

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Negara Kesatuan Republik Indonesia merupakan Negara Hukum dan Negara demokrasi/berkedaulatan rakyat, sesuai dengan ketentuan Pasal 1 ayat (1), ayat (2) dan ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD NRI Tahun 1945). UUD NRI Tahun 1945 sebagai hukum dasar/tertinggi dalam hirarki peraturan perundang-undangan di Indonesia yang mendasari seluruh aspek kehidupan berbangsa dan bernegara atau penyelenggaraan kehidupan negara.

C.F Strong menyatakan Hakikat Negara Kesatuan adalah negara yang kedaulatannya tak terbagi, atau dengan kata lain, negara yang kekuasaan pemerintah pusatnya tak terbatas karena konstitusi negara kesatuan tidak mengakui adanya badan pembuat undang-undang selain badan pembuat undang-undang pusat.¹

Negara Kesatuan Republik Indonesia adalah negara yang berlandaskan atas hukum dan bukan berdasar atas kekuasaan semata. Negara hukum adalah negara dimana tindakan penyelenggara pemerintahan (pemerintah) maupun rakyatnya harus didasarkan pada hukum, hal tersebut dimaksudkan untuk mencegah terjadinya tindakan sewenang-wenang pihak pemerintah (penguasa) dan tindakan rakyat yang dilakukan menurut kehendaknya sendiri. Penegasan Indonesia sebagai negara hukum yang selama ini diatur di dalam penjelasan UUD NRI Tahun 1945, dalam perubahan ketiga UUD NRI Tahun 1945 Pasal (3), mengatur bahwa: "Negara Indonesia adalah Negara Hukum".

Konsekuensi ketentuan ini adalah bahwa setiap sikap, kebijakan, dan perilaku alat negara dan penduduk harus berdasar dan sesuai dengan hukum. Sekaligus ketentuan ini mencegah terjadinya kesewenang-wenangan dan arogansi kekuasaan, baik yang dilakukan oleh alat negara maupun penduduk.

Peranan yang diberikan kepada Mahkamah Konstitusi melalui kewenangannya sebagai sebuah lembaga peradilan oleh UUD NRI Tahun 1945, mencerminkan semakin kuatnya penguatan prinsip negara hukum dalam UUD NRI Tahun 1945 setelah adanya perubahan. Pilar yang sangat fundamental yang diletakkan dalam UUD NRI Tahun 1945 untuk memperkuat prinsip negara hukum adalah perumusan dalam Pasal 1 ayat (2), yang menyatakan bahwa kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar. Dengan adanya perumusan ini, maka Indonesia yang menganut asas demokrasi dalam penyelenggaraan kenegaraan menyandarkan mekanisme demokrasinya kepada hukum.

¹ C.F Strong, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern Kajian tentang Sejarah & Bentuk-Bentuk Negara Dunia*, Penerbit Nuansa dengan Penerbit Nusamedia, Bandung, Hal 115. Diterjemahkan dari *Modern Political Constitutions: An Introduction to Comparative Study of Their History and Existing Form*, The English Book Society and Sidgwick & Jackson Limited London, 1996.

UUD NRI Tahun 1945 setelah di amandemen secara tegas mengatur kekuasaan dengan menyatakan bahwa kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Konstitusi dimaksud juga merumuskan secara tegas, siapa saja lembaga yang menjadi penyelenggara dan bagian dari kekuasaan kehakiman, merumuskan tugas dan wewenangnya, serta hal lain yang berkaitan dengan pengangkatan hakim konstitusi.

Dari sisi paham bernegara, konstitusi tidak dimaknai sebagai dokumen hukum semata. Konstitusi merupakan perwujudan gagasan konstitualisme, yaitu gagasan pembatasan kekuasaan yang berkembang sebagai reaksi terhadap praktik penyalahgunaan kekuasaan di sepanjang sejarah. Dengan demikian diperlukan adanya pembatasan kekuasaan, karena tanpa pembatasan kekuasaan negara pasti akan disalahgunakan. Untuk melakukan pembatasan kekuasaan negara pasti akan disalahgunakan. Untuk melakukan pembatasan kekuasaan negara inilah diperlukan konstitusi sebagai wujud paham konstitusionalisme, yaitu paham bahwa kekuasaan harus dibatasi agar negara dapat dijalankan sesuai dengan tujuan pembentukan negara itu sendiri. Dari sudut pandang ini, konstitusi berfungsi sebagai pembatas kekuasaan. Oleh karena itu tanpa adanya pembatasan kekuasaan, suatu konstitusi kehilangan ruh konstitualisme dan hanya akan menjadi legitimasi bagi kekuasaan negara yang tak terbatas. Bahkan konstitusi yang secara etimologis berasal dari kata "*to constitute*" yang berarti membentuk, juga dapat diartikan sebagai dokumen pembentuk organisasi negara. Oleh karena itu konstitusi mengikat segenap komponen negara, penyelenggara negara dan warga negara.

