin pada 7 aturan tak tertulis dan 16 maxim yang masih abstrak itu memang dirasa perlu untuk mengkonkritkan butir-butirnya dalam suatu kode etik yang dapat beraku secara universal. Dikaitkan dengan kondisi sistem pengadilan Indonesia yang belakangan diwarnai

dengan pola tindak kesewenang-wenangan hakim (seperti diuraikan dalam Bab I) kiranya dapat dipahami betapa pentingnya kode etik hakim sebagai batas internal-etikal bagi hakim dalam menjalankan kebebasannya.

Menurut Abdulkadir Muhammad,<sup>26)</sup> kode etik hakim meliputi empat bidang etika yakni : a) etika kepribadian hakim; b) etika melakukan tugas jabatan; c) etika pelayanan terhadap pencari keadilan; dan d) etika hubungan sesama rekan hakim.

1) Etika Kepribadian Hakim dapat berupa :

- a) Percaya dan bertakwa kepada Tuhan Yang Maha Esa
- b) Menjunjung tinggi citra, wibawa dan martabat hakim.
- c) Berkelakuan baik dan tidak tercela
- d) Menjadi teladan bagi masyarakat
- e) Menjauhkan diri dari perbuatan dursila dan kelakuan yang dicela oleh masyarakat.
- f) Tidak melakukan perbuatan yang merendahkan martabat hakim.
- g) Bersikap jujur, adil, penuh rasa tanggung jawab.
- h) Berkepribadian, sabar, bijaksana, berilmu.
- i) Bersemangat, ingin maju (meningkatkan nilai peradilan).
- j) Dapat dipercaya
- k) Berpandangan luas

- 2) Etika dalam melakukan tugas jabatan hakim berupa :
  - a) Berisikap tegas, disiplin
  - b) Penuh pengabdian pada pekerjaan.
  - c) Bebas dari pengaruh siapapun juga.
  - d) Tidak menyalahgunakan kedudukan dan wewenang untuk kepentingan pribadi dan golongan.
  - e) Tidak berjiwa linglung
  - f) Tidak menonjolkan kedudukan
  - g) Menjaga wibawa dan martabat hakim dalam hubungan kedinasan.
  - h) Berpegang teguh pada kode kehormatan hakim.
  
- 3) Etika pelayanan terhadap pencari keadilan berupa :
  - a) Bersikap dan bertindak menurut garis-garis yang ditentukan di dalam hukum acara yang berlaku.
  - b) Tidak memihak, tidak bersimpati, tidak antisipati pada pihak yang berperkara.
  - c) Berdiri di atas semua pihak yang kepentingannya bertentangan, dan tidak membeda-bedakan orang.
  - d) Sopan, tegas dan bijaksana dalam memimpin sidang, baik dalam ucapan maupun perbuatan.
  - e) Menjaga kewibawaan dan kehormatan persidangan.

- f) Bersungguh-sungguh mencari kebenaran dan keadilan.
  - g) Memutus berdasarkan keyakinan hati nurani.
  - h) Sanggup mempertanggungjawabkan putusan kepada Tuhan Yang Maha Esa.
- 4) Etika hubungan sesama rekan hakim meliputi :
- a) Memelihara dan memupuk hubungan kerjasama yang baik antara sesama rekan.
  - b) Memiliki rasa setiakawan, tenggang rasa, dan saling menghargai antara sesama rekan.
  - c) Memiliki kesadaran, kesetiaan, penghargaan terhadap korp hakim.
  - d) Menjaga nama baik dan martabat rekan-rekan baik di dalam maupun di luar kedinasan.
  - e) Bersikap tegas, adil dan tidak memihak.
  - f) Memlihara hubungan baik dengan hakim bawahannya dan hakim atasannya.
  - g) Memberi contoh yang baik di dalam dan di luar kedinasan.

Pengawasan terhadap pentaatan kode etik oleh hakim diserahkan kepada Majelis Kehormatan Hakim (Pasal 20 ayat 3 UU No. 2 tahun 1986 tentang Peradilan Umum). Hubungan antara Undang-Undang dengan kode etik profesi hakim (kode kehormatan hakim) sangat erat karena



pelanggaran terhadap Undang-Undang berarti juga pelanggaran terhadap kode etik.

Akhirnya dapat dirumuskan bahwa dengan berpegang kepada kode etik yang sesungguhnya merupakan landasan moral yang terserap ke dalam konsep *judicial self-restraint*, diyakini tidak akan terjadi kesewenangan hakim (pengadilan) dalam melakukan fungsi *judicial*, seperti telah dilukiskan secara panjang lebar dalam Bab I di depan. Dengan demikian kiranya dapat disepakati bahwa landasan moral itu adalah merupakan batas internal-etikal kebebasan kekuasaan kehakiman.

## CATATAN

- 1) Joeniarto, Negara Hukum, Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta, h. 22.
- 2) Laurence H Tribe, American Constitutional Law, The Foundation Press, Inc, Mineola, New Yrok, 1978, h. 179.
- 3) Rochmat Soemitro, Peradilan Tata Usaha Negara, Rafika Aditama, Bandung, 1998, h. 1.
- 4) M Karyadi & R Soesilo, KUHAP Dengan Penjelasan Dan Komentar, Politea, Bogor, 1983, h. 222.
- 5) EV Rosstow, The Sovereign Prerogative, The Supreme Court And The Quest Of Law, New Heaven & London, Yale University Press, 1963, h. iii.
- 6) Ruppert Cross, Precedent In English Law, Clarendon Press, Oxford, 1977, h. 33-34.
- 7) EV Rosstow, Op.Cit., h. xvi.
- 8) JB Grossman & RS Well, Konstitutional Law And Judicial Policy Making, John Wiley & Sons, New York, London, 1972, 129.
- 9) Lloyd of Hampstead & Freeman, Lloyd's Introduction To Jurisprudence, Stevens & Sons, London, 1985, h. 1122-1123.
- 10) MR Zafer, Jurisprudence An Outline, ILBS, Kuala Lumpur, 1994, h. 27.
- 11) Konsep "power limit power" di Indonesia antara lain dikembangkan oleh JHA Logeman dalam bukunya yang berjudul "Over de Theorie van Een Stelling Staatsrecht" 1948, Bab 24. Buku ini diterjemahkan dalam bahasa Indonesia oleh Makkatutu dan JC Pangkerego dengan judul "Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif", diberi kata Pengantar oleh G.J. Resink tahun 1975;. Bab 24 dari terjemahan buku Logemann itu berjudul "Batas Sampai Dimana Jabatan Dapat Dipakai". Logemann dinilai oleh salah seorang muridnya yakni Resink sebagai sarjana Hukum yang mempunyai nama besar sekaliber Van Vollenhoven dan banyak tertarik dengan pemikiran-pemikiran Reine Rechtslehre-

nya Hans Kelsen. Logemann adalah Guru Besar Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi pada Recht Hoge School di Batavia dari tahun 1925 – 1939. (Baca lebih jauh kata pengantar buku Logemann itu oleh GJ Resink, dan Bab 24 dari buku tersebut).

<sup>12)</sup> Kata “moral” mempunyai arti yang sama dengan “etika” yakni : nilai-nilai dan norma-norma yang menjadi pegangan seseorang atau kelompok dalam bertingkah laku. Perbedaan kedua kata itu adalah kata “moral” berasal dari bahasa Latin, sedangkan kata “etika” berasal dari bahasa Yunani (Abdul Kadir Muhammad, 1997, 15). Menurut J.R. Poedjawijatna, obyek forma dari etika adalah tingkah laku manusia yang dilakukan dengan sengaja. Seseorang yang melakukan perbuatan tidak dengan sengaja, tidak dapat dinilai bermoral atau tidak. Lebih jauh tentang etika atau moral yang berkaitan dengan “baik” dan “buruk” diuraikan secara gamblang oleh Poedjawijatna dalam bukunya yang berjudul “Etika, Filsafat Tingkah Laku, 1986, khususnya Bab III dan Bab IV, halaman 34 s/d 58. Selain itu pengertian tentang “moral” dapat dilihat dalam bukunya George P Stein, “The Forum of Philosophy, 1973. Pada halaman 199 dari buku itu diberikan pengertian “moral” sebagai berikut : “In both of them the word ‘immoral’ means ‘bad’ and the word ‘moral’ means ‘good’, ..... thus ‘moral’ and ‘immoral’ as they are used in these (legitimate) popular sense are equivalent to ‘good’ and ‘bad’ (kata ‘immoral’ berarti buruk dan kata ‘moral’ berarti ‘baik’. Jadi moral dan immoral dalam pengertian umum bersepadanan (sama) artinya dengan ‘baik’ dan ‘buruk’.

<sup>13)</sup> EV Rosstow, Op.Cit., h. iii.

<sup>14)</sup> WN Seymour Jr; Why Justice Fails, William Morrow & Company Inc, New York, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pasca Sarjana UI, Jakarta, 1983, h. 438 - 439

<sup>15)</sup> Sir Alfreid Denning, The Road to Justice, Stevens & Sons, London, 1955, h. 173.

<sup>16)</sup> B Cardozo, Nature of The Judicial Process, Dalam “Lloyd’s Introduction to Jurisprudence”, Lloyd & Freeman, Stevens & Sons, London, 1985, h. 177.

<sup>17)</sup> Michael J Perry, Morality, Politic And Law, Oxford University Press, New York, Oxford, 1988, 181-182.

<sup>18)</sup> A Keith Bottomly, The Failure of Penal Treatment, Where Do We Go From Here; Dalam "Criminal Justice Selected Reading, Editor J Baldwin & A Keith Bottomly, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pascasarjana UI, 1983, h. 334.

<sup>19)</sup> Alexander Bickel, The Web of Subjectivity, Dalam "Constitutional Law and Judicial Policy Making", Editor JB Grossman & RS Wells, John Wiley & Sons Inc, New York, London, Dst, 1972, h. 134.

<sup>20)</sup> M M Henket, Legal Reasoning, Dalam "Legal Argumentation In Civil Law And In Common Law", Erasmus Programme, Facultiet Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht, Netherland, 1997, h. 24.

<sup>21)</sup> Martin P Golding, Legal Reasoning, Alfred A Knopf, New York, 1984.

<sup>22)</sup> E Ehrlich, Judicial Freedom of Decision, It Principles And Object, Dalam "Reading In Jurisprudence And Legal Philosophy", Cohen and Cohen & Philip Schuman, LB & Company, Boston, Toronto, 1979, h. 239.

<sup>23)</sup> Hanns Hohmann, The Nature Of The Common Law And The Comparative Study Of Legal Reasoning; Dalam "Legal Argumentation .....", Editor : M M Henket, Erasmus Programme, Universiteit Utrecht, 1997, h. 6.

<sup>24)</sup> Grossman & Wells, Op.Cit., h. 131-132.

<sup>25)</sup> JH Ferguson & DE Mc Henry, The American System of Government, Mc Graw-Hill Book Company, New York Dst, 1965, h. 368.

<sup>26)</sup> Abdulkadir Muhammad, Etika Profesi Hukum, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997, h. 102-104.

## BAB VI

# PENGAWASAN SEBAGAI PENCEGAHAN (EKSES) PELANGGARAN BATAS KEBEBASAN KEKUASAAN KEHAKIMAN

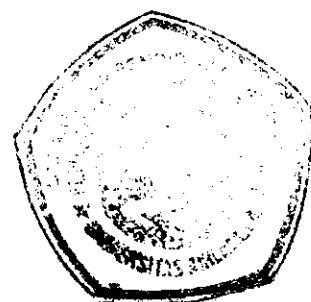
### 1. Pengawasan Kekuasaan Kehakiman

Pengawasan terhadap kekuasaan kehakiman dalam suatu Negara Hukum yang demokratis seperti Indonesia menjadi persoalan penting karena adanya kenyataan sebagai berikut : di satu sisi kekuasaan eksekutif dikontrol oleh kekuasaan legislatif, di sisi lain kekuasaan eksekutif dikontrol oleh kekuasaan judicial. Selain itu kekuasaan legislatif juga dapat dikontrol oleh kekuasaan judicial bila produknya bertentangan dengan konstitusi.<sup>1)</sup> Dengan kata lain, secara teoritis kekuasaan judicial dapat mengontrol kedua kekuasaan lainnya, kekuasaan legislatif dan/atau kekuasaan eksekutif. Oleh Hans Kelsen, fenomena semacam itu dilukiskan sebagai suatu dominasi kekuasaan judicial. Artinya kekuasaan judicial begitu dominan. Seakan-akan fungsi ketiga kekuasaan (legislatif, eksekutif dan judicial) terkombinasikan dalam satu tangan kewenangan tunggal yakni kewenangan kekuasaan judicial. Tentang ini Kelsen mengatakan : “The control of the legislative and executive function by the court means that legislatives executive and judicial functions are combined in the competence of the court”.<sup>2)</sup>

Jika kekuasaan judicial dapat mengontrol kekuasaan eksekutif dan/atau legislatif maka kini perlu diajukan pertanyaan, siapakah kemudian yang berwenang mengontrol (mengawasi) kekuasaan judicial itu agar tidak menimbulkan kesewenang-wenangan dalam pelaksanaannya. Oleh karena kekuasaan judicial di Indonesia dilaksanakan oleh Mahkamah Agung dan pengadilan rendahan (di bawah Mahkamah Agung) maka pertanyaan lantas berbunyi, siapakah yang berwenang mengawasi pengadilan rendahan dan mengawasi Mahkamah Agung.

Dalam perkembangan sistem hukum Indonesia belakangan ini muncul gagasan tentang perlunya pengawasan terhadap Mahkamah Agung Indonesia menyusul buruknya kinerja Mahkamah Agung itu dalam melaksanakan berbagai aspek kekuasaannya. Gagasan itu misalnya datang dari Wakil Ketua DPR/MPR Drs. Surjadi dan anggota DPR dari PPP M Buang yang memandang perlu adanya Tap MPR yang mengatur pengawasan terhadap Mahkamah Agung.<sup>3)</sup>

Buruknya kinerja MA Indonesia secara garis besar dapat ditimbulkan terutama oleh dua hal yakni : pertama, akibat pelanggaran batas normatif kebebasan kekuasaan kehakiman; kedua, akibat pelanggaran terhadap batas eksternal-institusional dan internal-etikal kebebasan kekuasaan kehakiman. Salah satu contoh yang cukup menggegerkan (kontroversial) mengenai hal yang pertama tadi adalah tindakan MA mengeluarkan Putusan PK atas perkara Muchtar Pakpahan seperti telah disinggung dalam Bab I dan Bab IV



di depan. Putusan itu pantas disebut kontroversial karena mengundang berbagai reaksi dari para pakar hukum dari berbagai kalangan profesi hukum.

Contoh pelanggaran batas internal-etikal yang juga cukup menggegerkan (kontroversial) adalah kasus kolusi di Mahkamah Agung sehubungan dengan perkara Gandhi Memorial School (GMS) di Jakarta tahun 1993. Pihak yang bersengketa yang sama-sama mengaku sebagai pemilik GMS itu adalah BMA (Bombay Merchant Assosiation) selaku pendiri versus V Ram Gulumal selaku Kepala Sekolah. Aspek pidananya adalah, V Ram Gulumal dituduh telah memalsukan dokumen dan menggelapkan uang BMA. Di Pengadilan Negeri tuduhan itu terbukti dan V Ram Gulumal dijatuhi hukuman penjara selama satu tahun. Putusan itu diperingan menjadi 8 bulan oleh Pengadilan Tinggi Jakarta. Jaksa mengajukan kasasi kepada Mahkamah Agung dan Mahkamah Agung akhirnya memberi putusan bebas murni kepada terdakwa V Ram Gulumal.<sup>4)</sup>

Putusan bebas murni MA ini menimbulkan kehebohan di kalangan masyarakat terutama dari kalangan teoritis dan praktisi hukum di Jakarta. Mereka menduga pasti ada kolusi di Mahkamah Agung. Menanggapi tuduhan kolusi ini Ketua Muda MA bidang hukum pidana umum saat itu Adi Andoyo mengajukan itikad baiknya untuk membongkar kolusi di MA itu. Dari hasil penelusurannya ditemukan fakta-fakta sebagai berikut :<sup>5)</sup>

1) Antara terdakwa Ram Gulumal dan Ketua Majelis Hakim Agung, Samsudin Abubakar SH jauh sebelum perkara diajukan ke MA telah saling kenal mengenal satu sama lain.

2) Perkenalan tersebut dapat terjadi dengan perantara Din Mohammad SH (Kapuslitbang MARI) sewaktu masih menjadi Ketua Pengadilan Negeri Medan dan seorang pegawai Ram Gulumal bernama Jagiran Sing alias King yang lama tinggal di Medan.

3) Ram Gulumal telah lama menggarap Samsudin Abubakar jauh sebelum perkaranya masuk ke Mahkamah Agung yaitu kurang lebih sejak perkara itu disidangkan di PN Jakarta Pusat. Saat itu Ketua PN Jakarta Pusat, Soetrisno SH, telah dihubungi hingga dua kali oleh Samsudin Abubakar agar ditingkat PN saja diputus bebas. Namun baik Ketua PN maupun Ketua PN Jakarta tak dapat dipengaruhi oleh Samsudin Abubakar.

4) Pendistribusian perkara di Tingkat Mahkamah Agung hingga jatuh ke Majelis Dadali yang diketuai Samsudin Abubakar juga telah menyimpang dari prosedur yang lazim. Berkas perkara Ram Gulumal diambil oleh Djazuli Bakar SH, pengacara Ram Gulumal (pensiunan Hakim Agung) dan langsung diserahkan kepada Samsudin Abubakar (Ketua Majelis Hakim Agung) baru setelah itu diurus administrasinya.

5) Pengambilan berkas perkara itu menyebabkan perkara Ram Gulumal disidangkan dengan acara "prioritas" (hanya sekitar 132 hari) pada hal terdakwa tidak ditahan, tidak ada muatan politik, sementara perkara yang masuk lebih dulu ke Team Dadali masih banyak yang menumpuk. Untuk pemeriksaan dengan acara "prioritas" menurut prosedur yang berlaku di MA, terlebih dahulu harus mendapat persetujuan Ketua Muda Pidana



Umum. Permintaan persetujuan itu tidak pernah diajukan kepada Ketua Muda Pidana Umum (Adi Andojo SH).

6) Menurut laporan Direktur Pidana, Ny. Sujatmi Soedarmoko SH kepada Ketua Muda Pidana Umum, pengajuan berkas perkara ke Team Dadali adalah atas permintaan Djazuli Bakar SH (mantan Hakim Agung). Tentang hal ini Ketua Muda Pidana Umum telah melakukan tegoran kepada Direktur Pidana mengapa permintaan itu dikabulkan tanpa terlebih dahulu minta persetujuan Ketua Pidana Umum. Terhadap tegoran ini Direktur Pidana mengakui khilaf dan meminta maaf.

Bertitik tolak dari penelusuran itu akhirnya Ketua Pidana Umum menyimpulkan bahwa telah terjadi kolusi antara Direktur Pidana MA (Sujatmi Soedarmoko SH), pengacara (Djazuli Bakar SH yang mantan Hakim Agung), Ketua Majelis Hakim Agung (Samsudin Abubakar) dan terdakwa (Ram Gulumal).

Untuk memperoleh gambaran yang lebih jelas betapa budaya kolusi telah mengakar di lingkungan pengadilan pada umumnya dan Mahkamah Agung pada khususnya, kiranya perlu disimak petikan wawancara antara Hadely Hasibuan SH dengan Bismar Siregar SH seorang mantan Hakim Agung yang terkenal bersih dan jujur sebagai berikut : <sup>6)</sup>

Pertanyaan (P) : Dunia peradilan kita diguncang isu kolusi, bagaimana komentar Anda ?

Jawaban (J) : Praktek kolusi di lingkungan MA sebenarnya sudah lama terjadi. Bukan hanya kasus yang diungkap Adi Andojo saja, tapi karena

baru kali ini ada yang berani mengungkap lalu menjadi ramai. Ini menjadi ramai karena terjadi di MA, padahal dalam dunia peradilan kita kemungkinan itu biasa terjadi.

P : Ada indikasi kolusi di MA sering terjadi?

J : Ketika MA dipimpin Pak Moedjono, Pak Seno Adji, Pak Subekti, MA masih bersih dari praktek itu. Sekarang ini kan sudah rahasia umum sehingga orang seakan-akan malu rasanya kalau disebut Hakim Agung.

P : Soal mafia dan sindikat peradilan, apakah memang ada ?

J : Saya tidak memahami istilah-istilah, tapi berdasarkan pengalaman berkecimpung di dunia peradilan sindikat itu ada sebelum sampai di MA. Sampai ke jalur-jalur kepada siapa berkas itu dibagikan. Mereka sudah tahu siapa-siapa yang bisa diajak dan siapa-siapa yang tidak. Mereka tahu mana Hakim Agung yang bisa diajak kerjasama dan mana yang tidak. Kalau dibagikan ke Bismar, mentoklah ia. Mereka tahu Bismar itu tidak bisa diajak kerjasama. Kalau dibagikan ke Hakim Agung yang bisa diajak kerjasama, ya memang lancar dan terjadilah kolusi. Memang sudah ada jalur-jalur tertentu yang mereka ketahui. (Garis bawah dari penulis)

P : Kalau MA saja sudah diterpa angin kolusi bagaimana di tingkat yang lebih bawah ?

J : Pengadilan Negeri itu kan berkiblat ke Mahkamah Agung. Kalau MA sudah jelek bagaimana di bawahnya ? Malah kadang-kadang ada keputusan yang sebelumnya sudah ditentukan dari atas.

P : Bagaimana anda melihat kolusi di MA saat ini ?

J : Saya hanya akan mengatakan dengan pameo yang ada di masyarakat kalau ada sengketa, ada yang berkata : “mari kita ke meja hijau” Apa ?; ke meja hijau “ Sekali-kali jangan. “Mengapa”? Karena akan membawa malapetaka !

P : Supaya citra MA baik apa yang harus dilakukan ?

J : Saya sendiri sudah tidak tahu dan bingung, tidak tahu lagi siapa yang bersih.

P : Andi Andoyo (Ketua Muda MA) mengatakan ada kolusi dalam kasus Gandhi Memorial School, pendapat anda ?

J : Apa yang diungkapkan itu betul, niatnya lillahi ta'ala, tidak ada niat apa-apa. Saya menilai tindakan Pak Adi Andoyo itu sikap biJaksana. Saya merasa dia sudah biJaksana. Dia merasa ada sesuatu yang tidak beres dalam menyelesaikan kasus dalam lingkup kewenangannya.

P : Apakah benar di MA terjadi kolusi antara hakim dan yang berperkara ?

J : Saya tidak mengatakannya secara jelas karena dalam hal ini saya memang tidak mau tahu. Hanya, apa yang terjadi di dalam sana, menurut saya sudah menjadi rahasia umum. Hanya saya mempertanyakan apakah tepat seorangg mantan Hakim Agung menjadi pembela ? Apakah tidak diragukan terjadi kolusi diantara mereka ?

Dengan memperhatikan isi wawancara itu serta dengan memperhatikan gagasan perlunya pengawasan terhadap Mahkamah Agung ditambah pula dengan memperhatikan sistem pengawasan yang dikenal di

beberapa negara di dunia maka langkah tepatnya bila Mahkamah Agung Indonesia di masa mendatang mendapat pengawasan untuk mencegah kesewenang-wenangan ataupun mencegah penyalahgunaan kekuasaan kehakiman yang bebas (mandiri) yang diakui secara konstitusional dalam sistem hukum Indonesia.

## **2. Pengawasan Terhadap Pengadilan Rendahan**

Hakim dalam melaksanakan fungsi judicialnya dapat mengeluarkan dua jenis putusan yakni putusan yang bersifat “interpartes” dan putusan yang bersifat “erga omnes”. Putusan interpartes pertimbangan hukumnya hanya berlaku bagi pihak yang berperkara saja. Sedangkan putusan “erga omnes” pertimbangan hukumnya berlaku bagi semua orang yang mengalami masalah yang sama. Misalnya, jika pengadilan memutuskan suatu Kep.Pres. tertentu bertentangan dengan Undang-Undang maka putusan itu berlaku bagi semua orang yang mengalami masalah hukum akibat diterbitkannya Kep.Pres. itu.<sup>7)</sup>

Pertimbangan hukum (*ratio decidendi*) adalah bagian putusan hakim yang lebih penting dibandingkan dengan bagian diktum (*obiterdicta*) dari suatu putusan. Dikatakan lebih penting karena pada bagian itulah tercermin dua hal yakni : pertama, bobot/kemampuan hakim dalam mendeskripsikan alasan-alasan mengapa ia sampai kepada suatu kesimpulan tertentu dalam putusannya (*reasoning adopted by the judge in reaching his conclusion*); kedua, kemampuan hakim untuk

mempreskripsikan apakah putusan hakim terdahulu mempunyai kekuatan mengikat atau tidak (a later judge places on an earlier judgement when deciding wheter or not it is binding.<sup>8)</sup>

Pentingnya pertimbangan hukum dari suatu putusan hakim sempat ditekankan oleh T Jefferson sebagai suatu indikator untuk mengetahui kualitas seorang hakim mengingat hakim tak bisa diadili karena kekeliruannya menerapkan/menafsirkan hukum. Tentang ini Jefferson mengatakan :<sup>9)</sup>

“How could we impeach judges ..... he should write his own opinion ..... to prove by his reasoning that he had read the papers, that he had considered the case, that in the application of the law to it he uses his own judgement independently”.

Karena begitu pentingnya pertimbangan hukum itu Rostow bahkan menyatakan bahwa dalam metode pengembangan hukum dalam sistem common law, pertimbangan hukum merupakan jantung dan jiwanya (the court's opinion are the heart and soul of the common law method of legal growth).<sup>10)</sup>

Kendati Indonesia tidak menganut sistem common law tidak berarti pertimbangan hukum (ratio decidendi) dari putusan hakim tidak penting. Pertimbangan hukum secara universal tetap penting karena dengan pertimbangan hukum itu para pihak yang berperkara dapat menelusuri jalan pikiran hakim yang pada akhirnya dapat menerima atau menolak putusan itu. Demi terciptanya putusan yang berbobot dipandang perlu adanya satu lembaga pengawas untuk mengawasi pembuatan pertimbangan

hukum oleh hakim, sehingga putusan yang dibuatnya nantinya dapat dipertanggungjawabkan.

Dalam hukum positif Indonesia, lembaga pengawas semacam itu dibebankan pada pundak Mahkamah Agung. Adapun ketentuan-ketentuan yang merupakan dasar hukum bagi kewenangan pengawasan Mahkamah Agung di bidang teknis judicial antara lain sebagai berikut :

1. Pasal 10 ayat (3) UU No. 14 tahun 1970 yang isinya bahwa Mahkamah Agung berwenang memeriksa perkara di tingkat kasasi.

2. Pasal 10 ayat (4) UU No. 14 tahun 1970 yang isinya bahwa Mahkamah Agung melakukan pengawasan tertinggi atas perbuatan pengadilan yang lain menurut ketentuan Undang-Undang.

3. Pasal 28 ayat (1) UU No. 14 tahun 1985 yang isinya bahwa Mahkamah Agung bertugas dan berwenang memeriksa dan memutus permohonan kasasi dan permohonan peninjauan kembali.

4. Pasal 30 UU No. 14 tahun 1985, isinya, bahwa Mahkamah Agung dapat membatalkan pada tingkat kasasi putusan atau penetapan pengadilan dengan alasan, a) pengadilan tidak berwenang atau melampaui batas wewenang; b) salah menerapkan hukum atau melanggar hukum; c) lalai memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan.

5) Pasal 32 UU No. 14 tahun 1985 yang isinya, bahwa :

a) Mahkamah Agung sebagai pengawas tertinggi penyelenggaraan peradilan di semua lingkungan peradilan.

b) Mahkamah Agung mengawasi tingkah laku dan perbuatan hakim.

c) Mahkamah Agung berwenang meminta keterangan di sekitar hal-hal yang bersangkutan dengan teknis peradilan.

d) Pengawasan tidak boleh mengurangi kebebasan hakim.

Dari ketentuan Pasal-Pasal tersebut dapat dibedakan adanya dua jenis pengawasan yakni pengawasan tidak langsung dan pengawasan langsung oleh Mahkamah Agung. Pengawasan tidak langsung adalah pengawasan yang hanya dapat dilakukan kalau ada upaya hukum biasa atau luar biasa seperti kasasi dan Peninjauan Kembali. Pengawasan ini betul-betul merupakan pengawasan tentang kemampuan hakim dalam menerapkan hukum.

Sementara, pengawasan langsung lebih bersifat non hukum, artinya pengawasan yang ditujukan kepada sikap dan tingkah laku hakim sehari-hari dalam melaksanakan fungsi pokoknya yakni mengadili perkara. Pengawasan jenis ini nampaknya lebih banyak bersifat etik (moral) yang bertujuan untuk menegakkan kode etik profesi hakim sehingga dapat diwujudkan pengadilan yang bersih, jujur, adil dan berwibawa.

Pengawasan langsung ini dapat didelegasikan kepada Ketua Pengadilan Tingkat Banding dan Tingkat Pertama untuk mengawasi perilaku semua hakim di lingkungan wilayah kerjanya masing-masing. Delegasi pengawasan itu ditegaskan dalam Penjelasan Pasal 32 UU No. 14 tahun 1985.

Berdasarkan penjelasan itu, maka dalam setiap UU Lingkungan Peradilan muncul pasal-pasal yang mengatur delegasi kewenangan pengawasan itu. Pasal-Pasal itu adalah sebagai berikut :

Pasal 53 UU No. 2 tahun 1986 tentang Peradilan Umum yang berbunyi sebagai berikut :

- “(1) Ketua Pengadilan mengadakan pengawasan atas pelaksanaan tugas dan tingkah laku Hakim, Panitera, Sekretaris dan Jurusita di daerah hukumnya.
- (2) Selain tugas sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), Ketua Pengadilan Tinggi melakukan pengawasan terhadap jalannya peradilan di tingkat Pengadilan Negeri dan menjaga agar peradilan diselenggarakan dengan seksama dan sewajarnya.
- (3) Dalam melaksanakan pengawasan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan (2) Ketua Pengadilan dapat memberikan petunjuk, teguran dan peringatan yang dipandang perlu.
- (4) Pengawasan tersebut dalam ayat (1), ayat (2) dan ayat (3), tidak boleh mempengaruhi kebebasan Hakim dalam memeriksa dan memutus perkara.

Dari kutipan pasal itu nampak bahwa wewenang pengawasan didelegasikan kepada Ketua Pengadilan. Pengawasan itu berupa pengawasan pelaksanaan tugas dan tingkah laku para hakim dan aparat pengadilan lainnya, serta pengawasan terhadap jalannya peradilan. Khusus terhadap kewenangan pengawasan jalannya peradilan pada Tingkat Pengadilan Negeri didelegasikan kepada Ketua Pengadilan Tinggi. Ada beberapa hal yang belum jelas yakni ; 1) Apakah Ketua Pengadilan Tinggi dapat mengawasi jalannya peradilan pada tingkat Pengadilan Tinggi; 2) Sejauh mana luas ruang lingkup wewenang yang dimiliki Ketua



Pengadilan Tinggi; 3) Sejauh mana luas ruang lingkup wewenang pengawasan yang dimiliki oleh Ketua Pengadilan Negeri.

Sebelum menjawab ketiga pertanyaan itu ada baiknya diperjelas terlebih dahulu pengertian "Ketua Pengadilan" dalam rumusan Pasal 53 ayat (1) di atas. Untuk menjawab pertanyaan ini perlu dilihat Pasal 1 ayat (1). UU. No. 2 tahun 1986 itu. Di situ dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan Pengadilan adalah Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi. Dengan menggunakan penafsiran ekstensif yakni penafsiran dengan memperluas konteks kata, maka Ketua Pengadilan yang dimaksud oleh Pasal 53 ayat (1) itu adalah Ketua Pengadilan Negeri dan Ketua Pengadilan Tinggi. Dengan demikian, pertanyaan No 3), dapat dijawab, bahwa ; luas ruang lingkup kewenangan pengawasan yang dimiliki Ketua Pengadilan Negeri hanya berupa pengawasan pelaksanaan tugas dan tingkah laku para hakim dan aparat lainnya di lingkungan wilayah kerja Pengadilan Negeri tersebut. Berdasarkan hal ini dapat pula dijawab pertanyaan no 2), bahwa luas ruang lingkup kewenangan pengawasan yang dimiliki Ketua Pengadilan Tinggi adalah : a) mengawasi perilaku dan pelaksanaan tugas para Ketua Pengadilan Negeri yang ada di wilayah kerja Pengadilan Tinggi<sup>1)2)</sup>; b) mengawasi tingkah laku dan pelaksanaan tugas para hakim tinggi dan aparat lain di lingkungan Pengadilan Tinggi; c) mengawasi jalannya peradilan pada tingkat Pengadilan Negeri (sesuai ketentuan Pasal 53 ayat 2).



Kini yang belum terjawab adalah pertanyaan no 1) yakni apakah Ketua Pengadilan Tinggi dapat mengawasi jalannya peradilan pada tingkat Pengadilan Tinggi. Pertanyaan ini harus dijawab “tidak”, dengan didasarkan pada 3 alasan yakni : a) tidak adanya penyebutan dengan tegas kewenangan itu dalam UU No. 2 tahun 1986 seperti penyebutan dengan tegas kewenangan Ketua Pengadilan Tinggi mengawasi jalannya peradilan pada tingkat Pengadilan Negeri; b) adanya kemungkinan di suatu waktu Ketua itu sendiri duduk sebagai Ketua Majelis Hakim Tinggi dalam mengadili perkara tertentu sehingga tidak mungkin ia mengawasi dirinya sendiri; c) sesuai konsep pengawasan berjenjang maka Mahkamah Agunglah sebagai pengawas tertinggi yang paling tepat mengawasi jalannya peradilan pada tingkat Pengadilan Tinggi sesuai ketentuan Pasal 32 UU No. 14 tahun 1985) tentang Mahkamah Agung.

Selain Pasal 53 UU No. 2 tahun 1986; Pasal-Pasal yang sama isinya dengan Pasal itu bisa dijumpai dalam berbagai Undang-Undang yang mengatur lingkungan Peradilan lainnya selain lingkungan Peradilan Umum. Pasal-Pasal itu misalnya Pasal 53 UU No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama, Pasal 44 UU No. 31 tahun 1997 tentang Peradilan Militer, dan Pasal 53 UU No. 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara.

Meski kewenangan pengawasan itu seakan-akan nampak didelegasikan kepada Ketua Pengadilan Tinggi dan Ketua Pengadilan Negeri tidaklah berarti Mahkamah Agung kehilangan kewenangan itu. Hal

itu ditegaskan dalam Penjelasan Umum UU No. 14 tahun 1985 yang menyatakan MA mengawasi pekerjaan pengadilan dan tingkah laku para Hakim di semua lingkungan peradilan.

Dengan adanya kewenangan Mahkamah Agung melakukan pengawasan terhadap pengadilan rendahan, maka kini muncul pertanyaan, sanksi apakah yang dapat dijatuhkan Mahkamah Agung terhadap hakim rendahan bila dalam pengawasan itu diketemukan penyimpangan terhadap aturan hukum dan kode etik profesi hakim.

Untuk menjawab pertanyaan itu perlu dikembalikan pada dua jenis pengawasan di atas yakni pengawasan tidak langsung dan pengawasan langsung.

Pada pengawasan tidak langsung misalnya dalam pemeriksaan tingkat kasasi, Mahkamah Agung dapat menjatuhkan sanksi berupa pembatalan putusan hakim pengadilan rendahan bila menurut Mahkamah Agung telah terdapat hal-hal sebagai berikut : a) pengadilan tidak berwenang atau melampaui batas wewenang; b) pengadilan telah salah menerapkan hukum atau telah melanggar hukum yang berlaku; c) pengadilan telah lalai memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putusan yang bersangkutan (Pasal 30 UU No. 14 tahun 1985).

Namun pembatalan suatu putusan oleh MA bukan merupakan sanksi yang sesungguhnya karena hakim pengadilan rendahan yang dibatalkan putusannya itu sedikitpun tidak terkena eksekusi pembatalan itu.

Artinya MA tidak dapat menjadikan pembatalan itu sebagai bahan daftar penilaian pekerjaan (DP3) hakim tersebut karena kewenangan untuk itu sebelum berlakunya UU No. 35 Tahun 1999 berada di tangan eksekutif (Menteri terkait). Dengan demikian dapat dikatakan bahwa pengawasan tidak langsung MA terhadap hakim pengadilan rendahannya sesungguhnya tidak mengandung sanksi apa-apa.

Bagaimana halnya dengan pengawasan langsung MA ? Pengawasan langsung yang menitikberatkan pemantauan pentaatan kode etik profesi hakim (terkait sikap dan perilaku hakim) juga tidak mengandung sanksi yang jelas dari Mahkamah Agung. Hal ini disebabkan, instansi terakhir yang berwenang memberhentikan hakim adalah Presiden atas usul Menteri Kehakiman. Mekanisme ini diatur dalam Pasal 8 ayat (1) UU No. 2/1986 yang lengkapnya berbunyi sebagai berikut :

- (1) Hakim Pengadilan diangkat dan diberhentikan oleh Presiden selaku Kepala Negara atas usul Menteri Kehakiman berdasarkan persetujuan Mahkamah Agung.  
(Garis bawah dari penulis)

Bila rumusan Pasal itu dicermati dengan seksama nampak bahwa inisiatif (usul) pemberhentian hakim datangnya dari Menteri Kehakiman dan bukan dari Mahkamah Agung. Andaikan misalnya Mahkamah Agung dalam pengawasan langsungnya menemukan tingkah laku hakim yang tercela, Mahkamah Agung tidak dapat begitu saja memberhentikan hakim tersebut. Hal itu sangat tergantung pada Menteri Kehakiman, apakah ia (Menteri Kehakiman) akan mengajukan usul pemberhentian atau tidak kepada Presiden. Dengan demikian meski MA memiliki data-data

pengawasan tapi kalau Menteri tidak menggunakan data-data itu sebagai dasar usulan pemberhentikan hakim, maka Mahkamah Agung tidak dapat berbuat banyak. Hal ini berarti pengawasan Mahkamah Agung terhadap tingkah laku hakim terkesan tidak efektif karena tidak adanya sanksi langsung dari Mahkamah Agung.

Khusus untuk mengawasi kejujuran para hakim, dewasa ini sedang disiapkan UU tentang Pemeriksaan Harta Pejabat yang di dalamnya diatur tentang keberadaan Komisi Peradilan. Komisi ini nantinya berwenang memeriksa kekayaan hakim-hakim.<sup>12)</sup>

### **3. Pengawasan oleh Pihak Eksekutif, Sebelum Perubahan UU No. 14 Tahun 1970**

Pengawasan oleh pihak eksekutif tergolong pengawasan yang irasional karena dengan pengawasan seperti itu pihak judicial akan kehilangan kebebasan dalam melaksanakan fungsinya. Dalam keadaan demikian besar kemungkinan hakim akan melanggar batas kebebasannya.

Menurut Kelsen yang lebih tepat mengontrol kekuasaan judicial adalah badan legislatif (badan perwakilan rakyat). Tentang ini Kelsen mengatakan : "Hence democracy requires that the legislative organ should be given control over the administrative and judicial organs".<sup>13)</sup>

Sistem hukum Indonesia sebelum dilakukan perubahan atas Pasal 11 UU No. 14/1970 dengan UU No. 35 Tahun 1999 membenarkan adanya

pengawasan eksekutif terhadap kekuasaan judicial. Hal ini menyebabkan hukum di Indonesia bukan lagi alat untuk melindungi masyarakat pada umumnya tetapi alat bagi penguasa untuk mencapai tujuannya sehingga hukum kehilangan makna sebagai pengayoman masyarakat.<sup>14)</sup> Dalam keadaan demikian konsep “Rule of Law” mustahil bisa diwujudkan dalam realitas karena tiada faktor lain yang dapat mewujudkan hal itu selain pengadilan yang bebas.<sup>15)</sup>

Segi irasional pengawasan eksekutif terhadap kekuasaan judicial paling tidak disebabkan oleh dua faktor yakni : kewenangan pengangkatan dan pemberhentian hakim; dan kedudukan hakim sebagai Pegawai Negeri Sipil.

### **3.1. Kewenangan Presiden Mengangkat Dan Memberhentikan Hakim**

Kewenangan Presiden selaku Kepala Negara mengangkat dan memberhentikan hakim tercantum dalam Pasal 33 UU No. 14 tahun 1970 yang berbunyi : “Hakim diangkat dan diberhentikan oleh Kepala Negara’.

Penjelasan Pasal itu menyatakan : “Dengan diangkatnya dan diberhentikannya para hakim oleh Kepala Negara, maka dijaminlah kebebasan kedudukannya”. Jika dirumuskan dengan kalimat lain barangkali penjelasan itu akan berbunyi : “Untuk menjamin kebebasan hakim, maka hakim perlu diangkat dan diberhentikan oleh Presiden selaku Kepala Negara. Rumusan demikian sungguh sangat aneh karena ia

mengandung pengertian yang antagonis (*contradictio in ajecto*), bukankah diangkatnya hakim oleh Presiden justru akan mengakibatkan hakim tidak bebas dalam melaksanakan fungsinya, paling tidak dalam prakteknya. Meski diembel-embeli dengan Presiden selaku Kepala Negara, namun dalam sistem Presidensial, kekuasaan Kepala Negara dan kekuasaan Kepala Pemerintahan berada dalam satu tangan yakni di tangan Presiden sebagai Chief of State dan Chief of Executive.<sup>16)</sup> Berbeda dengan sistem pemerintahan Parlemitter dimana masing-masing kekuasaan itu dijabat oleh pejabat yang berbeda yakni Presiden dan Perdana Menteri. Ada kesan, pembentuk Undang-Undang nampaknya terpengaruh oleh alam pikiran Parlemitter.

Riskannya pola pengangkatan hakim oleh Presiden akan nampak bila dalam praktek muncul gugatan terhadap keputusan Presiden oleh masyarakat yang merasa dirugikan. Gugatan semacam itu tentu dapat diajukan ke Pengadilan Umum ataupun ke Peradilan Tata Usaha Negara. Ke Pengadilan Umum, bila yang disengketakan adalah masalah ganti rugi, sedangkan ke Peradilan Tata Usaha Negara bila yang disengketakan adalah masalah syahnya Kep.Pres. itu. Dapat diprediksi betapa riskannya hakim Pengadilan Umum maupun hakim Pengadilan Tata Usaha Negara dalam mengadili Presiden. Dengan demikian kewenangan Presiden mengangkat

mengadili Presiden. Dengan demikian kewenangan Presiden mengangkat dan memberhentikan hakim memiliki pengaruh psikologis terhadap obyektifitas hakim.