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga, pertama kali diperkenalkan oleh Hans Kelsen (1881-1973), pakar konstitusi dan guru besar Hukum Publik dan *Administrasi University of Vienna*. Kelsen menyatakan bahwa pelaksanaan aturan konstitusional tentang legislasi dapat secara efektif dijamin hanya jika suatu organ selain badan legislatif diberikan tugas untuk menguji apakah suatu produk hukum itu konstitusional atau tidak, dan tidak memberlakukannya jika menurut organ ini produk badan legislatif tersebut tidak konstitusional. Untuk kepentingan itu, kata Kelsen, perlu dibentuk organ pengadilan khusus berupa *constitutional court*.

Dengan kewenangannya yang dapat menyatakan inkonstitusional dari suatu undang-undang, posisi mahkamah konstitusi berada di atas lembaga pembentuk undang-undang, itulah sebabnya sejak awal Hans Kelsen telah menyatakan bahwa lembaga ini dibentuk dengan kekuasaan yang berada di atas legislatif dan mestinya secara politik tidak dikehendaki, khususnya jika memutuskan bahwa suatu undang-undang adalah inkonstitusional.

Pembentukan Mahkamah Konstitusi menandai era baru dalam sistem kekuasaan kehakiman di Indonesia. Beberapa wilayah yang tadinya tidak tersentuh oleh hukum, seperti masalah judicial review terhadap Undang-Undang, sekarang dapat dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi, termasuk juga kewenangan-kewenangan lainnya yang diatur dalam UUD 1945 pasca

amandemen. Sejalan dengan prinsip ketatanegaraan di atas maka salah satu substansi penting perubahan UUD NRI Tahun 1945 adalah keberadaan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga negara yang berfungsi menangani perkara tertentu di bidang ketatanegaraan, dalam rangka menjaga konstitusi agar dilaksanakan secara bertanggung jawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi. Besarnya kewenangan Mahkamah Konstitusi ini tentu saja tidak luput dari kritik dan masukan dari banyak pihak, terutama terkait erat dengan akuntabilitas dan independensi Mahkamah Konstitusi kedepannya.

Pembentukan Mahkamah Konstitusi dilatarbelakangi adanya kehendak untuk membangun pemerintahan yang demokratis dengan check and balances cabang-cabang kekuasaan mewujudkan supremasi hukum dan keadilan, serta menjamin dan melindungi hak-hak asasi manusia.

Konstitusi mengandung permulaan dari segala macam permulaan dari segala macam peraturan pokok mengenai sendi-sendi pertama untuk menegakkan suatu Negara. Di Indonesia Konstitusi juga sering disebut sebagai Undang-undang Dasar, konstitusi memiliki batasan-batasan dalam mengatur sebuah Negara yang menunjuk kepada hukum dasar, konstitusi menunjuk pada pengertian hukum dasar, sedangkan Undang-undang menunjuk kepada pengertian hukum dasar tertulis. Konstitusi dapat diartikan sebagai dokumen yang tertulis yang secara garis besarnya mengatur kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudikatif, serta lembaga Negara. Proses konstitusional yang baik merupakan kondisi sosial politik yang telah mendorong lahirnya Mahkamah Konstitusi di Indonesia perubahan ketiga Undang-undang Dasar 1945 juga mengadopsi pembentukan Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga yang berdiri sendiri di samping Mahkamah Agung dengan kewenangan yang diuraikan dalam UUD NRI Tahun 1945.

Hal yang mendasar mengenai kedudukan lembaga pelaksana kekuasaan kehakiman ini adalah adanya soal kemandirian (independensi). Kemandirian kekuasaan kehakiman merupakan salah satu prinsip penting dalam negara demokrasi. Kemandirian kekuasaan kehakiman merupakan salah satu syarat dan ciri penting dalam negara hukum, selain adanya asas legalitas yang artinya pemerintah harus bertindak berdasarkan hukum yang berlaku. Dengan adanya kemandirian kekuasaan kehakiman dari cabang kekuasaan lainnya. Badan atau lembaga pelaksanaannya diharapkan dapat melakukan kontrol hukum terhadap kekuasaan negara lainnya. Disamping itu, untuk mencegah dan mengurangi kecenderungan penyalahgunaan wewenang atau kekuasaan. Tidak adanya kemandirian kehakiman terutama dari kekuasaan pemerintah akan membuka peluang terjadinya penyalahgunaan kekuasaan. Sebab kekuasaan kehakiman secara konstitusional memiliki wewenang untuk menjalankan fungsi kontrol terhadap kekuasaan pemerintah.

Bagi hakim mahkamah konstitusi yang hanya beranggotakan 9(sembilan) orang, maka sistem penigkatan karir tidak dikenal di antara hakim konstitusi. Jabatan hakim konstitusi bukanlah karir atau *beroop* melainkan

merupakan jabatan kehormatan dan kenegarawan.² Adapun kenaikan posisi bagi hakim konstitusi tertentu menjadi Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi yang dipilih diantara kesembilan tidaklah merupakan kenaikan pangkat, melainkan jabatan kepercayaan (amanah) dari kolega hakim untuk memimpin mereka.