Untuk mengatasi masalah itu, sebagai bahan pemikiran ada baiknya ditengok sejenak sistem pengangkatan dan pemberhentian hakim di Australia untuk sekedar perbandingan. Penggunaan cara (metode) perbandingan amat penting untuk mendapatkan kedalaman dan keluasan tentang objek yang diperbandingkan.<sup>17)</sup> Menurut penuturan Sir Anthony Mason (Ketua MA Australia) bahwa hakim-hakim federal di Australia memegang jabatan sampai umur 70 tahun dan hanya dapat diberhentikan oleh parlemen.

Tentang ini Mason mengatakan :<sup>18)</sup>

**“More importantly, judicial independence contributes to public confidence in the administration of justice, judicial independence is protected by our constitution. It provides that federal judges shall hold office until 70 and shall not be dismissed otherwise than by Parliament for proved misbehaviour or incapacity. (Garis bawah dari penulis)**

Mengenai pengangkatan Hakim-Hakim Federal di Australia menurut Pasal 72 Konstitusi Australia, Hakim-Hakim Federal diangkat berdasarkan pemilihan oleh Parlemen.<sup>19)</sup>

Di Amerika Serikat meski hakim-hakim federal diangkat oleh Presiden atas persetujuan Senat, namun Presiden AS tidak dapat memberhentikan hakim-hakim federal itu. Hakim-hakim federal hanya dapat diberhentikan berdasarkan hasil pemeriksaan pengadilan Senat



(Impeachment) bahwa yang bersangkutan telah terbukti bertingkah laku tidak baik. Tentang ini Peter H Odegard mengatakan : <sup>20)</sup>

“Federal judges are appointed by President of United States with the advice and consent of the Senate.....They can be removed from office against their will only by impeachment”  
(Garis bawah dari penulis)

Di Malaysia, meski hakim federal diangkat oleh yang Dipertuan Agung atas usul Perdana Menteri, namun pemberhentiannya diharuskan atas hasil (keputusan) sidang parlemen dimana untuk bersidang cukup atas usul ¼ anggota Parlemen (which notice has been given by not less than one quarter of the total number of members of the House.<sup>21)</sup> Berdasarkan rumusan itu terkesan prosedur pemberhentian hakim di Malaysia lebih demokratis ketimbang di Indonesia.

Di sisi lain pengisian jabatan hakim melalui pemilihan terjadi di sebagian besar Negara Bagian Amerika Serikat. Hal ini dikatakan Austin Ranney sebagai berikut : <sup>22)</sup>

.....”in thirty states all judges were elected, and a view minor ones appointed ; in four states the higher judges were appointed and the lower elected; and in only eight states were all judges appointed, either by the governor or legislature. Thus the great majority of state judges in the United States are elected rather than appointed.

Suasana demokratis juga terlihat di Jepang. Hakim-hakim pengadilan rendah diberhentikan oleh Parlemen dengan suara mayoritas.<sup>23)</sup> Sementara Hakim Mahkamah Agung, menurut Pasal 79 Konstitusi Jepang, upaya peninjauan kembali atas jabatannya dilakukan setiap sepuluh tahun sekali oleh rakyat melalui pemilihan umum. Bilamana

mayoritas dari para pemilih menghendaki pemberhentian seorang Hakim Agung dia harus diberhentikan.<sup>24)</sup>

Di Swiss, hakim-hakim Negara Bagian dipilih melalui pemilihan umum untuk masa jabatan tertentu (elected by popular election for limited term of office).<sup>25)</sup> Untuk hakim-hakim Federal termasuk Hakim Mahkamah Agung dipilih oleh Parlemen Federal atau Sidang Federal (Federal Assembly).<sup>26)</sup>

Hal yang sangat menarik berkenaan dengan cara pengangkatan dan pemberhentian hakim terlihat di negara-negara komunis seperti misalnya di Bulgaria dan Republik Rakyat Cina (RRC). Dikatakan sangat menarik karena negara-negara komunis yang selama ini dianggap kurang demokratis justru di kedua negara itu hakim-hakimnya diangkat dan diberhentikan melalui pemilihan.

Untuk Bulgaria hal itu terlihat dalam Pasal 132 ayat (1) Konstitusi Bulgaria yang menyatakan bahwa Hakim Mahkamah Agung dipilih untuk masa jabatan 5 tahun oleh Parlemen (Dewan Nasional).<sup>27)</sup>

Untuk RRC, pengangkatan dan pemberhentian Hakim-Hakim Mahkamah Agung oleh Badan Pekerja Parlemen (Standing Committee of the National People's Congress) diatur dalam Pasal 31 ayat (9) Konstitusi RRC yang bunyinya sebagai berikut :<sup>28)</sup>

“The standing Committee of the National People's Congress exercises the following functions and powers :

.....  
(9) to appoint and remove Vice-President and judges of the Supreme People's Court and members of its judicial committee”.

Berdasarkan perbandingan itu nampaknya bahwa jangankan dibandingkan dengan negara-negara demokrasi, dibandingkan dengan negara komunispun Indonesia masih lebih buruk sistem pengangkatan dan pemberhentian Hakim Mahkamah Agung dan hakim pengadilan rendahnya karena tidak mencerminkan asas demokrasi. Dengan demikian mudah dapat dipahami bahwa sistem seperti itu cenderung mengakibatkan pengawasan yang irasional terhadap kinerja para hakim.

### **3.2. Hakim sebagai Pegawai Negeri Sipil**

Memposisikan hakim sebagai Pegawai Negeri Sipil (PNS) berpengaruh besar terhadap kebebasan<sup>29)</sup> kekuasaan kehakiman. Sebenarnya UU No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman secara tersirat telah cukup mampu mengakomodir prinsip kebebasan kekuasaan kehakiman. Paling tidak ada 3 Pasal yang dapat dipakai sebagai indikator pendukung prinsip itu yakni : Pasal 1, Pasal 4 (3) dan Pasal 10 (4) UU tersebut. Pasal 1 isinya bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka dalam menyelenggarakan pengadilan. Pasal 4 (3) isinya bahwa segala campur tangan dalam urusan pengadilan oleh pihak lain di luar kekuasaan kehakiman dilarang. Pasal 10 (4) menyatakan bahwa Mahkamah Agung melakukan pengawasan yang tertinggi atas perbuatan pengadilan yang lain. Pasal ini jika disimak dengan cara berpikir akontrario berarti tidak ada pihak lain lagi yang boleh melakukan pengawasan tertinggi selain Mahkamah Agung. Sebab kalau ada pihak lain lagi yang

boleh melakukan pengawasan berarti UU telah menerapkan standard ganda dalam hal pengawasan kekuasaan kehakiman.

Ternyata pasal-pasal yang telah mendukung prinsip kebebasan itu dilemahkan dengan ketentuan Pasal 11 (1) UU tersebut yang isinya ; bahwa badan-badan yang melakukan peradilan sesuai dengan Pasal 10 (1) yakni Peradilan Umum, Peradilan Agama, Peradilan Militer dan Peradilan Tata Usaha Negara secara organisatoris, administratif dan finansial ada di bawah kekuasaan masing-masing departemen yang bersangkutan.

Disadari atau tidak oleh pembentuk Undang-Undang, pemunculan Pasal 11 (1) itu di satu sisi telah merusak “konsistensi logikal” dari meta kaidah (asas) “kebebasan kekuasaan kehakiman” dan di sisi lain, pada saat yang sama Pasal itu telah dijadikan landasan hukum yang ampuh bagi campur tangan pemerintah di bidang proses peradilan.

Terlebih-lebih lagi ternyata kemudian jiwa dan semangat Pasal 11 (1) itu dicantumkan dalam setiap Undang-Undang yang mengatur keberadaan keempat jenis lembaga peradilan sehingga tidak ada hambatan dalam praktek bagi pemerintah untuk campur tangan di segala jenis kekuasaan kehakiman.

Pasal-Pasal yang berjiwa sama dengan Pasal 11 (1) UU No. 14 tahun 1970 itu adalah ; Pasal 5 (2) UU No. 2 tahun 1986 mengatakan bahwa pembinaan organisatoris, administratif, finansial oleh Menteri Kehakiman; Pasal 5 (2) UU No. 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama menyatakan bahwa pembinaan serupa dilakukan oleh Menteri Agama;

Pasal 7 (2) UU No. 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara menyatakan bahwa pembinaan serupa dilakukan oleh Menteri Kehakiman; dan Pasal 7 (1) UU No. 31 tahun 1997 menyatakan bahwa pembinaan serupa dilakukan oleh Menteri Panglima ABRI.

Patut disyukuri, bahwa pemerintah reformasi telah menyiapkan rancangan UU untuk menghapus ketentuan Pasal 11 (1) UU No. 14 tahun 1970. Rancangan ini telah diajukan ke DPR dan telah mendapat persetujuan DPR, dengan kata lain pemerintah bersama DPR telah berhasil menetapkan UU tentang perubahan Pasal 11 (1) UU No. 14 tahun 1970 yakni UU No. 35 tahun 1999 dan mulai berlaku pada tanggal 31 Agustus 1999. Dengan demikian, Menteri-Menteri terkait tidak lagi mempunyai kewenangan pengawasan/pembinaan kepada para hakim. Hal ini sesuai dengan apa yang diamanatkan oleh Tap MR No. X/MPR/1998 bahwa eksekutif harus terpisah dari judicial seperti disinggung oleh Menteri Kehakiman baru-baru ini.<sup>30)</sup>

Untuk jelasnya kiranya perlu dikutip rumusan Pasal I sub 1) UU No. 35 tahun 1999 sebagai berikut :

- .....
- “1. Ketentuan Pasal 11 diubah sehingga berbunyi sebagai berikut :
- (1) Badan-badan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (1), secara organisatoris, administratif dan finansial berada di bawah kekuasaan Mahkamah Agung.
  - (2) Ketentuan mengenai organisasi administrasi dan finansial sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) untuk masing-masing lingkungan peradilan diatur lebih lanjut dengan Undang-Undang sesuai dengan kekuasaan lingkungan peradilan masing-masing”.

Namun, perubahan terhadap Pasal 11 (1) itu saja tidak cukup untuk menuntaskan ketergantungan judicial pada eksekutif. Hal ini disebabkan belum dicabutnya pasal-pasal berbagai UU yang mengatur kedudukan hakim sebagai PNS (Pegawai Negeri Sipil).

Pasal-Pasal itu adalah :

- a) Pasal 13 (1) UU No. 2/1986 yang isinya bahwa pembinaan dan pengawasan umum terhadap hakim sebagai Pegawai Negeri dilakukan oleh Menteri Kehakiman.
- b) Pasal 21 UU No. 2 tahun 1986 isinya bahwa seorang hakim yang diberhentikan dari jabatannya tidak dengan sendirinya diberhentikan sebagai Pegawai Negeri.
- c) Pasal 13 (1) UU No. 5 tahun 1986 sama persis isinya dengan Pasal 31 (1) UU No. 2 tahun 1986.
- d) Pasal 21 UU No. 5 tahun 1986 yang isinya juga persis sama dengan Pasal 21 UU No. 2 tahun 1986.
- e) Pasal 12 (1) UU No. 7 tahun 1989 isinya bahwa pembinaan dan pengawasan umum terhadap hakim sebagai Pegawai Negeri dilakukan oleh Menteri Agama.
- f) Pasal 20 UU No. 7 tahun 1989 isinya sama dengan Pasal 21 UU No. 5 tahun 1986; sama pula dengan Pasal 21 UU No. 12 tahun 1986 yakni hakim yang diberhentikan dari jabatannya tidak dengan sendirinya diberhentikan sebagai Pegawai Negeri.

Dengan dinyatakan hakim sebagai Pegawai Negeri maka hakim tunduk pada UU No. 8 tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian dan tunduk pula pada PP No. 30 tahun 1980 tentang Peraturan Disiplin Pegawai Negeri Sipil. Ini berarti, kewenangan menjatuhkan hukuman jabatan kepada hakim berada di tangan eksekutif (Menteri terkait) dan bukan pada Mahkamah Agung. Hal ini merupakan salah satu penyebab timbulnya rasa rih di kalangan para hakim terhadap eksekutif. Terlebih lebih dalam PP No. 30 tahun 1980 nyata-nyata dalam Pasal 2(a) dinyatakan bahwa Pegawai Negeri Sipil (termasuk hakim) harus taat pada pemerintah dan Pasal 2 (c) menyatakan PNS (termasuk hakim) harus menjunjung tinggi kehormatan pemerintah.<sup>31)</sup>

Berkaitan dengan hakim sebagai PNS, Harold Crouch seperti dikutip Benny K Harman mengatakan bahwa para hakim mulai dari tingkat paling rendah sampai pada tingkat paling tinggi telah menjadi bagian yang tak terpisahkan dari birokrasi negara secara keseluruhan dan karenanya memiliki loyalitas tunggal yang secara vertikal hanya ditujukan kepada satu kepemimpinan yang dikendalikan secara terpusat.<sup>32)</sup>

Konsekuensi lain dimasukkannya hakim sebagai Pegawai Negeri Sipil adalah secara otomatis hakim menjadi anggota KORPRI. Sebagai mana diketahui oleh kalangan luas pada masa Orde Baru yang lalu, KORPRI adalah salah satu komponen Golkar sebagai jalur B (Birokrasi) di samping jalur A dan G lainnya. Sebagai anggota Golkar hakim secara terpaksa harus memperlihatkan kesetiaan politiknya kepada Golkar dan hal

itu menyebabkan hakim tidak dapat bersikap netral dalam memeriksa perkara lawan politik Golkar misalnya tentang keabsahan PDI hasil Kongres Medan.

Dengan fenomena semacam itu di masa lalu hakim lantas secara terselubung dijadikan oleh Golkar sebagai alat perjuangan politik, dan karena Golkar juga penguasa/pemerintah maka secara tidak langsung pula hakim dijadikan alat pemerintah untuk mempertahankan status quo dengan cara infiltrasi dan rekayasa-rekayasa politik terhadap jalannya peradilan yang merugikan kepentingan pemerintah. Menurut hemat penulis adalah kesalahan besar, karena bertentangan dengan Grand Theory (Teori Besar) di bidang ketatanegaraan yakni Teori Pembagian Kekuasaan; memposisikan hakim sebagai bagian dari eksekutif dengan status Pegawai Negeri Sipil (birokrasi).

Berkenaan dengan status hakim sebagai PNS, Daniel S Lev menyatakan : <sup>33)</sup>

“Tuntutan adanya peradilan yang bebas merupakan respon terhadap kenyataan bahwa peradilan di Indonesia dibatasi secara politik, hakim-hakim adalah pegawai negeri sehingga sebagaimana pegawai negeri lainnya ia dibebani tanggung jawab untuk melaksanakan kehendak pemerintah.

Di bagian lain, Daniel S Lev dalam uraiannya tentang hubungan politik dan hukum di Indonesia dengan terang-terangan mengecam kebobrokan kekuasaan kehakiman yang dinilainya telah berkolusi sangat erat dengan pemerintah sebagai berikut : <sup>34)</sup>



.....“maka proses hukum bukan hanya tetap korup tetapi akan menjadi semakin korup begitu birokrasi negara yang kini muncul sebagai instrumen militer menjadi semakin penting. Yang demikian juga terjadi dalam sistem peradilan yang kesetiaan politiknya kepada pemerintah selama ini diberi kompensasi dengan peluang untuk memeras penghasilan tambahan. (Garis bawah dari penulis)

Suatu perumpamaan yang sangat jitu tentang posisi hakim sebagai Pegawai Negeri Sipil ketika berhadapan dengan pemerintah pernah dikemukakan oleh Harun Alrasjid sebagai berikut :<sup>35)</sup>

“Meskipun di dalam berbagai Pasal disebutkan tidak boleh mengurangi kebebasan hakim, namun dalam praktek terdapat kesan di kalangan masyarakat bahwa ada “Pedang Democles” yang tergantung di atas kepala hakim yang sewaktu-waktu tali gantungannya bisa putus jika hakim memberikan hukuman yang merugikan pemerintah”.

### **3.3. Bentuk-bentuk Pengawasan Irasional Terhadap Kekuasaan Kehakiman**

Kewenangan formal eksekutif untuk melakukan pembinaan di bidang organisatoris, administratif dan finansial pengadilan, dalam praktek ternyata telah pernah dijadikan sarana pengawasan terselubung (irasional) terhadap kinerja hakim di masa lalu.

Pengawasan terselubung yang tiada lain merupakan intervensi eksekutif terhadap hakim (pengadilan) dapat dilihat dalam berbagai bentuk diantaranya berupa :

a) Intervensi oknum pejabat Departemen Kehakiman melalui telpon kepada Ketua Pengadilan Negeri Surabaya, agar PN Surabaya memenangkan pihak tergugat yakni R Harjimo dan R Aji Harjuno

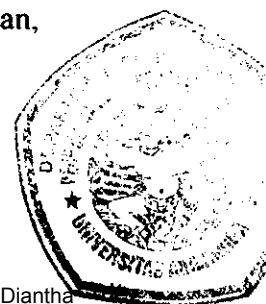
Triwulan yang digugat oleh Susetyowati Susanti awal maret 1997. Intervensi ini mengakibatkan Ketua Majelis Hakim yakni Sutomohadi Dimiyati SH tidak mau membacakan putusan Majelis Hakim karena isi putusannya bertentangan dengan hati nuraninya.<sup>36)</sup> Dikaitkan dengan batas internal-etikal berarti yang bersangkutan telah berhasil mentaati konsep *judicial self-restraint* dengan berpegang teguh pada landasan moral (Kode Etik) profesi hakim.

b) Intervensi seorang Menteri (bukan Menteri Kehakiman) terhadap hakim Pengadilan Negeri Padang yang dikenal sebagai hakim “pemberani” dengan menghukum terdakwa Linda dan Bahrin Yonda Djabar yang keduanya itu tergolong orang-orang kuat di kalangan masyarakat Padang. Menteri dimaksud kemudian minta kepada Menteri Kehakiman agar hakim “pemberani” itu segera dimutasikan. Ternyata benar, tak lama kemudian hakim itu dimutasikan dari PN Padang ke PN Palembang.<sup>37)</sup>

c) Adanya persekongkolan antara pemerintah dengan MA yang isinya agar MA mendesak hakim di seluruh Indonesia agar mengkandaskan setiap perkara gugatan PDI Megawati yang mempermasalahkan keabsahan PDI Surjadi yang berasal dari produk Kongres Medan. Persekongkolan dalam bentuk suatu pertemuan khusus antara pemerintah dan unsur pimpinan MA yang berlangsung di Wisma Ahmad Yani Jl. Taman Suropati Jakarta Pusat. Setelah diadakan konfirmasi ternyata kolaborasi itu dibenarkan oleh Mangatas selaku Sekjen Mahkamah Agung.<sup>38)</sup>

d) Adanya lobi pemerintah terhadap Mahkamah Agung dalam mengeluarkan putusan Peninjauan Kembali atas putusan kasasi dalam perkara Kedung Ombo. Putusan kasasi memenangkan rakyat Kedung Ombo, sementara putusan Peninjauan Kembali justru sebaliknya yakni mengalahkan rakyat Kedung Ombo dan bersamaan dengan itu memenangkan Pemda Tk. I Jawa Tengah. Putusan PK yang memenangkan Gubernur Jateng itu menurut sinyalemen Wakil Ketua Komnas HAM Marzuki Darusman dilatarbelakangi adanya campur tangan pemerintah, kendati katanya hal itu tak dapat dibuktikan namun kesan ke arah itu sangat kuat.<sup>39)</sup>

Dari bentuk-bentuk pengawasan terselubung (irasional) itu nampak bahwa eksekutif telah menyalahgunakan kewenangan pembinaan terhadap organisasi dan administrasi kekuasaan kehakiman. Penyalahgunaan wewenang itu telah menunjukkan betapa konsep kepemimpinan yang dualistis (MA dan Menteri terkait) yang diintrodusir oleh UU No. 14 tahun 1970 beserta UU lingkungan peradilan dalam prakteknya telah mengancam objektivitas hakim (pengadilan) sehingga terjadi pelanggaran terhadap batas kebebasan kekuasaan kehakiman. Kenyataan itu sekaligus membantah pandangan Oemar Seno Adji (Menteri Kehakiman) yang sempat dilontarkan dalam suatu seminar dalam rangka perancangan UU No. 14 tahun 1970, yang antara lain mengatakan : (1) bahwa pengangkatan hakim oleh Departemen Kehakiman lebih menjamin kebebasan hakim ketimbang diangkat berdasarkan pemilihan; (2) pengangkatan,



pemberhentian dan promosi hakim oleh Departemen Kehakiman tidak akan mempengaruhi kebebasan hakim.<sup>40)</sup>

#### **4. Pengawasan Internal Mahkamah Agung**

Pengawasan internal adalah pengawasan yang diberikan oleh anggota/Ketua Majelis Hakim Agung berupa perbedaan pendapat (*dissenting*) yang bersifat profesional dalam pengambilan putusan. Dengan berbeda pendapat maka telah terjadi mekanisme kontrol intern antara sesama anggota dalam Majelis Hakim Agung. Paling tidak dengan berbeda pendapat akan timbul upaya introspeksi diri yang amat bermanfaat bagi pengambilan putusan. Untuk bahan perbandingan, mekanisme pengambilan putusan dengan hak “*dissenting*” (berbeda pendapat) dikenal secara luas dalam sistem peradilan pada Mahkamah Agung Amerika Serikat.

Hak berbeda pendapat menurut R.N. Jackson (seorang Hakim Agung) adalah sangat bermanfaat bagi peningkatan profesi dan keajegan norma hukum, lebih-lebih kalau hak itu digunakan secara bijaksana dalam kesempatan yang tepat. Dikatakan oleh Jackson bahwa *the right of dissent is a valuable one, wisely used on well chosen occasions it has been of great service to the profession and to the law.*<sup>41)</sup>

Di sisi lain Charles Evan Hughes, mantan Hakim Agung AS seperti dikutip Grossman & Wells mengatakan bahwa berbeda pendapat itu tiada lain suatu ajakan untuk selalu memikirkan hakikat semangat hukum yang tentu saja berupa keadilan. (*The dissenting opinion was an appeal to the brooding*

spirit of the law). Sehubungan dengan pandangan Hughes itu, Grossman & Wells kemudian berasumsi bahwa berbeda pendapat selain dapat dipakai ukuran untuk menentukan sejauh mana tingkat polarisasi kematangan berargumentasi juga merupakan suatu kondisi adanya posisi tawar dalam pengambilan putusan. Posisi tawar seperti itu memungkinkan adanya kesempatan saling isi mengisi kekurangan masing-masing. Bila ini terjadi berarti yang satu telah memberi kontrol kepada yang lain, sehingga yang lain itu menyadari kekurangannya. Lebih jauh tentang the right to dissent Grossman & Wells mengatakan : "Thus, dissent not only measures the degree of polarization of policy views, but may also reflect the bargaining situation on the court".<sup>42)</sup>

Gambaran tentang bagaimana prosedur penggunaan hak berbeda pendapat itu dilukiskan secara detail oleh William J Brennan Jr sebagai berikut ini.

Di AS kebanyakan materi yang diajukan ke Mahkamah Agung adalah tentang "Certiorari"<sup>43)</sup> dan kasasi. Untuk menentukan apakah certiorari dan kasasi itu dapat diterima, ditempuh dua cara yakni ; pertama, dengan cara mufakat bulat (mously unani) dan kedua ; dengan cara pemungutan suara (voting). Pertama-tama diupayakan putusan mufakat bulat dan bila ini tidak tercapai maka ditempuh pemungutan suara. Pertemuan (conference) hanya dihadiri oleh 9 Hakim Agung, seorang bertindak sebagai Ketua Majelis dan 8 lainnya sebagai Anggota Majelis. Panitera, Klerk, Stenographer dilarang hadir. Bertindak sebagai pencatat masukan dan keluaran adalah Hakim Agung

yang paling junior. Di samping itu ia juga bertugas untuk menjaga pintu rapat (membuka dan menutupnya). Pertemuan dilangsungkan dalam situasi sangat rahasia (absolutely secrecy). Dalam voting, bila suatu berkas permohonan mendapat minimal 4 suara berarti berkas itu diterima untuk selanjutnya dilakukan pemeriksaan. Bila kurang dari itu berarti permohonan tidak dapat diterima. Mekanisme demikian juga berlaku pada saat pengambilan putusan akhir MA.<sup>44)</sup>

Tentang bagaimana urutan pemberian voting oleh masing-masing Ketua/Anggota Majelis W.J. Brennan dengan rinci pula menuturkan sebagai berikut :<sup>45)</sup>

“The Chief Justice begin the discussion of each case. He then yield to the senior Associate Justice and discussion proceeds down the line seniority-wise until each justice has spoken voting goes the other way following discussion. The junior justice votes first and voting then proceeds up the line to the chief justice who vote last. Each of us has a docket containing a sheet for each case with appropriate places for recording the votes. When any case receives four votes, either to grant certiorari or to note or postpone an appeal, that cases is then transferred to the oral argument list”.

Perkara-perkara besar di AS yang timbul dari kebijakan makro pemerintah AS selalu diputus oleh Mahkamah Agung melalui voting.

Perkara-perkara besar itu misalnya a) Perkara Unites States V Belmont 1937 yang timbul akibat pengakuan AS terhadap Uni Soviet, dan dalam perkara itu Hakim Agung Sutherland bertindak sebagai dissenter; b) Perkara Mora V Mc Namara 1967 yang timbul akibat kebijakan pemerintah AS mengadakan invasi militer di Vietnam; Hakim Agung Stewart dan Hakim Agung Douglas berbeda pendapat dengan ketujuh rekannya dengan

mengatakan bahwa invasi itu adalah tindakan inkonstitusional; c) Perkara Goldwater V Carter 1979 yang timbul akibat pengakuan AS terhadap RRC dan kemudian Presiden AS membatalkan sepihak perjanjian pertahanan dengan Taiwan tanpa persetujuan Senat. Hakim Agung Brennan “dissenting” terhadap kedelapan rekannya dengan mengatakan bahwa tindakan Presiden adalah syah karena masalah pengakuan merupakan kewenangan pemerintah AS.<sup>46)</sup>

Demikian pula perkara terkenal yakni penyitaan pabrik baja oleh Presiden Truman 1952 dengan maksud agar para buruh tidak mengadakan pemogokan sehubungan AS sedang terlibat perang Korea; putusan MA AS tentang tidak syahnya tindakan itu (karena penyitaan dilakukan tanpa persetujuan Congress) diambil melalui voting. Dalam voting itu 4 orang Hakim Agung melakukan “dissenting” (beda pendapat) terhadap kelima Hakim Agung lainnya.<sup>47)</sup>

Untuk mengetahui lebih jauh betapa membudayanya penggunaan hak beda pendapat (the right to dissent) di kalangan Hakim Agung AS berikut ini disajikan sebuah tabel. Tabel tersebut menggambarkan, nama-nama Hakim Agung ranking yang diperoleh dari seringnya melakukan dissenting, lamanya masa jabatan, rata-rata pelaksanaan dissenting, dan total penggunaan.

Tabel 14

**Dissenting Opinions**

<b>Justice</b>	<b>Rank</b>	<b>Terms</b>	<b>Average</b>	<b>Total</b>
Harlan	1	17	17.4	296
Douglas	2	23	13.7	314
Frankfurter	3	14	13.4	188
Black	4	23	10.8	248
Jackson	5	6	10.3	62
Blackmun	6	1	9	9
Murphy	6	1	9.0	9
Fortas	6	4	9.0	36
Rutledge	9	1	8.0	8
White	10	9	7.6	68
Whitaker	11	6	7.5	45
Goldberg	12	3	7.3	22
Steward	13	13	7.0	91
Burger	14	2	6.0	12
Clark	15	18	5.5	99
Reed	16	9	5.4	49
Brennan	17	15	5.3	79
Minton	18	8	4.3	34
Marshall	189	4	4.0	16
Burton	20	11	3.3	40
Warren	21	16	2.9	46
Vinson	22	5	2.6	13

Sumber : Grossman & Wells.<sup>48)</sup>



Dari tabel itu nampak bahwa ranking no. 1 dalam melakukan dissenting diduduki Hakim Agung Harlan yakni sebanyak 296 kali dalam 17 tahun masa jabatannya sebagai Hakim Agung. Sementara ranking terakhir (ranking 22) diduduki oleh Hakim Agung Vinson dengan 13 kali melakukan dissenting dalam 5 tahun masa jabatannya.

Untuk meningkatkan kinerja Hakim-Hakim Agung Indonesia kiranya pola pengawasan intern dengan menggunakan model “dissenting” sangat perlu diadopsi ke dalam sistem hukum Indonesia untuk mencegah pengambilan putusan secara serampangan dan terutama untuk mencegah terlanggarnya batas kebebasan kekuasaan kehakiman.

## **5. Pengawasan DPR Terhadap Mahkamah Agung**

Bertitik tolak dari konsepsi “Check and Balance” yang dipertegas oleh Kelsen yang mengatakan bahwa “democracy required that the legislative organ should be given control to judicial organ”<sup>49)</sup> maka dalam sudut pandang Hukum Tata Negara nampaknya DPR juga dapat melakukan kontrol terhadap Mahkamah Agung.

Konsepsi Kelsen bahwa dalam negara demokrasi, legislatif (badan perwakilan rakyat) yang pantas mengontrol badan judicial didukung misalnya oleh Alexander Bickel dengan mengatakan bahwa sesuatu yang paradok bila badan perwakilan rakyat yang dipilih secara demokratis berdasarkan prinsip “one-man one-vote” tidak dapat mengontrol kekuasaan yang sewenang-wenang meskipun kesewenang-wenangan itu dilakukan oleh Mahkamah

Agung. ("For purpose of one-man one-vote doctrine, the supreme court has paradoxically enough").<sup>50)</sup>

Di sisi lain sehubungan dengan tiadanya kontrol oleh rakyat melalui badan perwakilan rakyat E.V. Rostow mengungkapkan kejangkelannya terhadap tindakan pengadilan yang mentang-mentang diberi delegasi kekuasaan untuk menafsirkan hukum lantas seenaknya menyepelkan aspirasi hukum masyarakat. Dalam suatu negara demokrasi katanya, meski organ judicial diberi kekuasaan menegakkan hukum namun kata akhir tentang hukum tetap berada di tangan rakyat. Tentang ini Rostow mengatakan :<sup>51)</sup>

"No matter how firmly the task of interpreting the law is delegated in the first instance to court, there is no escape in a democracy, the citizens burden of saying the last word. Too often in recent years we have tended slight that responsibility and leave the tasks of law to judges alone". (Garis bawah dari penulis).

Senada dengan kekecewaan Rostow itu Hakim Agung Felix Frankfurter mengungkapkan bahwa akibat tiadanya kontrol oleh legislatif terhadap pengadilan di AS, terkadang pengadilan telah melangkah terlalu jauh dengan dalih melakukan diskresi telah dengan terang-terangan mengubah Undang-Undang. Padahal katanya, pekerjaan mengubah UU bukan pekerjaan pengadilan tetapi merupakan tugas rakyat pemilih (melalui badan perwakilan rakyat). Tentang itu Frankfurter mengatakan : "For the removal of unwise laws from the statute books appeals lies not to the court but to the ballot and to the processes of democratic government".<sup>52)</sup>

Mekanisme kontrol terhadap kekuasaan judicial (Mahkamah Agung) oleh badan perwakilan rakyat semakin dirasa amat perlu manakala disimak

persepsi Raz bahwa dalam bidang pelaksanaan fungsi mengadili tidak dapat diatur tentang sanksi yang efektif bagi hakim bila terjadi kesalahan mengadili (“One area which cannot be regulated effectively by the imposition of sanctions”.....).<sup>53)</sup> Paling tidak persepsi ini hingga saat ini dianut oleh kekuasaan kehakiman di Indonesia bahwa hakim tidak dapat dipersalahkan dalam hal ia melakukan pekerjaan mengadili.<sup>54)</sup>

Berdasarkan persepsi Raz itu maka kewenangan kontrol DPR terhadap Mahkamah Agung dapat dibedakan atas dua bentuk yakni : kontrol fungsional dan kontrol politis. Kontrol fungsional adalah kontrol yang dilakukan untuk mengoreksi putusan Mahkamah Agung yang diambil dengan melampaui batas kewenangannya. Kontrol ini didasarkan pada kekuasaan membuat Undang-Undang. Sementara kontrol politis berarti kontrol yang dilakukan oleh DPR didasarkan pada hak-hak DPR dalam melakukan fungsi pengawasan. Sekali lagi perlu ditegaskan bahwa kedua bentuk kontrol itu tidak mengandung sanksi jabatan atau tidak berpengaruh terhadap jabatan Hakim-Hakim Agung dan fungsionaris Mahkamah Agung lainnya.

### **5.1. Pengawasan Fungsional DPR**

Pengawasan fungsional DPR dapat dilakukan dengan tindakan koreksi terhadap putusan MA yang isinya secara nyata telah melakukan perubahan terhadap Undang-Undang. Lebih-lebih bila UU yang dirubah itu adalah UU yang memuat hukum acara atau meminjam istilah Raz UU yang tergolong P-Laws (yang merupakan batas normatif absolut kebebasan kekuasaan

kehakiman), mutlak perlu dilakukan koreksi oleh DPR. Bila tidak dikoreksi, dikhawatirkan kekuasaan MA akan menjelma menjadi kekuasaan tirani-judicial, karena dengan dalih kebebasan judicial MA dengan leluasa mengubah norma hukum yang justru mengatur kewenangan MA itu sendiri. Hal ini sangat membahayakan upaya menegakkan Negara Hukum karena yang harus menegakkan malahan justru melanggar hukum.

Dalam konteks ini kembali perlu dirujuk contoh yang aktual yakni putusan MA yang kontroversial, dalam perkara PK Muchtar Pakpahan. Dalam Bab IV di depan telah dijelaskan bahwa melalui putusan PK itu MA telah dengan terang-terangan mengatakan menciptakan norma hukum baru yang sebelumnya tidak ada dalam KUHAP. Norma hukum baru itu adalah berupa kewenangan Jaksa mengajukan PK kepada MA yang sebelumnya tidak ada diatur dalam Pasal 263 (1) KUHAP. Dengan tindakannya itu berarti MA telah melakukan perubahan terhadap Undang-Undang Hukum Acara Pidana dimana menurut teori Pembagian Kekuasaan tugas itu adalah merupakan tugas pokok badan legislatif (DPR). Secara teoritis tindakan MA itu harus ditolak dengan alasan : **pertama**, hukum acara bukan hukum biasa melainkan hukum yang sangat spesifik yang menurut pandangan mashab “Analytical Jurisprudence” seperti Hart dan Raz hukum acara berdasarkan isi (content of law) tergolong hukum yang mengatur wewenang atau P-Laws, dengan demikian sangat janggal bila pihak yang diatur wewenangnya justru merubah aturan yang mengatur wewenangnya itu; **kedua**, sesuai ajaran Teori Kedaulatan Rakyat dari Rousseau, Undang-Undang adalah merupakan

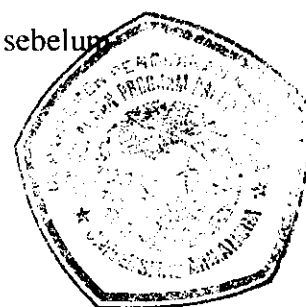
“general will” (kehendak bersama rakyat), maka sesuai prinsip demokrasi hanya rakyat pulalah yang berwenang merubah kehendaknya itu melalui badan perwakilan yang mewakili kepentingan mereka yang dipilih secara demokratis; dengan demikian tiada badan lain kecuali badan perwakilan rakyatlah yang berwenang merubah UU.

Untuk mencegah agar putusan MA yang kontroversial tidak menjelma menjadi jurisprudensi maka segera DPR harus menggunakan hak inisiatifnya<sup>55)</sup> untuk mengajukan rancangan UU yang isinya bersifat meluruskan putusan MA yang keliru.

Dikaitkan dengan putusan PK MA dalam perkara Muchtar Pakpahan, maka dalam konsideran UU usul inisistif itu harus dicantumkan bahwa putusan PK merupakan dasar pertimbangan yang utama bagi DPR untuk membentuk UU inisiatif yang bertujuan merubah (menyempurnakan) KUHAP, khususnya ketentuan Pasal 263 dengan menambah satu ayat lagi yang misalnya berbunyi : “Jaksa tidak berwenang mengajukan permintaan Peninjauan Kembali kepada Mahkamah Agung”.

Untuk menjamin efisiensi, perubahan semacam itu sekaligus dilakukan terhadap Pasal-Pasal KUHAP lainnya yang dirasa perlu dirubah atau ditambah.

Sekedar perbandingan tentang kontrol parlemen terhadap kekuasaan judicial ada baiknya jika dilihat sistem hukum Inggris. Model Inggris ini perlu mendapat perhatian karena meski negara itu menganut asas “precedent” namun putusan Hakim Agung selalu dapat dikoreksi oleh parlemen sebelum



menjelma menjadi jurisprudensi tetap. Hal ini menyebabkan hukum produk “precedent” kedudukannya lebih rendah dari Undang-Undang yang dibuat parlemen. Tentang ini R. Cross mengatakan : <sup>56)</sup>

“Precedent is as we have seen subordinate to legislation as a source of law in the sense that a statute can always abrogate the effect of judicial decision”..... (Garis bawah dari penulis)

Di sisi lain Sir George Jessel seperti dikutip R Cross, bahkan mengatakan bahwa pengembangan sistem “Common Law” di Inggris tidak mutlak harus didasarkan pada ajaran (doktrin) precedent. Artinya putusan yang menjadi “precedent” selalu dapat dihentikan kekuatan berlakunya bila “precedent” itu mengandung prinsip hukum yang tidak benar atau prinsip itu tidak cocok lagi diterapkan. Tentang ini S.G. Jessel mengatakan : <sup>57)</sup>

.....”but it is not sufficient that the case should have been decided on a principle if that principle is not itself a right principle, or is not applicable to the case ..... in that case the prior decision ceases to be a binding authority or guide for any subsequent judge”.

Dari fenomena itu dapat segera dipahami betapa pentingnya peranan parlemen dalam mengontrol kekuasaan judicial dan melalui kekuasaannya membuat Undang-Undang kiranya dapat mengoreksi putusan pengadilan<sup>58)</sup> (terutama Mahkamah Agung) agar tidak menjelma menjadi jurisprudensi yang sesat.

### **6.5.2. Pengawasan Politis DPR Terhadap Mahkamah Agung**

Yang dimaksud dengan pengawasan politis DPR terhadap Mahkamah Agung adalah pengawasan DPR sebagai Lembaga Politis yang memiliki

legitimasi menyuarakan aspirasi masyarakat terhadap tindakan Mahkamah Agung yang merugikan kepentingan masyarakat. Perbedaannya dengan pengawasan fungsional adalah : pertama, pengawasan politis ini lebih banyak bersifat himbauan politis terhadap Mahkamah Agung dalam melaksanakan fungsinya, sedangkan pengawasan fungsional adalah pengawasan profesional yang bersifat mengoreksi putusan MA melalui pembuatan Undang-Undang baru; kedua, pengawasan fungsional bertumpu pada hak inisiatif DPR untuk mengajukan rancangan Undang-Undang, sedangkan pengawasan politis bertumpu kepada hak-hak DPR yang berupa hak bertanya bagi anggota, hak meminta keterangan (interpelasi) dan hak menyatakan pendapat (memorandum).

Dalam hukum positif Indonesia baik dalam UUD 1945, Tap MPR maupun dalam peraturan perundangan lainnya tidak ada diatur kewenangan DPR melakukan pengawasan terhadap Mahkamah Agung. Dalam Undang-Undang No. 4 tahun 1999 tentang Susunan dan Kedudukan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah; hanya diatur pengawasan DPR terhadap Presiden (pemerintah) saja. Dalam Pasal 33 ayat 3,4 UU tersebut diatur hak-hak DPR yang sebagian dapat digunakan sebagai sarana pengawasan terhadap pemerintah. Hak-hak itu adalah : a) meminta keterangan kepada Presiden; b) mengadakan penyelidikan; c) mengadakan perubahan terhadap rancangan Undang-Undang; d) mengajukan pernyataan pendapat; e) mengajukan rancangan Undang-Undang; f) mengajukan/menganjurkan seseorang untuk

jabatan tertentu; g) menentukan anggaran DPR, h) mengajukan pertanyaan bagi anggota DPR; i) prokoler; j) keuangan/administrasi.

Dalam Pasal 33 ayat 5 dinyatakan bahwa pelaksanaan hak-hak DPR itu lebih jauh diatur dalam Peraturan Tata Tertib DPR. Peraturan Tata Tertib dimaksud adalah Peraturan Tata Tertib yang tertuang dalam bentuk Keputusan DPR RI No : 10/DPR-RI/III/82-83. Dugaan bahwa pengawasan DPR yang tertuang dalam UU No. 4 tahun 1999 itu hanya tertuju kepada Presiden (pemerintah) saja dan bukan kepada Mahkamah Agung, semakin kuat bila diperhatikan Pasal-Pasal Tata Tertib itu terutama yang mengatur hak meminta keterangan, hak menyatakan pendapat, dan hak bertanya bagi anggota yang kesemuanya itu dapat dipandang sebagai sarana melakukan pengawasan politis. Pasal-Pasal yang mengatur hak meminta keterangan yakni Pasal 10 s/d Pasal 14 Tata Tertib berkali-kali menyebut kata "Presiden" dan sama sekali tidak ada menyebut kata "Mahkamah Agung". Demikian juga halnya dengan Pasal-Pasal yang mengatur hak menyatakan pendapat (Pasal 24 s/d Pasal 30 Tata Tertib) dan Pasal-Pasal yang mengatur hak bertanya bagi anggota DPR (Pasal 34 s/d Pasal 36 Tata Tertib) juga berkali-kali menyebut "Presiden" dan sama sekali tidak pernah menyebut "Mahkamah Agung". Hal ini membuktikan bahwa peraturan perundang-undangan yang ada saat ini memang hanya mengatur pengawasan DPR terhadap Presiden dan sama sekali tidak mengatur pengawasan DPR terhadap Mahkamah Agung. Untuk keperluan tulisan ini, bila hukum positif tidak/belum mengatur kewenangan pengawasan politis DPR terhadap MA maka perlu dicarikan dasar



pembenarnya pada tataran teori keilmuan hukum, terutama pada teori keilmuan yang berada pada bidang Hukum Tata Negara.

Upaya penelusuran terhadap landasan pembenar bahwa badan perwakilan rakyat dapat melakukan pengawasan politis terhadap badan judicial dapat diarahkan pada berbagai konsepsi keilmuan Hukum Tata Negara/Ilmu Pemerintahan seperti misalnya ; konsepsi pembagian kekuasaan menurut John Locke, konsepsi pembagian kekuasaan menurut sarjana Ilmu Pemerintahan seperti Donner dan F Goodnow, dan konsepsi pembagian kekuasaan menurut Hans Kelsen dan terakhir tentu saja tetap beranjak pada konsepsi “Check and Balance”. Seperti telah disinggung dalam Bab III di depan, sebelum Montesquieu mengemukakan konsepsinya tentang pembagian kekuasaan negara, John Locke telah lebih dahulu mengemukakan konsepsinya dalam versi yang berbeda. John Locke seorang filsuf besar bidang ketatanegaraan peletak pertama dasar Monarchi Konstitusional dan Negara Hukum.<sup>59)</sup> dalam bukunya “Essay on Civil Government” membagi kekuasaan negara menjadi tiga bagian yakni :<sup>60)</sup>

- 1) Kekuasaan pembentuk Undang-Undang (kekuasaan legislatif).
- 2) Kekuasaan pelaksana Undang-Undang (kekuasaan eksekutif).
- 3) Kekuasaan menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian (kekuasaan federatif).

Kekuasaan federatif sesungguhnya termasuk kekuasaan eksekutif yang berupa kekuasaan untuk mengadakan hubungan luar negeri dalam wujud

membuat perjanjian atau perserikatan dengan orang, lembaga atau negara lain.<sup>61)</sup>

Berdasarkan hal itu, Amir T Nasution sampai pada kesimpulan bahwa John Locke sebenarnya pencetus ajaran Dwi Politica dan bukan Trias Politica. Tentang ini ia mengatakan :<sup>62)</sup>

“Montesquieu mendasarkan pada Trias Politica, John Locke mendasarkan pada Dwi Politica, yaitu mendasarkan pada dua kekuasaan saja yaitu Legislatif dan Eksekutif. Sedang Judikatif (Pengadilan) termasuk pada Eksekutif saja, demikian John Locke”.

Konsepsi “Dwi Politica” itu dalam perkembangannya kemudian, ternyata didukung dan dipertahankan oleh sarjana di kalangan Ilmu Pemerintahan misalnya Donner. Donner membagi kekuasaan negara menjadi dua bagian yakni : kekuasaan yang menentukan kebijakan negara atau tugas pemerintahan (taakestelling) dan kekuasaan yang melaksanakan kebijakan atau tugas pemerintahan (voerwezenlijking van de taak). Pandangan Donner ini didukung secara luas oleh sarjana “Public Administration” di AS seperti W Wilson, F Goodnow, Herman Finer dan Paul C Bartholomew. Bartholomew seperti dikutip Utrechts dengan tegas mengatakan :<sup>63)</sup>

“Some authorities hold that all government can be divided into two powers : (1) policies, the declaration of the public will in a law, what so called, and; (2) administration, how government does it work so as to give effect to a law, the principles according to which co-operative programs are carried through to success”. (Garis bawah dari penulis)

Konsepsi yang lebih jelas dan memadai adalah konsepsi dari Hans Kelsen. Dikatakan lebih jelas dan memadai karena Kelsen dalam

mengemukakan konsepsinya itu telah dengan jelas mengemukakan alasan utama mengapa ia sampai pada konsepsi itu.

Kelsen mengkonsepsikan, bila ditinjau dari aspek “fungsi” kekuasaan, sesungguhnya pada awalnya dalam suatu negara hanya terdapat dua fungsi (dichotomy) kekuasaan yakni fungsi legislatif (*legis latio*) dan fungsi eksekutif (*legis executio*). Kemudian seiring dengan munculnya konsep “trichotomy” maka fungsi eksekutif dikembangkan menjadi fungsi judicial. Dengan demikian, sesungguhnya fungsi legislatif itu berada dalam posisi yang berlawanan (*opposed*) dengan dua fungsi yang lain (eksekutif dan judicial) karena kedua fungsi yang disebut belakangan ini mempunyai pertalian yang sangat erat dalam satu jalinan kesatuan. Itu berarti, pada kenyataannya yang ada (berlaku) adalah konsep “dichotomy”, dan walaupun kemudian muncul konsep “trichotomy” (*Trias Politica*) tak dapat dipungkiri bahwa “dichotomy” adalah dasar bagi pengembangan “trichotomy” (“A dichotomy is in reality the basis for the usual trichotomy. The legislative function is opposed to both the executive and judicial function, which the latter are obviously closed related to each other than to the first”).<sup>64)</sup>

Tentang mengapa fungsi eksekutif sangat erat menyatu dengan fungsi judicial menurut Kelsen karena kedua organ baik organ eksekutif maupun organ judicial memiliki fungsi yang sama yakni sama-sama menerapkan hukum yang dihasilkan oleh organ legislatif. Tentang ini Kelsen secara jelas mengemukakan reasoningnya sebagai berikut :<sup>65)</sup>

“There is no other answer but the statement that it is the general norms, the constitution and the laws created by the legislative power which are executed. Execution of laws, however, is also the function of so-called judicial power. This power is not distinguished able from the so-called “executive” power, by the fact that only the organs of the latter “execute” norm. In this respect the function of both is really the same. By the executive as well as by the judicial power, general legal norm are executed”..... (Garis bawah dari penulis)

Dikaitkan dengan aspek pengawasan, atas dasar prinsip demokrasi yang bertumpu pada kedaulatan rakyat maka organ legislatif yang anggotanya terdiri dari wakil-wakil rakyatlah pada analisis terakhir berwenang mengawasi kekuasaan yang posisinya berlawanan dengan legislatif yakni eksekutif dan judicial (“Hence democracy requires that the legislative organ should be given control over the administrative and judicial organ”).<sup>66)</sup>

Bertitik tolak dari paradigma “dichotomy” kekuasaan dimana kekuasaan legislatif sebagai pembuat kebijaksanaan (berupa Undang-Undang) selalu berkepentingan agar kebijaksanaan itu diterapkan secara nyata oleh kekuasaan pelaksana (eksekutif dan judicial), juga berdasarkan konsep Check & Balance yang selalu melihat pada kesempurnaan implementasi teori pemisahan kekuasaan maka dalam suatu negara demokrasi seperti apa yang dikemukakan Kelsen, organ legislatiflah yang paling tepat mengontrol organ eksekutif dan judicial.

Bila penomena itu diaplikasikan pada dimensi perspektif ketatanegaraan Indonesia maka kiranya dapat disepakati bahwa DPR sebagai organ legislatif di samping berwenang mengontrol organ eksekutif juga

berwenang mengontrol organ judicial Indonesia. Lebih jelas lagi, bahwa berdasarkan analisis konsepsi teoritis di atas, DPR berwenang memberi pengawasan politis kepada Mahkamah Agung di samping kepada Presiden (pemerintah). Dengan demikian maka pelaksanaan kebijaksanaan pembangunan bidang hukum tidak luput dari pengawasan karena hanya dengan adanya pengawasanlah seluruh aspek kebijaksanaan pembangunan berjalan secara lancar dan lurus.<sup>67)</sup>

## **6. Pengawasan Sosial Terhadap Mahkamah Agung**

Pengawasan sosial adalah pengawasan yang dilakukan oleh masyarakat umum yang terdiri dari berbagai lapisan profesi misalnya, cendekiawan hukum, wartawan, LSM, mahasiswa, dan lain-lain. Dari lapisan-lapisan itu, pengawasan cendekiawan hukum dianggap paling ideal karena bersifat profesional.

Dasar teoritis diperlukannya pengawasan sosial terhadap kinerja Mahkamah Agung dalam melaksanakan fungsi judicial adalah prinsip demokrasi yang menghendaki keterbukaan dan partisipasi masyarakat dalam setiap tindakan organ “legis executio” (eksekutif dan judicial) sesuai model dichotomy Hans Kelsen di atas. Jika dikembalikan kepada Teori Kedaulatan Rakyat dari Rousseau, maka, oleh karena hukum itu adalah kehendak masyarakat umum “(The general will) sudah dengan sendirinya pelaksanaan dan penerapan hukum itu merupakan kepentingan mutlak masyarakat untuk mengetahui sampai sejauh mana eksekutif dan judicial (Mahkamah Agung)

dapat memenuhi fungsinya dalam melaksanakan hukum (the general will) yang berasal dari masyarakat itu sendiri.

Seiring dengan itu maka muncul pandangan dari Rostow yang mengatakan bahwa “kata terakhir terhadap hukum adalah kata rakyat”, seperti telah disinggung di depan (“There is no escape in democracy from the citizens burden of saying the last word).<sup>68)</sup>

Bahkan, atas dasar prinsip demokrasi (kedaulatan rakyat) Austin Ranney menuturkan, di beberapa Negara Bagian di AS rakyat dapat mengajukan petisi untuk menuntut mundur hakim yang tak disenangi lagi oleh rakyat. Tentang ini ia mengatakan :<sup>69)</sup>

.....”more over judges are subject to “the recall”. Under this procedure if a designated number of voters sign a petition for the recall of a certain judges, a special election is held to determine whether he should remain in office. If a majority of the voters vote to “recall” him, he immediately leaves office”.

Di Iran, rakyat dapat melaporkan kepada parlemen tindakan/perilaku hakim yang dianggap tak wajar. Parlemen berwenang melakukan pemeriksaan terhadap badan judicial yang mendapat sorotan masyarakat itu.

Tentang ini, Pasal 90 Konstitusi Iran mengatakan :<sup>70)</sup>

“Barang siapa mempunyai pengaduan berkaitan dengan pekerjaan Majelis atau bidang eksekutif atau yudikatif, dapat mengajukan pengaduannya secara tertulis kepada Majelis. Majelis harus memeriksa pengaduannya dan memberikan jawaban yang memuaskan. Dalam hal dimana pengaduan-pengaduan itu berkaitan dengan kekuasaan eksekutif atau yudikatif, Majelis harus meminta pemeriksaan yang semestinya dalam urusan itu dan penjelasan yang cukup dari mereka serta mengumumkan hasil-hasil itu dalam jangka waktu yang pantas. Dalam hal dimana pokok pengaduan itu menyangkut publik, Majelis harus mengumumkan hasil kepada publik. (Garis bawah dari penulis)

Di Indonesia, sesungguhnya ketentuan hukum positif yang ada telah memungkinkan dilakukan pengawasan secara efektif terhadap kinerja badan pengadilan (termasuk Mahkamah Agung). Ketentuan itu tertuang dalam Pasal 17 (1), (2) UU No. 14 tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman yang berbunyi :

- (1) “Sidang pemeriksaan pengadilan adalah terbuka untuk umum, kecuali apabila Undang-Undang menentukan lain”
- (2) “Tidak dipenuhinya ketentuan dalam ayat (1) mengakibatkan batalnya putusan menurut hukum”

Dengan dibukanya sidang untuk umum berarti terbuka luas kesempatan bagi masyarakat untuk melakukan pengawasan terhadap kinerja pengadilan. Pengawasan itu ternyata memiliki nilai penting, karena ayat (2) Pasal itu menegaskan bila sidang tidak terbuka untuk umum dapat mengakibatkan batalnya putusan demi hukum. Dengan kata lain dapat dikatakan : “tidak ada putusan tanpa adanya pengawasan masyarakat”.

Ketentuan yang senada dengan Pasal 17 (1) (2) UU No. 14 tahun 1970 yakni Pasal 40 (2) UU No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung. Pasal itu menyatakan bahwa Mahkamah Agung harus mengucapkan putusannya dalam suatu sidang yang terbuka untuk umum.

Selain melalui cara persidangan terbuka untuk umum, cara efektif melakukan pengawasan terhadap Mahkamah Agung adalah dengan mempublikasikan putusan Mahkamah Agung dalam media masa terutama dalam majalah-majalah ilmiah seperti apa yang lazim dilakukan di negara-

negara yang menganut konsep “Rule of Law”. Menurut Sunaryati Hartono, publikasi semacam itu bertujuan agar putusan Mahkamah Agung dapat dinilai oleh para ahli hukum. Dengan cara itu tidak saja dapat dihindari putusan yang kurang bijaksana akan tetapi bersamaan dengan itu dapat tercipta pendapat umum tentang bagaimana caranya memperbaiki dan menyempurnakan kinerja sistem hukum sehingga betul-betul bermanfaat bagi masyarakat.<sup>71)</sup>

Berkaitan dengan pengawasan dari kalangan profesi hukum di Indonesia, perkembangan terakhir menunjukkan bahwa reaksi cendekiawan hukum terhadap putusan Mahkamah Agung yang kontroversial (terutama putusan PK perkara Muchtar Pakpahan) cukup responsif, terbukti dari adanya beberapa pakar hukum dari berbagai profesi mengkritik putusan PK Mahkamah Agung itu. Para pakar itu antara lain adalah :

1) T.M. Lubis (pengacara) menilai, putusan PK Mahkamah Agung No. 55 PK/PID/1996 dalam perkara Muchtar Pakpahan merupakan suatu tragedi hukum dalam dunia peradilan Indonesia karena MA jelas-jelas melanggar hukum Acara Pidana.<sup>72)</sup>

2) Luhut Pangaribuan (pengacara) mengatakan, pengajuan PK oleh Jaksa baru pertama kali terjadi dalam sistem hukum Indonesia. Rumusan Pasal 263 (1) sudah begitu jelas tak perlu penafsiran lagi.<sup>73)</sup> Akan terjadi hal yang sangat riskan bila putusan itu menjelma menjadi yurisprudensi.<sup>74)</sup>

3) Adi Andoyo (mantan Hakim Agung, Ketua Majelis Kasasi) berkomentar bahwa putusan kasasi MA sudah bersifat final karena putusan bebas murni tak bisa dilakukan upaya hukum apapun. Dalam pengambilan



putusan PK itu tanggapan Majelis Hakim Agung kasasi tidak dijadikan bahan pertimbangan, hal ini tak sesuai dengan kesepakatan intern Rapim MA yang memutuskan bahwa untuk menjamin kualitas putusan PK, Majelis Kasasi harus didengar tanggapannya.<sup>75)</sup>

4) Handjojo Putro (anggota Komisi III DPR) menyatakan bahwa sudah jelas Pasal 263 KUHAP hanya memberi kewenangan kepada terpidana dan ahli warisnya saja yang dapat mengajukan PK dan harus ada novum. Kedua syarat itu sudah dilanggar MA. Berarti MA tak menghormati karya besar legislatif yang tujuannya untuk terjaminnya kepastian hukum.<sup>76)</sup>

5) Sementara, Albert Hasibuan (Anggota Komnas HAM) menilai bahwa Pasal 263 (1) itu sudah begitu jelas rumusnya, tidak ada hal yang samar-samar lagi. Oleh karena itu putusan PK itu sama sekali tak memiliki dasar hukum. Jaksa dan MA sama-sama tak memiliki dasar hukum dalam melakukan tindakan. Dibuatnya Pasal 263 KUHAP itu dengan tujuan untuk melindungi HAM terdakwa, bukan untuk kepentingan Jaksa.<sup>77)</sup>

6) Di sisi lain, JE Sahetapy (Guru Besar FH UNAIR) menyatakan bahwa pengambilan putusan PK oleh Majelis Hakim Agung Kasasi yang diketuai Soerjono SH adalah merupakan salah satu dosa Soerjono. Dosa-dosa lain Soerjono terlihat dalam kasus Hanoch Hebe Ohee di Irja dan kasus Gandhi Memorial School.<sup>78)</sup>

7) Berkenaan dengan status putusan PK, DP Asral (Staf Sisdalopbang) berkomentar bahwa, dalam proses peradilan perbedaan keyakinan/pendapat antara hakim PN dan hakim PT sering terjadi, namun

Putusan finalnya tetap pada Hakim Kasasi. Tetapi untuk membatalkan putusan kasasi oleh Hakim PK tidak dapat didasarkan kepada perbedaan pendapat dan keyakinan karena PK bukan peradilan tingkat terakhir.<sup>79)</sup>

8) Loebby Loqman (Guru Besar FH UI) mengkhawatirkan, jika Jaksa dibenarkan mengajukan PK berarti PK tidak lagi sebagai upaya hukum luar biasa melainkan sebagai upaya hukum biasa. Dengan demikian tujuan PK yakni untuk melindungi HAM terdakwa tidak tercapai.<sup>80)</sup>

9) Praktisi hukum IB Ngurah Adi (Ketua Pengadilan Tinggi Denpasar) dalam kaitan dengan persoalan Undang-Undang harus jelas, mengatakan bahwa untuk meringankan tugas aparat penegak hukum, lembaga legislatif harus mampu membuat Undang-Undang yang jelas dan lengkap untuk menghindari penafsiran (diskresi). Menurut dia, khusus Pasal 263 (1) KUHAP rumusannya sudah sangat jelas bahwa tidak ada dasar hukum bagi Jaksa untuk mengajukan PK.<sup>81)</sup>

## CATATAN

<sup>1)</sup> Kewenangan badan judicial mengontrol badan legislatif tampak di negara-negara yang mengenal “hak uji konstitusional” seperti misalnya Amerika Serikat. Di Indonesia ajaran “hak uji konstitusional” (judicial review) dianut secara terbatas dimana Mahkamah Agung hanya dapat menguji produk legislatif lokal (DPRD I & DPRD II) karena produk semacam itu letaknya di bawah Undang-Undang.

<sup>2)</sup> Hans Kelsen, General Theory of Law And State, Translated by Anders Wedberg, Russell & Russell, New York, 1961, h. 282.

<sup>3)</sup> Hadely Hasibuan, Pasti Ada Kolusi Di Mahkamah Agung, Liga Pro Adi, Jakarta, Tanpa Tahun, h. 92.

<sup>4)</sup> Hadely Hasibuan, Ibid, h. 9-10.

<sup>5)</sup> Aldentua Siringoringo & Tumpal Shihite, Menyingkap Kabut Peradilan Kita, Menyoal Kolusi Di Mahkamah Agung, Pustaka Forum Adil Sejahtera, Jakarta, 1996, h. 57-64.

<sup>6)</sup> Hadely Hasibuan, Op.Cit., h. 81-83.

<sup>7)</sup> Bagir Manan, Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia, Universitas Islam Bandung, Bandung, 1995, h. 28-29.

<sup>8)</sup> Ian Mc Leod, Legal Method, Mac Millan, London, 1996, h. 152.

<sup>9)</sup> EV Rostow, The Sovereign Prerogative, The Supreme Court And Quest For Law, Yale University Press, New Haven, London, 1962, h. 86-87.

<sup>10)</sup> EV Rostow, Ibid, h. 88.

<sup>11)</sup> Kewenangan ini didasarkan pada logika bahwa Ketua Pengadilan Negeri tidak mungkin mengawasi dirinya sendiri, maka sesuai konsep pengawasan berjenjang pejabat atasan adalah pengawas pejabat bawahan.

<sup>12)</sup> ....., Jawa Post, Tgl. 19 Juli 1999, h. 21.

<sup>13)</sup> Hans Kelsen, Op.Cit., h. 282.

<sup>14)</sup> C Djisman Samosir; Refleksi Identifikasi Dan Solusi Krisis Indonesia Di Bidang Hukum, Dalam "Percikan Gagasan Tentang Hukum III", Editor, Wila Chandra Wila Supriadi, CV Mandar Madu, Bandung, 1998, h. 189-190.

<sup>15)</sup> Sunaryati Hartono, Apakah The Rule of Law Itu, Alumni, Bandung, 1969, h. 60.

<sup>16)</sup> Austin Ranney, The Governing Of Men, Holt Reinhart & Winston, New York, 1968, h. 406.

<sup>17)</sup> Sjachran Basah, Hukum Tata Negara Perbandingan, Alumni, Bandung, 1976, h. 12.

<sup>18)</sup> Sir Anthony Mason, The Rule Of Law And Judicial Review, The Second Annual Australia Lecture, 20 October, Jakarta, 1994, h. 28.

<sup>19)</sup> Amzulian Rifai, Pengantar Konstitusi Australia, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1994, h. 15.

<sup>20)</sup> Peter H Odegard, American Government, Reading And Document, Hepper & Row, New York, Dst., 1964, h. 335.

<sup>21)</sup> Sri Soemantri, Sistem-Sistem Pemerintahan Negara-Negara ASEAN, Tarsito, Bandung, 1976, h. 159, (I).

<sup>22)</sup> Austin Ranney, Op.Cit., h. 460.

<sup>23)</sup> Kedubes Jepang; Jepang Sebuah Pedoman Saku, Jakarta, 1985, h. 22.

<sup>24)</sup> Prajudi Atmosudirdjo (et al), Konstitusi Amerika Serikat, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986, h. 37, (I).

<sup>25)</sup> Austin Ranney, Op.Cit., h. 460.

<sup>26)</sup> Prajudi Atmosudirdjo (et al), Konstitusi Swiss, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, h. 78, (II).

<sup>27)</sup> Prajudi Atmosudirdjo (et al), Konstitusi Bulgaria, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, h. 107-108.

<sup>28)</sup> Prajudi Atmosudirdjo (et al), Konstitusi RRC, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987, h. 58-59.

<sup>29)</sup> Kebebasan dalam hal itu harus dimaknai sebagai kebebasan yang terbingkai dalam keterbatasan oleh hukum dan hanya dengan cara pandang demikian kebebasan mempunyai makna yang sejati seperti dikatakan oleh Hobbes bahwa “without law and order there is no real freedom, ..... it is clear then, that freedom is not the absence of law and order”. Pernyataan Hobbes ini dikutip oleh Thomas R Dye dalam bukunya berjudul “Understanding Public Policy” 1978 halaman 75. Dengan demikian hukum sesungguhnya adalah sarana untuk menangkai penyalahgunaan kebebasan atau menangkai kekuasaan yang jahat (“law then, in this view is the indispensable restraint upon the force of evil”). Tentang ini lihat Dennis Lloyd, “The Ideal of Law”, 1973, halaman 13.

<sup>30)</sup> ....., Jawa Post, Op.Cit., h. 21.

<sup>31)</sup> K Wantjik Saleh, Peraturan Pegawai Negeri 1979-1980, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1980, h. 134.

<sup>32)</sup> Benny K Harman, Konfigurasi Politik Dan Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), Jakarta, 1997, h. 421.

<sup>33)</sup> Daniel S Lev, Hukum Dan Politik di Indonesia, LP3ES; Jakarta, 1990, h. 527.

<sup>34)</sup> Daniel S Lev, Ibid, h. 522.

<sup>35)</sup> Harun Alrasid, Tepatkah Bila Hakim Itu PNS, Makalah Pada Colloque Guru Besar dan Pakar Ilmu Hukum dan Tata Negara, Universitas Bhayangkara, Surabaya, Tanggal 10-11 April 1997, h. 5.

<sup>36)</sup> ....., Jawa Post, Tanggal 14 Maret, 1997, h. 4.

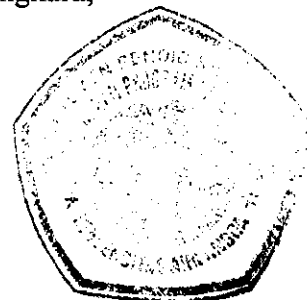
<sup>37)</sup> ....., Majalah Sinar, Tanggal 22 Februari 1997, h. 6.

<sup>38)</sup> ....., Media Indonesia, Tanggal 12 Maret 1997, h. 5.

<sup>39)</sup> ....., Forum Keadilan, Tanggal 8 Desember 1994, h. 102.

<sup>40)</sup> Oemar Seno Adji, Menegakkan Kekuasaan Kehakiman Yang Bebas, Pembahasan Makalah Pada Seminar Hukum Nasional II 1968 di Semarang, Dirjen Depkeh, Jakarta, Tanpa Tahun, h. 239.

<sup>41)</sup> RN Jackson, The Uses Of Dissent, Dalam “Constitutional Law And Judicial Policy Making”, Editor J B Grossman & R C Wells, John Wiley & Sons, Inc, New York, London, Dst, 1972, h. 164.



<sup>42)</sup> Grossman & Wells, Constitutional Law And Judicial Policy Making, John Wiley & Sons, Inc, New York, London, Dst, 1972, h. 164,166.

<sup>43)</sup> Certiorari adalah pemeriksaan kembali perkara oleh Mahkamah Agung AS, untuk itu pengadilan rendahan yang mengeluarkan putusan diminta oleh MA AS mengirim catatan persidangan kepada MA untuk dijadikan dasar pemeriksaan. Tentang ini dalam kamus Black's Law dikatakan : "An order by the appellate court which is used when the court has discretion on whether or not to hear an appeal. If the writ is denied, the court refuses to hear the appeal and in effect the judgement below stands unchanged. If the writ is granted, then it has the effect of ordering the lower court to certify the record and send it up to the higher court which had used its discretion to hear the appeal (H.C. Black MA, 1979, 1443). Di Indonesia, Mahkamah Agung tidak memiliki kewenangan semacam ini karena ia bukan pengadilan *judex factie*.

<sup>44)</sup> WJ Brennan, The Supreme Court At Work, Dalam "Constitutional Law And Judicial Policy Making", Editor, Joel B Grossman & Richard S Wells, John Wiley & Sons, Inc, New York, Dst, 1972, h. 143.

<sup>45)</sup> WJ Brennan, Ibid, h. 143-144.

<sup>46)</sup> G Gunther, Cases And Material On Constitutional Law, The Foundation Press, Inc, Mineola, New York, 1980, h. 406-411.

<sup>47)</sup> Laurence H Tribe, American Constitutional Law, The Foundation Press, Inc, Mineola, New York, 1978, h. 161.

<sup>48)</sup> Grossman & Wells, Op.Cit., h. 167.

<sup>49)</sup> H Kelsen, Op.Cit., h. 282.

<sup>50)</sup> Alexander Bickel, The Web Of Subjectivity, Dalam "Constitutional Law And Judicial Policy Making", Editor; Joel B Grossman & Richard S Wells, John Wiley & Sons, Inc, New York, Dst, 1972, h. 134.

<sup>51)</sup> E V Rostow, Op.Cit., h. 84.

<sup>52)</sup> F Frankfurter, Dissenting In West Virginia Board Education Vs Barnette; Dalam "Constitutional Law And Judicial Policy Making", Editor J B Grossman & R S Wells, John Wiley & Sons, Inc, New York, London, Dst, 1972, h. 129.

<sup>53)</sup> J Raz, The Concept Of A Legal System, Clarendon Press, Oxford, 1980, h. 153.

<sup>54)</sup> Sekedar contoh, berkaitan dengan kesalahan dalam proses mengadili, hakim tidak dapat dikenai sanksi dapat ditunjuk Surat Edaran Mahkamah Agung (SEMA) No. 14 Tahu 1983, tanggal 8 Desember 1983 tentang : Hakim Tidak Dapat Dipraperadilan. Bunyi SEMA tersebut sebagai berikut :

“Sehubungan dengan masih adanya pertanyaan yang diajukan pada Mahkamah Agung apakah seorang hakim dapat diajukan ke sidang praperadilan berdasarkan Pasal 77 KUHAP, bersama ini diberitahukan bahwa mengenai hal ini Mahkamah Agung berpendapat bahwa seorang hakim tidak dapat diajukan ke sidang praperadilan berdasarkan Pasal 77 KUHAP.

Alasannya adalah karena tanggung jawab juridis atas penahanan itu tetap ada pada masing-masing instansi yang melakukan penahanan (pertama) itu, dan apabila yang melakukan penahanan (pertama) itu adalah hakim sendiri maka penahanan itu adalah dalam rangka pemeriksaan oleh Pengadilan Negeri dimana Pasal 82 ayat (1) huruf d berlaku terhadapnya.

Oleh karena itu apabila pada pengadilan di bawah pimpinan sdr ada permintaan pemeriksaan praperadilan terhadap seorang hakim atas dasar Pasal 77 KUHAP maka permintaan tersebut harus sdr tolak, penolakan mana dapat sdr lakukan dengan surat biasa di luar sidang.

Demikian kiranya sdr maklum “

SEMA itu menunjukkan adanya arogansi kekuasaan kehakiman karena dengan SEMA itu MA seakan-akan ingin mengatakan bahwa hakim adalah kebal hukum. Artinya hakim dengan leluasa dapat melanggar Pasal 77 KUHAP (tentang batas waktu penahanan) tanpa perlu dikenai sanksi. Hal ini jelas melanggar prinsip Negara Hukum yakni : asas supremasi hukum dan asas legalitas (kepastian hukum). Sesuai Teori Kedaulatan Hukum dan Teori Kedaulatan Rakyat maka setiap kekuasaan harus tunduk pada hukum yang dibuat oleh rakyat secara demokratis.

<sup>55)</sup> Hak inisiatif ini diatur dalam Pasal 21 UUD 1945 kemudian dijabarkan lebih rinci melalui Tata Tertib DPR 1983 dalam Pasal 33, dan Pasal 134 s/d Pasal 136. Lihat Max Boboy, “Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia”, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994, halaman 84.

<sup>56)</sup> Ruppert Cross, Precedent In English Law, Clarendon Press, Oxford, 1977, h. 165.

<sup>57)</sup> Ruppert Cross, Ibid, h. 35.

<sup>58)</sup> Tidak saja produk Mahkamah Agung yang berupa “putusan” (vonnis) yang dapat dikontrol oleh DPR tetapi produk yang berupa PerMa dan SEMA juga dapat dikontrol bila produk-produk itu isinya bersifat merubah hukum acara (P-Laws) atau merubah UU tertentu.

- <sup>59)</sup> Solly Lubis, Ilmu Negara, Alumni, Bandung, 1975.
- <sup>60)</sup> M Yamin, Proklamasi Dan Konstitusi, Djambatan, Jakarta, 1950, h. 138.
- <sup>61)</sup> Mashuri Mashab, Kekuasaan Eksekutif di Indonesia, Bina Aksara, Jakarta, 1983, h. 1.
- <sup>62)</sup> AT Nasution, Kamus Politik, PT Bina Ilmu, Surabaya, 1981, h. 120.
- <sup>63)</sup> E Utrecht, Hukum Administrasi Negara Indonesia, Balai Buku Ichtiar, Jakarta, 1962, h. 33-34.
- <sup>64)</sup> H Kelsen, Op.Cit., h. 255.
- <sup>65)</sup> H Kelsen, Loc.Cit.
- <sup>66)</sup> H Kelsen, Loc.Cit., h. 282.
- <sup>67)</sup> Ismail Saleh, Ketertiban Dan Pengawasan, CV Haji Masagung, Jakarta, 1988, h. 3.
- <sup>68)</sup> EV Rostow, Op.Cit., h. 84.
- <sup>69)</sup> A Ranney, Op.Cit., h. 460.
- <sup>70)</sup> Kedubes Iran, Konstitusi Republik Iran, Jakarta, Tanpa Tahun, h. 54.
- <sup>71)</sup> Sunaryati Hartono, Op.Cit., h. 125-126.
- <sup>72)</sup> ....., Jawa Post, Tanggal 23 November, 1996, h. 1.
- <sup>73)</sup> Senada dengan Luhut Pangaribuan adalah Martiman Prodjohamidjojo, dalam mengomentari Pasal 263 KUHAP yang sudah begitu jelas rumusannya (sehingga tidak memerlukan penafsiran lagi) ia mengatakan : "Pasal 263 KUHAP membuka kemungkinan bagi terpidana atau ahli warisnya mengajukan permintaan peninjauan kembali terhadap putusan yang telah berkekuatan tetap kepada MA melalui Pengadilan Negeri yang memutus perkara semula, kecuali dalam hal putusan yang mengandung pembebasan (*vrijspraak*) dan atau pelepasan dari segala tuntutan hukum (*ontslag van alle rechtsvervolging*). Komentar M Prodjohamidjojo ini termuat dalam "KUHP dengan Penjelasan dan Komentar", 1983, 222, oleh M Karjadi & R Soesilo.



- 74) ..... Mutiara, No. 840, Tahun XXX, 1996, h. 7.
- 75) ..... Mutiara, Op.Cit., h. 7.
- 76) ..... Mutiara, Loc.Cit.
- 77) ..... Mutiara, Loc.Cit.
- 78) ..... Mutiara, Loc.Cit.
- 79) ..... Kompas, Tanggal 15 November 1994, h. 3.
- 80) ..... Tempo Interaktif, Edisi 39, 1996, h. 23.
- 81) ..... Bali Post, Tanggal 26 Juli 1997, h. 2.

## BAB VII

### SIMPULAN DAN SARAN

#### 1. Simpulan

Berdasarkan uraian terdahulu dan sesuai dengan sub-sub pokok permasalahan dari tema sentral disertasi ini, dapat ditarik beberapa kesimpulan sebagai berikut :

- 1.1. Baik konsep Negara Hukum “Rule of Law” maupun konsep Negara Hukum “Rechtstaat” mengandung persamaan yang hakiki yakni sama-sama memberi perlindungan terhadap hak asasi anggota masyarakat. Indonesia nampaknya mensenyawakan kedua konsep itu melalui Pembukaan, Batang Tubuh, Penjelasan UUD 1945 dan peraturan perundang-undangan lainnya. Kekuasaan kehakiman yang bebas sebagai benteng terakhir Negara Hukum diakui eksistensinya dalam UUD 1945 dan Undang-Undang lainnya. Kekuasaan kehakiman yang bebas itu dilaksanakan dalam konstelasi bingkai Teori Pembagian Kekuasaan dengan konsep “Check and Balance”. Hal ini menimbulkan hubungan konsultatif dan hubungan pengawasan antara kekuasaan kehakiman dan kekuasaan eksekutif maupun kekuasaan legislatif. Di sisi lain, sebagai benteng terakhir Negara Hukum kekuasaan kehakiman dihubungkan dengan jenis hukum formil dan hukum materiil harus dimaknai sebagai suatu kekuasaan yang harus “mentaati” (to obey) hukum formil

atau hukum acara atau “P-Laws” meminjam istilah Raz, sementara terhadap hukum materiil atau “D-Laws” meminjam istilah Raz pula, kekuasaan kehakiman harus menerapkannya (to enforce).

- 1.2. Sebagai landasan teoritis telaah terhadap batas kebebasan kekuasaan kehakiman digunakan Teori Kedaulatan Hukum dalam visi co-inside (bersamaan) dengan Teori Kedaulatan Rakyat, Teori Pembagian Kekuasaan dan konsep Judicial Self-Restraint. Dengan menggunakan landasan teoritis semacam itu maka akhirnya ditemukan adanya 3 (tiga) batas yakni ; batas normatif, batas eksternal-institusional dan batas internal-etikal kebebasan kekuasaan kehakiman.
- 1.3. Batas normatif adalah batas berupa norma-norma yang telah dituangkan dalam wujud peraturan perundang-undangan. Khusus dalam kaitan dengan fungsi pokok kekuasaan kehakiman berupa fungsi mengadili dengan menggunakan pendekatan mashab Analytical Jurisprudennce, maka akhirnya dijumpai adanya batas normatif-absolut dan batas normatif-relatif. Batas normatif-absolut adalah hukum acara atau “rules of adjudication” meminjam istilah Hart, atau “P-Laws” meminjam istilah J. Raz. Dikatakan absolut karena hukum acara secara signifikan materinya berbeda dengan hukum materiil. Hasil penelitian menunjukkan bahwa seluruh hukum acara di Indonesia mengatur kekuasaan aparat penegak hukum dan mengatur lebih rinci cara bagaimana kekuasaan itu harus dijalankan (laws of conferring power/P-Laws). Secara lebih spesifik dapat dikatakan bahwa hukum acara

(P-Laws) adalah hukum yang mengatur wewenang hakim untuk mengadili dan mengatur lebih jauh cara bagaimana wewenang itu harus dijalankan oleh hakim. Jelas akan timbul kesewenang-wenangan kalau hakim dibenarkan mendiskresi (mengesampingkan, menambah atau mengurangi) hukum yang mengatur wewenang hakim itu sendiri (hukum acara) karena hal itu akan bertentangan dengan esensi terdalam dari Teori Kedaulatan Hukum yakni “kekuasaan harus tunduk pada hukum”. Oleh karena itu hakim secara mutlak (absolut) harus tunduk pada hukum acara untuk menghindari terjadinya kesewenang-wenangan kekuasaan kehakiman (judicial arbitrary). Dalam konteks ini pandangan mashab Legisme masih memiliki relevansi yang memandang bahwa Undang-Undang adalah lengkap (“luckenlos”) dan hakim bertindak sebagai “subsumptie automaat” (pentaatan secara otomatis).

Sementara, batas normatif-relatif adalah apa yang oleh Raz disebut D-Laws (Duty Imposing Laws) atau oleh Hart disebut “Primary Rules” atau dalam kepustakaan hukum Indonesia dikenal dengan sebutan “hukum materil” yang tidak mengatur kekuasaan (conferring power) tetapi mengatur kewajiban individu (individual duty). Dikatakan relatif karena hakim dapat melakukan diskresi (menciptakan, mengesampingkan, menafsirkan) D-Laws itu bila terjadi : pertama, kekosongan norma (leemten van normen); kedua, konflik norma (geschilt normen); ketiga, norma yang kabur (vage van normen). Ini berarti, hakim tidak secara mutlak (absolut) harus menerapkan D-Laws itu, karena bilamana perlu dia

dapat melakukan diskresi. Hal ini menyebabkan keharusan hakim untuk menerapkan seluruh D-Laws dalam suatu sistem hukum menjadi bersifat relatif. Dalam konteks ini, pandangan mashab Hukum Bebas (Freirechtslehre) masih memiliki relevansi yang memandang bahwa Undang-Undang tidak lengkap dan hakim tidak bertindak sebagai "subsumptie automaat". Dengan demikian dapat dibangun suatu konsep bahwa hakim atas dasar prinsip kebebasan, dalam melakukan diskresi terbatas hanya terhadap D-Laws (hukum materiil) saja. Konsep ini dapat disebut sebagai Konsep Diskresi Terbatas (Limited Discretion Concept) yang layak diterapkan oleh hakim dalam mengadili perkara.

- 1.4. Berdasarkan teori pembagian kekuasaan dan konsep "power limit power" maka satu kekuasaan merupakan batas eksternal-institusional kekuasaan lainnya. Meski teori pembagian kekuasaan mengakui adanya konsep "Check and Balance" namun tidak berarti fungsi pokok dari satu kekuasaan dapat diambil alih oleh kekuasaan lainnya. Konsep "Check and Balance" hanya memungkinkan pemberian fungsi sampingan termasuk fungsi pengawasan kepada kekuasaan lainnya dengan tujuan terwujudnya keseimbangan kekuasaan. Dikaitkan dengan fungsi pengadilan dalam menggali dan menciptakan hukum maka fungsi pokok kekuasaan legislatif untuk membuat Undang-Undang merupakan batas eksternal-institusional kebebasan kekuasaan kehakiman. Dengan kata lain, meski kekuasaan kehakiman memiliki kebebasan namun kebebasan itu tidak dapat dijadikan

dasar untuk mengambil alih fungsi pokok Pembuat Undang-Undang lebih-lebih pembuatan Undang-Undang yang berkarakter P-Laws (law of conferring power). Hasil pengkajian menunjukkan, Mahkamah Agung Indonesia telah pernah mengambil alih fungsi pokok kekuasaan legislatif dengan mengubah KUHAP (P-Laws) dalam putusan Peninjauan Kembali perkara Muchtar Pakpahan (Putusan PK MA No. 55 PK/PID/1996). Dalam hal itu, MA dapat dikatakan telah melakukan “*detournement de pouvoir*” dan sekaligus “*excess de pouvoir*” yakni penyalagunaan wewenang dan penyerobotan wewenang.

Selain dibatasi oleh batas normatif-absolut, batas normatif-relatif dan batas eksternal-institusional, kebebasan kekuasaan kehakiman juga dibatasi oleh batas internal-etikal yakni batas moral yang didasarkan pada konsep “*Judicial Self-Restraint*” (pengendalian diri hakim dalam mengadili). Batas ini terasa amat penting jika dikaitkan dengan adanya alat bukti yang berupa “*persangkaan*” atau “*petunjuk*” bagi hakim. Bila dalam menggunakan alat-alat bukti itu, hakim tidak melandasi dirinya dengan kaidah moral tak pelak akan muncul putusan yang subyektif (jauh dari rasa keadilan). Untuk menghindari subyektivitas hakim, alat bukti “*persangkaan*” dan “*petunjuk*” itu penggunaannya harus didahului dengan “*legal reasoning*” yang mendalam dari hakim. Meski batas internal-etikal itu tidak bernilai juridis namun memiliki posisi yang sangat sentral karena hanya dengan landasan moral batas normatif dan batas eksternal-

institusional itu dapat ditaati. Dalam konkritisasinya batas internal-etikal itu diwujudkan dalam bentuk kode etik profesi hakim.

- 1.5. Berdasarkan konsep “Check and Balance”, DPR dapat melakukan pengawasan fungsional dan pengawasan politis terhadap Mahkamah Agung. Pengawasan fungsional adalah pengawasan berdasarkan fungsi pokok legislatif (membuat Undang-Undang), DPR dapat mengoreksi putusan MA yang melanggar UU (P-Laws) dengan jalan segera membuat UU bermuatan menyempurnakan/menegaskan isi UU lama. Pengawasan politis adalah pengawasan yang dilakukan berdasarkan hak-hak politis DPR seperti hak bertanya bagi anggota, hak interpelasi dan hak menyatakan pendapat. Selain DPR, berdasarkan prinsip demokrasi yang bertumpu pada asas kedaulatan rakyat yang menghendaki keterbukaan dan partisipasi masyarakat, maka masyarakatpun (terutama kalangan profesi hukum) berwenang untuk melakukan pengawasan terhadap kinerja Mahkamah Agung. Meski pengawasan oleh masyarakat itu tidak mengandung sanksi juridis namun pengawasan itu dapat dijadikan bahan bagi DPR dalam melakukan pengawasan fungsional dan politis terhadap Mahkamah Agung.

## 2. S a r a n

- 2.1. Mengingat, bahwa menurut Mashab Hukum Analitis (Analytical Jurisprudence) Hukum Acara tergolong P-Laws (Law of Conferring Power) yang ternyata berdasarkan pengkajian dalam disertasi ini, Hukum Acara merupakan batas normatif-absolut dari kebebasan kekuasaan kehakiman, maka dengan sendirinya pengadilan (termasuk Mahkamah Agung) tak berwenang melakukan perubahan bila dirasa Hukum Acara kurang sempurna atau mengalami kekosongan norma. Untuk mengatasi kekurangsempurnaan atau untuk mengisi kekosongan itu diperlukan sikap tanggap yang amat tinggi dari kalangan lembaga pembuat UU (DPR bersama Presiden) agar dengan segera dapat melakukan perubahan terhadap Hukum Acara. Dengan demikian pengadilan (MA) akan kehilangan kesempatan untuk melakukan diskresi. Tindakan cepat/segera dari lembaga legislatif untuk mengubah Hukum Acara hanya bisa diwujudkan jika ditempuh hal-hal sebagai berikut : pertama, lembaga legislatif, konkritnya Komisi Hukum DPR dan Departemen Kehakiman memberi skala prioritas terhadap perubahan Hukum Acara, dan bila dirasa perlu untuk disempurnakan Komisi Hukum DPR segera menyusun rancangan usul inisiatif, demikian juga Departemen Kehakiman segera harus mengajukan rancangan UU tentang penyempurnaan Hukum Acara; kedua, harus ada komunikasi dua arah (timbang balik) yang



berkesinambungan antara legislatif di satu pihak dan judicial (Mahkamah Agung) di pihak lain, tentang apakah pasal-pasal Hukum Acara masih memadai atau telah tak memadai lagi untuk diterapkan. Legislatif selalu harus mencari tahu hal itu kepada Mahkamah Agung dan Mahkamah Agung selalu menginformasikan hal itu kepada legislatif, dengan demikian MA tak perlu mengubah sendiri Hukum Acara yang dipandang tidak memadai. Ini berarti, diperlukan hubungan yang istimewa antara legislatif dan judicial dalam rangka perubahan/penyempurnaan Hukum Acara secara segera.

Perubahan Hukum Acara diberi skala prioritas karena Hukum Acara (P-Laws) sangat spesifik kedudukannya dalam suatu sistem hukum, berbeda secara signifikan dengan hukum materil (D-Laws). Hukum Acara mengatur wewenang mengadili dan mengatur bagaimana cara wewenang itu dijalankan oleh pengadilan. Jika pengadilan dibenarkan mengubah (mendiskresi) aturan yang mengatur wewenangnya sendiri, tak terhindarkan pastilah akan timbul kesewenang-wenangan pengadilan yang akan bermuara pada keadaan tirani judicial.

- 2.2. Untuk lebih mengoptimalkan keberlakuan Tap MPR No. X/MPR/1998 tentang Pokok-Pokok Reformasi Pembangunan, maka sudah sepantasnya upaya penghapusan pengawasan irasional oleh pihak eksekutif terhadap kekuasaan judicial melalui UU No. 35 tahun 1999 (UU tentang Perubahan UU No. 14 tahun 1970) perlu ditindak lanjuti dengan dilakukan perubahan

terhadap berbagai UU yang mengatur kedudukan Hakim sebagai Pegawai Negeri Sipil. Upaya semacam itu dapat dikatakan sebagai upaya mewujudkan sinkronisasi horisontal peraturan perundang-undangan karena akan terlihat aneh bila di satu sisi kewenangan organisatoris, administratif dan finansial para Hakim berada di tangan Mahkamah Agung (vide Pasal 11 ayat 1 UU No. 35 tahun 1999) di sisi lain sebagai PNS, kesetiaan (loyalitas) hakim tertuju kepada pemerintah (vide PP No. 30 tahun 1980). Selain itu ketentuan-ketentuan yang tidak sinkron dengan Pasal 11 (1) UU No. 35 tahun 1999, (yang selanjutnya perlu segera dirubah) antara lain ketentuan Pasal 13 (1) UU No. 2 tahun 1986, Pasal 13 (1) UU No. 5 tahun 1986, Pasal 12 (1) UU No. 7 tahun 1989 yang isinya sama yakni pembinaan dan pengawasan umum terhadap hakim sebagai Pengeri Negeri dilakukan oleh Menteri (terkait).

- 2.3. Untuk keperluan gagasan pengawasan internal antara sesama Hakim Agung, dipandang perlu menambah anggota Majelis Hakim Agung yang selama ini menurut Pasal 40 (1) UU No. 14 tahun 1985 terdiri atas sekurang-kurangnya 3 orang Hakim Agung perlu ditambah menjadi maksimal 9 orang Hakim Agung (pola Amerika) atau sekurang-kurangnya 5 orang Hakim Agung (pola Belanda).

Tentang anggota Majelis Hakim Agung Amerika Serikat berjumlah 9 orang, dapat dilihat WJ Brennan Jr dalam karyanya

berjudul “The Supreme Court At Work”, 1972, halaman 143 – 144. Dan tentang jumlah anggota Majelis Hakim Agung Belanda 5 orang dikemukakan oleh Eric Meyjer dalam “Organisasi dan Wewenang Hakim Belanda” dimuat pada *Projustitia*, Tahun X, No. 3, 1992, halaman 10.

Penambahan jumlah ini dimaksudkan agar perdebatan yang didasarkan pada silang pendapat (*dissenting*) antara sesama anggota Majelis Hakim Agung lebih mantap dan serius sehingga nantinya dihasilkan putusan yang lebih obyektif dan berbobot tinggi. Untuk itu perlu diadakan perubahan terhadap ketentuan UU No. 14 tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

- 2.4. Berkaitan dengan gagasan pengawasan fungsional dan pengawasan politis DPR terhadap Mahkamah Agung, perlu pengaturan secara tegas kewenangan itu dalam Tap MPR No. III/MPR/1978 tentang Kedudukan dan Hubungan Tata Kerja Lembaga Tertinggi Negara Dengan/Atau Antar Lembaga Tinggi Negara. Pengawasan fungsional yang pada hakikatnya merupakan kontrol DPR terhadap putusan MA yang melanggar Hukum Acara dan hukum lainnya yang bersifat *P-Laws* (*Law of Conferring Power*) menuntut peningkatan kualitas DPR di bidang hukum. Untuk itu perlu pemberdayaan komisi hukum DPR

dengan mengupayakan anggotanya berijazah Sarjana Hukum dengan pengalaman yang memadai. Komisi ini dapat dibantu oleh para pakar hukum dari kalangan akademisi dengan status sebagai konsultan. Komisi ini bertugas memantau dan mengkaji putusan MA yang kontroversial sebagai input (masukan) kepada DPR untuk keperluan pengawasan fungsional maupun pengawasan politis DPR terhadap Mahkamah Agung.

Selain Tap MPR No. III/MPR/1978, yang perlu pula dirubah dalam rangka pengaturan kewenangan pengawasan fungsional dan pengawasan politis DPR terhadap MA adalah Undang-Undang No. 4 tahun 1999 tentang Susunan dan Kedudukan MPR, DPR dan DPRD khususnya Pasal 33. Pasal ini mengatur tugas dan wewenang DPR berupa pengawasan terhadap pemerintah. Ke dalam pasal itu hendaknya ditambahkan satu ayat yang mengatur kewenangan DPR melakukan pengawasan terhadap Mahkamah Agung.

- 2.5. Pengawasan sosial terhadap kekuasaan kehakiman yang selama ini dilakukan secara gencar oleh kalangan profesi hukum hendaknya lebih ditingkatkan menjadi pengawasan akademis. Untuk keperluan ini perlu dibentuk lembaga Pusat Kajian Putusan MA dan putusan Pengadilan yang kontroversial di masing-masing Perguruan Tinggi Negeri maupun

Swasta. Lembaga ini berfungsi mengkaji putusan hakim dari segi teori hukum. Hasil kajian yang berupa masukan disampaikan kepada DPR untuk keperluan pengawasan fungsional dan politis, kepada pemerintah untuk penyiapan rancangan perubahan Undang-Undang tentang/sekitar kekuasaan kehakiman, kepada MA untuk keperluan pengawasan dan pembinaan pengadilan.

## DAFTAR PUSTAKA

Adji, Oemar Seno; Makalah, Simposium Universitas Indonesia, "Tanggal 6-8 Mei, 1966, Jakarta.

\_\_\_\_\_, Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia setelah 30 Tahun Kembali ke UUD 1945, Disunting oleh Sri Soemantri & Bintan R Saragih, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1993.

Affandi, Muchtar; Ilmu-Ilmu Kenegaraan, Alumni Bandung, 1971.

Allot, Antony; The Limits of Law, Butterworth & Co., London, 1980.

Alrasid, Harun; Makalah, Pada Colloque Guru Besar dan Pakar Ilmu Hukum dan Tata Negara, Universitas Bhayangkara, Surabaya, Tanggal 10-11 April 1997.

Atmaja, Kerta Wicaksana, Fakultas Hukum Universitas Warmadewa, Denpasar, 1995.

Atmosudirdjo, Prajud et al; Konstitusi Amerika Serikat, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986.

\_\_\_\_\_; Konstitusi Argentina, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.

\_\_\_\_\_; Konstitusi Bulgaria, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.

\_\_\_\_\_; Konstitusi Indonesia, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.

\_\_\_\_\_; Konstitusi Jepang, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986.

\_\_\_\_\_; Konstitusi Kuwait, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.

\_\_\_\_\_; Konstitusi Lebanon, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.

\_\_\_\_\_; Konstitusi RRC, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.

\_\_\_\_\_; Konstitusi Soviet, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1986.

- \_\_\_\_\_; Konstitusi Swiss, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1987.
- Basah, Sjachran; Hukum Tata Negara Perbandingan, Alumni, Bandung, 1976.
- Bickel, Alexander; Constitutional Law And Judicial Policy Making, Editor; Joel B Grossman & Richard S Wells, John Wiley & Sons, Inc, New York, Dst, 1972.
- Black, HC MA; Black's Law Dictionary, St Paul Minn, West Publishing Co, 1979.
- Boboy, Max; Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1994.
- Boedisoesetya, R; Pidato Penerimaan Jabatan Guru Besar Luar Biasa Dalam Mata Kuliah Hukum Tata Negara dan Hukum Tata Pemerintahan, FH UNAIR, Tgl. 10 November 1958, Surabaya.
- Bodenheimer, Edgar; Jurisprudence The Philosophy and Method Of The Law, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1962.
- Bottomly, A Keith; Criminal Justice Selected Reading, Editor J Baldwin & A Keith Bottomly, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pascasarjana UI, 1983.
- Brennan, William Jr; Constitutional Law And Judicial Policy Making, Editor, Joel B Grossman & Richard S Wells, John Wiley & Sons, Inc, New York, Dst, 1972.
- Brierly; Law of Nations, Clarendon Press, Oxford, 1958.
- Brouwer, Bob Cs; Coherence And Conflict in Law, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle, Netherland, 1992.
- Bruggink, JJH; Refleksi Tentang Hukum, Terjemahan Arief Sidharta, PT Citra Aditya Bakti Bandung, 1996.
- Budiardjo, Miriam; Dasar-Dasar Ilmu Politik, PT Gramedia, Jakarta, 1981.
- Cardozo, B; Lloyd's Introduction To Jurisprudence, Lloyd & Freeman, Stevens & Sons, London, 1985.

Casper, Jonathan D; American Criminal Justice, The Defendant's Perspective; Prentice Hall, Inc, Engle Wood Cliffs, New Jersey, USA, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pascasarjana UI, 1983.

Coffey, Alan et al; An Introduction to The Criminal Justice System and Process", Prentice-Hall Inc, Engle Wood Cliffs, New Jersey, USA, Bahan Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pascasarjana UI, Jakarta, 1983.

Coubrey, H Mc & White ND; Textbook on Jurisprudence, Black Stone Press Ltd, London, 1996.

Cross, Ruppert; Precedent In English Law, Clarendon Press, Oxford, 1977.

Damian, Eddy & Hornick JD; Indonesia's Formal Legal System, An Introduction; Alumni, Bandung, 1992.

Danelius, Hans; Human Right In Sweden, The Swedish Institute, Stockholm, 1973.

de Tocqueville, Alexis; Democracy In America, The New American Library, New York, 1960.

Denning, Sir Alfred; The Road to Justice, Stevens & Sons, London, 1965.

Department of Home Affairs; The Indonesian Government, Jakarta, 1983.

Dror, Yehezkel, Venture in Policy Sciences, Elsevier, New York, Oxford, Amsterdam , 1997.

Duverger, Maurice; Teori Dan Praktek Tata Negara, Terjemahan Anonim, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1993.

Dworkin, R; Taking Rights Seriously; Massachusetts, Cambridge, 1979.

Dye, Thomas R; Understanding Public Policy; Prentice-Hall, Inc, Englewood, New Jersey, USA, 1978.

Ehrlich; Reading In Jurisprudence And Legal Philosopy, Cohen And Cohen's & Philip Schuman, Little Brown & Company, Boston & Toronto, 1979.



Frank, Elke; Law Maker In A Changing World, Prentice-Hall, Inc, Englewood Cliffs, New Jersey, USA, 1986.

Frankfurter, Felix; Constitutional Law And Judicial Policy Making, Editor J B Grossmann & R S Wells, John Wiley & Sons, Inc, New York, London, Dst, 1927.

Feguson, JH & Henry Mc, DE; The American System of Government, Mc Graw Hill Book Company, New York, Dst, 1965.

Finer, SF; Five Constitution, Penguin Books, Baltimore, 1979.

Francois JPA; Handboek van het Volkenrecht II, NV Uitgevers – Maatschappij, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle, 1950.

\_\_\_\_\_ ; The State And The Rule of Law in a Mixed Economy, Stevens & Sons, London, 1971.

Friedmann, W; Law In a Changing Society, Columbia Press University, New York, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pascasarjana UI, Jakarta, 1983.

Friedmann, WF; Legal Theory, Columbia University Press, New York, 1970.

Gautama, Sudargo, Pengertian Ten Negara Hukum, Alumni, Bandung, 1973.

Germann, AC et al; Introduction to Law Enforcement And Criminal Justice, Charles Thomas, Springfield Illinois, USA. Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pascasarjana UI, Jakarta, 1983.

Gerven, W van; Het Beleid de Rechter, Alih Bahasa Hartini Tranggono, Erlangga, Jakarta, 1973.

Ghai, Yash; The Rule of Law and Human Rights in Malaysia and Singapore, Kehmas 2 Grael, Selangor, 1989.

Golding, Martin P; Legal Reasoning, Alfred A Knopf, New York, 1984.

Griffith, L John; The Yale Law Journal, Volume 79, January. 1970.



Gross, Hyman; A Theory of Criminal Justice, Oxford Univesity Press, New York, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana Pascasarjana UI, Jakarta, 1983.

Grossman, JB, & Wells, KS; Consitutional Law And Judicial Policy Making, J Wiley & Sons, New York, 1980.

Gunther, Gerald; Cases and Materials on Constitutional Law, The Foundation Press, Inc., Mineola, New York, 1980.

Hadjon, Philipus M; Lembaga Tertinggi dan Lembaga-Lembaga Tinggi Negara Menurut UUD 1945 Suatu Analisa Hukum Dan Kenegaraan, PT, Bina Ilmu, Surabaya, 1987.

\_\_\_\_\_ ; "Fungsi Normatif Hukum Administrasi Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Bersih", Pidato Penerimaan Jabatan Guru Besar Ilmu Hukum Pada FH UNAIR, Surabaya, 10-10-1994.

\_\_\_\_\_ ; "Pengkajian Ilmu Hukum Dagmatik (Normatif)", Yuridika, No 6 Tahun IX, 1994.

\_\_\_\_\_ ; Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia, PT Bina Ilmu, Surabaya, 1987.

\_\_\_\_\_ ; Makalah, Pada Diskusi Panel, Diadakan Oleh Senat Mahasiswa Fakultas Hukum Ubaya, Tgl. 21 Desember, 1993.

\_\_\_\_\_ ; Bahan Kuliah S3 Ilmu Hukum Pascasarjana UNAIR, Surabaya, 1996.

Halidin, Wan; Kekuasaan Pemerintah Negara Berdasarkan UUD 1945, Pradnya Paramita, Jakarta, 1975.

Hampstead, Lord Lloyd of & Freeman, MDA; Lloyd's Introduction To Jurisprudence, Stevens & Sons, London, 1985.

Hamzah, A & Dahlan, Irdan; Perbandingan KUHAP/HIR dan Komentar, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1984.

Harahap, Yahya; Pengembangan Yurispradensi Tetap", Makalah, Seminar Hukum Nasional Keenam Tahun 1994, BPHN, Jakarta, 1995.

- Hardjawidjaja, J; Ius Contra Legem Dan Fraus Legis, Bagian Penerbitan FH UNAIR, Surabaya, 1971.
- Harman, Benny K; Konfigurasi Politik Dan Kekuasaan Kehakiman Di Indonesia, Lembaga Studi Dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), Jakarta, 1997.
- Hart, HLA; The Concept of Law, Clarendon Press, Oxford, 1981.
- Hartono, Sunaryati; Apakah The Rule of Law Itu, Alumni, Bandung, 1969.
- Hatta, M; Kedaulatan Rakyat, CV Usaha Nasional, Surabaya, 1980.
- Hasibuan, Hadely; Pasti Ada Kolusi Di Mahkamah Agung, Liga Pro Adi, Jakarta, Tanpa Tahun.
- Henket, M M; Legal Argumentation In Civil Law And In Common Law, Erasmus Program, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht, Netherland, 1997.
- Hayt And Hayt; Legal Aspect of Medical Record, Physicians Record Company, Illinois, USA, 1964.
- Heppele, BA; Rechtsstaat en Sturing, Ed. MAP Bovens, WEJ Tjeenk Wilink, Zwolle, 1987.
- Hohmann, Hanns; Legal Argumentation In Civil Law And In Common Law, Ed. : M M Henket, Erasmus Program, Universiteit Utrecht, Netherland, 1997.
- Hoof, GJH Van; Rethinking The Sources of International Law, Kluwer, Netherland, 1983.
- Huitt, Ralph K; Law Makers In A Changing World, Editor, Elke Frank et al; Prentice Hall, Inc, Englewood Cliffs, New Jersey, 1986.
- Ilbert, Sir Countenay, & Carr, Sir Cecil; The Parliament, Oxford University Press, London, New York, 1960.
- Isjwara, F; Pengantar Ilmu Politik, Bina Cipta, Bandung, 1978.
- Iver, Mac; The Modern State, Oxford University Press, London, Geoffrey Cumberlege, 1950.

- \_\_\_\_\_ : Jaring Pemerintahan, Terjemahan S Sastradidjaja Dan Harun Al Rasjid, Yasa Guna, Jakarta, 1980.
- Jackson, Robert N; Constitutional Law And Judicial Policy Making, Ed. J B Grossman & R C Wells, John Wiley & Sons, Inc, New York, London, Sydney, Toronto 1972.
- James, Dorothy B; Law And The Behavioral Sciences, Ed. LM Firedman & Stewart Macaulay, The Bobbs Merrill Company Inc, Indiana Polis, Kansas City, New York, 1986.
- Jenner, E William, American Government, Ed. PH Odegard, Harper & Row, New York, 1964.
- Joeniarto; Negara Hukum, Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta, 1968.
- \_\_\_\_\_ ; Selayang Pandang Tentang Sumber-Sumber Hukum Tata Negara Di Indonesia, Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta, 1968.
- \_\_\_\_\_ ; Asas-Asas Hukum Tata Negara, Yayasan Badan Penerbit Gajah Mada, Yogyakarta, 1968.
- Kartono, Peradilan Bebas, Pradnya Paramita, Jakarta, 1972.
- Kartohadiprodo, Soediman; "Negara RI Negara Hukum", Pidato Penerimaan Jabatan Guru Besar UI, Tanggal 17 Januari 1953, Yayasan Pembangunan, Jakarta, 1953.
- Karyadi, M & Soesilo R; Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana Dengan Penjelasan Dan Komentar, Politea, Bogor, 1983.
- Kedutaan Besar Jepang; Jepang Sebuah Pedoman Saku, Jakarta, 1985.
- Keefe, William J & Ogul, Morris S; The American Legislative Process, Prentice Hall, Inc. Engle Wood Cliffs, New Jersey, 1964.
- Kelsen, Hans; General Theory of Law and State, Russel & Russel, New York, 1945.

- \_\_\_\_\_; General Theory of Norm, Translated Michael Hartney, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- Kleffens, E N van, Sovereignty In International Law, A W Sijthoft, Leyde (Pays-Bas), 1954.
- Koesnoe Moh; Pasti Ada Kolusi di Mahkamah Agung, Editor Hadely Hasibuan, Liga Pro Adi, Jakarta, Tanpa Tahun.
- Koesnardi, M & Saragih, BR; Ilmu Negara, Perintis Press, Jakarta, 1985.
- Koesnardi, M & Ibrahim, H.; Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Pusat Studi HTN, FH. UI, Jakarta, 1983.
- Konijnenbelt van Wijk; Hoofdstukken van Administratief Recht, Vuga, S'Gravenhage, 1984.
- Kusumaatmadja, Mochtar; Pengantar Hukum Internasional, Bina Cipta, Bandung, 1976.
- Lamintang, PAF; Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana Dengan Pembahasan Secara Yuridis Menurut Jurisprudensi Dan Ilmu Pengetahuan Hukum Pidana, Sinar Baru, Bandung, 1984.
- Lev, Daniel S; Hukum Dan Politik Di Indonesia, Penerbit PL3ES, Jakarta, 1990.
- \_\_\_\_\_; "Judicial Authority And The Struggle For An Indonesian Rechtsstaat", Law & Society Review, Volume, 13, 1978.
- Leod, Ian Mc; Legal Method, Mac Milan Press Ltd, London, 1996.
- Lloyd, Denish; The Idea Of Law, Penguin Books, Australia, 1973.
- Logemann, JHA; Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif, Terjemahan Makkatutu & Pangkerego, PT Ichtiar Baru – van Hoeve, Jakarta, 1975.
- \_\_\_\_\_; Keterangan-Keterangan Baru Tentang Terjadinya Undang-Undang Dasar Indonesia 1945, Terjemahan Dardji Darmodihardjo, Aries Lima, Jakarta, 1983.
- Lubis, Solly; Ilmu Negara, Alumni, Bandung, 1975.

- Maarseveen, van Henc & Tang, Ger van der; Written Constitutions, Oceana Publications Inc, Dobbs Ferry, New York, Sitjhoff & Nordhoff, Alphen aan den Rijn, Netherlands, 1978.
- Mahfud, M MD; Politik Hukum Di Indonesia, PT Pustaka LP3ES Indonesia, Jakarta, 1998.
- Manan, Bagir; Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia, Universitas Islam Bandung, Bandung, 1995.
- Manan, Bagir & Magnar, Kuntana; Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia, Alumni, Bandung, 1993.
- Mashab, Mashuri; Kekuasaan Eksekutif di Indonesia, Bina Aksara, Jakarta, 1983.
- Mason, Sir Anthony; The Second Annual Australian Lecture, 20 October 1994, Kedubes Australia, Jakarta.
- Mertokusumo, RM Sudikno; Mengenal Hukum, Liberty, Yogyakarta, 1996.
- \_\_\_\_\_ ; Bunga Rampai Ilmu Hukum, Liberty, Yogyakarta, 1996.
- \_\_\_\_\_ ; Disertasi Ilmu Hukum Pada Universitas Gajah Mada Yogyakarta, Dipertahankan Tgl. 18 Desember 1971.
- Mertokusumo, RM Sudikno & Pitlo, A; Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993.
- Meuwissen, DHM, Gronrechten, AULA, Uitgeverij Het Spectrum, Utrecht/Antwerpen, 1984.
- \_\_\_\_\_ ; "Filsafat Hukum", Pro Justitia, Tahun XII, No. 3, Juli 1994.
- Montesquieu; Membatasi Kekuasaan, Telaah Mengenai Jiwa Undang-Undang; Terjemahan JR Sunaryo, PT Gramedia, Jakarta, 1993.
- \_\_\_\_\_ ; The Spirit of The Law, Translated by Thomas Nugent, Hafner Press, New York, 1949.

- Muhammad, Abdulkadir; Etika Profesi Hukum, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1997.
- Naning, Ramlon; Himpunan Peraturan Tentang Peninjauan Kembali Putusan Pengadilan Yang Telah Memperoleh Kekuasaan Hukum Tetap, Liberty, Yogyakarta, 1982.
- Nasroen, M; Asal Mula Negara, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, 1986.
- Nasution, Amir Taat; Kamus Politik, PT Bina Ilmu, Surabaya, 1981.
- Nonet, Philippe & Selznick, Philip; Law And Society In Transition, Toward Responsive Law, Harper Colophon Books, New York, Hagerstown, San Fransisco, London, 1978.
- Notohamidjojo; Makna Negara Hukum, Badan Penerbit Kristen, Jakarta, 1970.
- Odegard, Peter H; American Government, Reading And Document, Harper & Row, New York, Evanston, and London, 1964.
- Packer, H.L; The Limits Of The Criminal Sanction, Stanford University Press, Stanford, California, 1968.
- Pandoyo, S Toto; Ulasan Beberapa Ketentuan UUD 1945, Liberty, Yogyakarta, 1981.
- Paton, G.W; A Text Took On Jurisprudence, Editor Ariefff S, Pustaka Tinta Mas, Surabaya, Tanpa Tahun.
- Peperzak, A Th; The Legal Of Law, Universitiet op Nijmegen, 1971.
- Perry, Michael J; Morality, Politic And Law, Oxford University Press, New York, Oxford, 1988.
- Poedjawiatna, Jr; Etika, Filsafat Tingkah Laku, Bina Aksara, Jakarta, 1986.
- Poerbopranoto, Koentjoro; Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara, Alumni, Bandung, 1975.
- \_\_\_\_\_; Hak-Hak Azasi Manusia Dan Pancasila, Pradnya Paramita, Jakarta, 1976.

Pradjodikoro, Wirjono; Hukum, Negara dan Politik; Universitas Katolik Parahyangan, Bandung, 1971.

\_\_\_\_\_ ; Asas-Asas Ilmu Negara Dan Politik, PT Presco, Jakarta, Bandung, 1991.

Purbacaraka, Purnadi & Soekanto Soerjono; Perundang-Undangan Dan Yurisprudensi, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1989.

Raz, Joseph; The Concept Of A Legal System, Clarendon Press, Oxford, 1980.

Rifai, Amzulian; Pengantar Konstitusi Australia, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1994.

Rostow, E.D; The Sovereign Prerogative, The Supreme Court And Quest For Law, Yale University Press, New Haven, London, 1962.

Rousseau, JJ; The Social Contract And Discourses, Translated by GDH Cole, JM Dent & Sons Ltd, London, 1958.

Ruiter, DWP; Rechtsstaat en Sturing, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle, 1987.

Sabine, G.H; Teori-Teori Politik I, Terjemahan Soewarno Hadiatmodjo, Bina Cipta, Jakarta, 1963.

Safei, Inu Kencana; Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, Pustaka Jaya, 1996.

Sabon, Max Boli; Ilmu Negara, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1992.

Saleh, K Wantjik; Kehakiman dan Peradilan, Simbur Chaya, Jakarta, 1976.

\_\_\_\_\_ ; Tiga Undang-Undang Dasar, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1977.

\_\_\_\_\_ ; Peraturan Pegawai Negeri 1979-1980, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1980.

\_\_\_\_\_ ; Hukum Acara Perdata, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1981.



- Saleh, Ismail; Ketertiban Dan Pengawasan, CV Haji Masagung, Jakarta, 1988.
- Samosir, Djisman; Percikan Gagasan Tentang Hukum III, Editor, Gr Wila Chandra Wila Supriadi, CV Mandar Madu, Bandung, 1998.
- Selznick, Phillip; System Thinking, Harmondsworth, England, 1972.
- Schmid, JJ Von; Akhli-Akhli Pikir Besar Tentang Negara dan Hukum, Terjemahan Wiratno Cs. PT Pembangunan, Jakarta, 1980.
- Scheltema, M; De Rechtsstaat herdacht, Tjeenk Willink, Zwolle, 1989.
- Seymour, WN Jr; Why Justice Fails, William Morrow & Company Inc. New York, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pasca Sarjana UI, Jakarta, 1983.
- Simanjntak, Marsilam; Pandangan Negara Integralistik, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 1997.
- Sieghart, Paul; The Lawful Rights Of Mankind, University Press, Oxford, New York, 1986.
- Siringoringo, Aldentua & Shihite, Tumpal; Menyingkap Kabut Peradilan Kita, Menyoal Kolusi Di Mahkamah Agung, Pustaka Forum Adil Sejahtera, Jakarta, 1996.
- Smit, C; Dekolonisasi Indonesia, Pustaka Azet, Jakarta, 1986.
- Sjawie, Hasbullah F & Malik, Alex Jusuf; Himpunan Undang-Undang Tentang Kekuasaan Kehakiman dan Lingkungan Peradilan, Lentera, Jakarta, 1993.
- Soedirdjo; Mahkamah Agung, Kedudukan, Susunan dan Kekuasaannya, PT Media Sarana Press, Jakarta, 1987.
- Soehino; Ilmu Negara, PT Liberty, Yogyakarta, 1980.
- Soemantri, Sri; Hak-Hak Menguji Materiil Di Indonesia, Alumni, Bandung, 1979.

- \_\_\_\_\_ ; Sistem-Sistem Pemerintahan Negara-Negara ASEAN, Tarsito, Bandung, 1976.
- \_\_\_\_\_ ; Prosedur Dan Sistem Perubahan Konstitusi, Alumni, Bandung, 1979.
- \_\_\_\_\_ ; Ketetapan MPR(S) Sebagai Salah Satu Sumber Hukum Tata Negara, CV Remadja Karya, Bandung, 1985.
- \_\_\_\_\_ ; Butir-Butir Gagasan Tentang Penyelenggaraan Hukum dan Pemerintahan yang Layak, Editor Arief Sidharta (et al.), PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996.
- Soemitro, Rochmat; Peradilan Tata Usaha Negara, Rafika Aditama, Bandung, 1998.
- Soejamto, L; Aspek-Aspek Pengawasan Di Indonesia, Sinar Grafika, Jakarta, 1987.
- Soepomo, R; Hukum Acara Perdata Pengadilan Negeri, Pradnya Paramita, Jakarta, 1994.
- Subagio, Mas; Ensiklopedia PerUndang-Undangan Republik Indonesia, Alumni, Bandung, 1976.
- Subekti; Perlindungan Hak Asasi Manusia Dalam KUHAP, PT Pradnya Paramitha, Jakarta, 1984.
- \_\_\_\_\_ ; Kekuasaan Mahkamah Agung RI, Alumni, Bandung, 1992.
- Suny, Ismai; Pembagian Kekuasaan Negara, Aksara Baru, Jakarta, 1978.
- Suseno, F Magnis; Etika Politik, Prinsip-Prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern; Gramedia, Jakarta, 1991.
- Stein, George P; The Forum Of Philosophy, Mc Graw-Hill Book Company, New York, St Louis, San Francisco, Toronto, London, Sydney, 1973.
- Strong, CF, OBE; Modern Political Constitutions, Sidgwick & Jackson Limited, London, 1952.

- Tambunan, A; Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), Bina Cipta, Bandung, 1982.
- Tambunan, SS; Dualisme Naskah UUD 1945, Sinar Harapan, Jakarta, 1993.
- Tobias, MW & Petersen, RD; Pre Trial Criminal Procedure A Survey Of Constitutional Rights, Charles C Thomas Publisher, Springfield, Illinois, USA, Bacaan Wajib Sistem Peradilan Pidana, Pasca Sarjana UI, Jakarta, 1983.
- Tribe, Laurence H; American Constitutional Law, The Foundation Press, Inc. Mineola, New York, 1978.
- Utrecht, E; Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia, Balai Buku Ichtiar, Jakarta, 1962.
- Wabl, Nicolas; Law Makers In A Changing World, Editor Elke Frank (et al.), Prentice Hall, New Jersey, Tanpa Tahun.
- Wahyono, Padmo; Negara Republik Indonesia, Raja Grafika Persada, Jakarta, 1995.
- Wheare, KC; Modern Constitutions, Oxford University Press, London, New York, Dst, 1975.
- Yamin, Muhamad; Naskah Persiapan UUD 1945, Jilid I, Penerbit (?), Jakarta, 1959.
- \_\_\_\_\_ ; Naskah Persiapan UUD 1945, Jilid III, Penerbit (?), Jakarta, 1959.
- \_\_\_\_\_ ; Proklamasi Dan Konstitusi, Djambatan, Jakarta, 1950.
- Yardley, DCM; Introduction To British Constitutional Law, Butterworths, London, 1969.
- Zafer, MR; Jurisprudence An Outline, International Law Book Services, Kuala Lumpur, 1994.

Zaini, Hasan; Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia, Alumni, Bandung, 1974.

## **Peraturan Dasar dan Peraturan Perundang-Undangan**

.....; Undang-Undang Dasar 1945.

.....; Konstitusi Republik Indonesia Serikat 1949

.....; Undang-Undang Dasar Sementara 1950

.....; Tap. MPR No. VI/MPR/1973 Tentang Kedudukan Dan Hubungan Tata Kerja Lembaga Tertinggi Negara Dan/Atau Antar Lembaga-Lembaga Tinggi Negara.

.....; Tap. MPR No. X/MPR/1998 Tentang Pokok-Pokok Reformasi Pembangunan.

.....; Tap MPR No. III/MMPR/1978 Tentang Kedudukan Dan Hubungan Tata Kerja Lembaga Tertinggi Negara Dengan/Atau Antar Lembaga-Lembaga Tinggi Negara.

.....; Kitab Undang-Undang Hukum Acara Perdata (RBg/HIR).

.....; UU No. 19 Tahun 1948 Tentang Susunan dan Kekuasaan Badan-Badan Kehakiman dan Kejaksaan.

.....; UU No. 1 Tahun 1950 Tentang Mahkamah Agung.

.....; UU No. 19 Tahun 1964 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.

....., UU No. 13 Tahun 1965 Tentang Pengadilan dalam Peradilan Umum dan Mahkamah Agung.

- .....; UU No. 25 Tahun 1968 Tentang Pernyataan Tidak Berlakunya berbagai PenPres dan PerPres.
- .....; UU No. 5 Tahun 1969 Tentang Pernyataan Berbagai PenPres Dan PerPres Sebagai Undang-Undang.
- .....; UU No. 6 Tahun 1969 Tentang Pernyataan Tidak Berlakunya Berbagai Undang-Undang Dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang.
- .....; UU No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.
- ....., UU No. 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung.
- ....., UU No. 2 Tahun 1986 Tentang Peradilan Umum.
- ....., UU No. 5 Tahun 1986 Tentang Peradilan Tata Usaha Negara.
- ....., UU No. 31 Tahun 1997 Tentang Peradilan Militer.
- ....., UU No. 4 Tahun 1999 Tentang Susunan Dan Kedudukan Majelis Permusyawaratan Rakyat Dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.
- .....; Keputusan DPR RI No. 10/DPR/III/82-83 Tentang Peraturan Tata Tertib DPR.
- ....., UU No. 35 Tahun 1999 Tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.
- .....; Peraturan Pemerintah No. 30 Tahun 1980, Tentang Peraturan Disiplin Pegawai Negeri.
- .....; Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1963 Tentang Penambahan Ayat-Ayat Pada Pasal-Pasal UU No. 1 Tahun 1950.
- .....; Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1971 Tentang Pencabutan Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1969.

.....; Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1993 Tentang Hak Uji Materiil.

.....; Surat Edaran Mahkamah Agung No. 14 Tahun 1983 Tentang Hakim Tak Dapat Dipraperadilan.

### **Majalah dan Surat Kabar**

.....; Forum Keadilan, No. 07, Tanggal 23 Juli 1992.

.....; Forum Keadilan, No. 11, Tanggal 17 September 1992.

.....; Forum Keadilan, No. 13, Tanggal 15 Oktober 1992.

.....; Forum Keadilan, No. 03, Tahun II, Tanggal 17 Mei 1993.

.....; Forum Keadilan, No. 04, Tahun II, Tanggal 10 Juni 1993.

.....; Forum Keadilan, No. 05, Tahun II, Tanggal 24 Juni 1993.

.....; Forum Keadilan, No. 06, Tahun II, Tanggal 8 Juli 1993.

.....; Forum Keadilan, No. 07, Tahun II, Tanggal 23 Juli 1993.

.....; Forum Keadilan, No. 10, Tahun II, Tanggal 2 September 1993.

.....; Forum Keadilan, No. 15, Tahun II, Tanggal 11 November 1993.

.....; Forum Keadilan, No. 16, Tahun II, Tanggal 25 November 1993.

.....; Forum Keadilan, No. 24, Tahun II, Tanggal 17 Maret 1994.

.....; Forum Keadilan, No. 04, Tahun III, Tanggal 09 Juni 1994.

.....; Forum Keadilan, No. 08, Tahun III, Tanggal 4 Agustus 1994.

.....; Forum Keadilan, No. 17, Tahun III, Tanggal 8 Desember 1994.

.....; Forum Keadilan, No. 21, Tahun IV, Tanggal 29 Januari 1996.

- .....; Forum Keadilan, No. 24, Tahun IV, Tanggal 11 Maret 1996.
- .....; Forum Keadilan, No. 06, Tahun V, Tanggal 1 Juli 1996.
- .....; Forum Keadilan, No. 09, Tahun V, Tanggal 12 Agustus 1996.
- .....; Forum Keadilan, No. 16, Tahun VI, Tanggal 17 November 1997.
- .....; Forum Keadilan, No. 18, Tahun VII, 1998.
- .....; Gatra, No. 18, Tahun I, Tanggal 18 Maret 1995.
- .....; Sinar, Tanggal 23 Februari 1997.
- .....; Tempo, No. 13/XXVII, 29 Desember 1998 – 4 Januari 1999.
- .....; Varia Peradilan, No. 137, Tahun XII, Februari 1997.
- .....; Bali Post, Tanggal 26 Juli, 1997.
- .....; Bali Post, Tanggal 10 Januari, 1997.
- .....; Jawa Post, Tanggal 23 November, 1996.
- .....; Jawa Post, Tanggal 14 Maret, 1997.
- .....; Kompas, Tanggal 15 November, 1994.
- .....; Media Indonesia, Tanggal 25 Maret, 1997.
- .....; Mutiara, No. 840, Tanggal 26 November – 2 Desember, 1996.

## INDEKS

(Nama & Subjek)

**A**

Adji, Oemmar S; 69,79,80,88,227,  
346,356  
Analytical Jurisprudence; 240,276  
Atmosudirdjo, P;4,5,6,436,347,360

**B**

Bickle, A; 320,393  
Black, 110, 136,143,213,214,  
232,275,377  
Bruggink, 51,58

**C**

Cardozo, 319  
Check & Balance, 105,229,230,231,  
359,371,376,377,  
392,423  
Cohen, 130,144  
Cross, R; 202,398

**D**

D-Laws,  
125,128,129,139,147,148,149,277,  
291,292,295,362,419  
Dworkin, 293, 377

**E**

Ehrlich, 301

**F**

Ferguson & Henry; 94,152,181,325  
Finer, SF; 95  
Frankfurter, 232,393,394  
Friedmann, W;73,369

**G**

Gautama, S; 67,72,358  
Ghai, Y; 3  
Grossman & Well;45,122,233,299

**H**

Hadjon, PM; 41,42,69,71,73,75,78,89,  
140,302,358  
Hart; 124,125,127,144,145,146,  
238,269,271  
Hartono, S; 78,90,342  
Henket, MM; 320,  
Hepple, BA; 76,77

**I**

Iver, Mac;  
84,126,215,217,238,275,280

**J**

Jackson, 387  
James, D; 240  
Joeniarso, 37,143,166,228  
Judicial Self Restraint, 232,233

**K**

Kant, E; 131  
Kartono; 138,139,294,295  
Kedaulatan Hukum, 218, 219, 222,  
226, 237, 276  
Kedaulatan Rakyat, 222,226,237,276  
Kelsen, Hans;  
2,43,94,97,106,125,136,149,215,230,2  
38,272,287,331,342,362,367,404  
KUHAP; 20,29,33,36-40,42,  
200,247,284,289,297,397



**L**

Leod, 27,33,44,124,129,136,137,333  
 Lev, DS; 88,168,171,353,  
 Lloyd & Freeman; 136,137,293,294,  
 311,124, 129,136,137  
 Locke, J;91,402  
 Logeman, JHA; 102,143,147

**M**

MA ; 20-42,111-115,120-  
 122,196,198-201,252-255,284-  
 291,297-299,311-316,332,334-  
 341,359,382-386,392-411  
 Maarseveen, H, & Tang; 82,217  
 Mann, B; 33,35,332  
 Mason, A; 3  
 Mertokoesumo, S; 138,141,142,165,  
 166,215,297  
 Meuwissen, 50,56,57,82,132  
 Montesquieu; 2,43,92,93,100,138,231  
 MPR; 359, 365-375,427

**N**

Nasroen, 228  
 Negara Hukum, 66,68,81,82,86,88,90  
 Notohamidjojo, 100

**O**

Odegard, P; 46,203

**P**

Packer, HL, 280  
 Pembagian Kekuasaan,  
 90,91,98,104,228  
 P-Laws; 125,132,144,147,148,  
 149,238,240,242,247,248,252,  
 255,257,266,269,275,277,288,  
 291-295,395,419,428  
 Peperzak, A Th; 216,220,278,

**R**

Ranney, A; 122,123,343,346,407  
 Raz, J; 125,128,132,136,140,144,148,  
 238,240,241,269,277,292,394  
 Rostow, EV; 46,47,293,299,333,393,  
 406

**S**

Saleh, W; 167,169,175,248  
 Scheltema, M; 2  
 Siegart, 279  
 Soemantri, Sri; 115,218,346,358  
 Soepomo, R; 29,114  
 Subekti, 288  
 Strong, CH; 151,181,212,229,238,  
 239,272,274

**T**

Tobias, 281  
 Tribe, LH, 115

**U**

Utrech, E; 97,99

**W**

Wheare, KC; 81,82,84,95,132,133,  
 146,148,183,229,238,275,376

**Y**

Yamin, M; 66,83,102,104,402  
 Yardley, DCM; 181,202,371

**Z**

Zafer, MR; 128, 129, 311