Ukuran tingkat independensi tercermin dari penerapan prinsip transparan dan partisipatif, pemilihan anggota Mahkamah Konstitusi berasal dari 3 (tiga) lembaga Negara melambangkan mekanisme representasi dari 3 (tiga) cabang utama kekuasaan negara yang berbeda. Hal tersebut bukan berarti bahwa keterwakilan dari masing-masing lembaga tersebut akan mengintervensi keberadaan Mahkamah Konstitusi karena setelah diangkat menjadi hakim konstitusi maka setiap hakim konstitusi harus menampilkan dirinya sebagai Hakim Mahkamah Konstitusi yang tidak lagi terpengaruh oleh mekanisme pemilihan dari mana dan oleh siapa diangkat. Maka dari itu pemilihan hakim konstitusi oleh masing-masing lembaga negara harus melaksanakan prinsip objektif dan akuntabel. Dengan posisi yang demikian penting itu undang-undang dasar menetapkan kualifikasi yang sangat ketat bagi anggota mahkamah konstitusi, antara lain memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan.

Sebagaimana dirumuskan dalam UUD NRI Tahun 1945 Pasal 24C ayat (1), (2), (3), (4), (5) dan (6) menyatakan bahwa:

- 1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.
- 2) Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.
- 3) Mahkamah Konstitusi mempunyai sembilan orang anggota hakim konstitusi yang ditetapkan oleh Presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden.
- 4) Ketua dan Wakil Ketua Mahkamah Konstitusi dipilih dari dan oleh hakim konstitusi.
- 5) Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara.

² Jimly Ashiddiqie, Hukum Acara Pengujian Undang-Undang Cet. Pertama, (Jakarta : Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI, 2005) Hal. 367.

- 6) Pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi, hukum acara serta ketentuan lainnya tentang Mahkamah Konstitusi diatur dengan undang-undang.

Secara substansial ketentuan UUD NRI Tahun 1945 pada Pasal 24C ayat (6) secara mendasar mengatur mengenai pengangkatan dan pemberhentian hakim konstitusi.

Selanjutnya dalam UU No 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, menyatakan bahwa:

Pasal 15

- (1) Hakim Konstitusi harus memenuhi syarat sebagai berikut:
 - a. memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela;
 - b. adil;
 - c. negarawan yang menguasai konstitusi dari ketatanegaraan.
- (2) Untuk dapat diangkat menjadi hakim konstitusi, selain harus memenuhi syarat sebagaimana dimaksud pada ayat (1), seorang calon hakim konstitusi harus memenuhi syarat:
 - a. warga negara Indonesia;
 - b. berijazah doktor (strata tiga) dengan dasar sarjana (strata satu) yang berlatar belakang pendidikan di bidang hukum;
 - c. bertakwa kepada Tuhan Yang Maha Esa dan berakhlak mulia;
 - d. berusia paling rendah 55 (lima puluh lima) tahun;
 - e. mampu secara jasmani dan rohani dalam menjalankan tugas dan kewajiban;
 - f. tidak pernah dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap
 - g. tidak sedang dinyatakan pailit berdasarkan putusan pengadilan; dan
 - h. mempunyai pengalaman kerja di bidang hukum paling sedikit 15 tahun (lima belas) tahun dan/atau untuk calon hakim yang berasal dari lingkungan Mahkamah Agung, sedang menjabat sebagai hakim tinggi atau sebagai hakim agung.

Pasal 18

- (1) Hakim konstitusi diajukan masing-masing 3 (tiga) orang oleh Mahkamah Agung, 3 (tiga) orang oleh DPR, dan 3 (tiga) orang oleh Presiden, untuk ditetapkan dengan Keputusan Presiden.
- (2) Keputusan Presiden sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan dalam jangka waktu paling lambat 7 (tujuh) hari kerja sejak pengajuan calon diterima Presiden.

Pasal 19

Pencalonan hakim konstitusi dilaksanakan secara transparan dan partisipatif.

Ketentuan ayat (2) Pasal 20 diubah sehingga Pasal 20 berbunyi sebagai berikut :

Pasal 20

- 1) Ketentuan mengenai tata cara seleksi, pemilihan, dan pengajuan hakim konstitusi diatur oleh masing-masing lembaga yang berwenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 ayat (1).
- 2) Proses pemilihan hakim konstitusi dari ketiga unsur lembaga negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan melalui proses seleksi yang objektif, akuntabel, transparan, dan terbuka oleh masing-masing lembaga negara.

Pasal 22

Masa jabatan hakim konstitusi selama 5 (lima) tahun dan dapat dipilih kembali hanya untuk 1(satu) kali masa jabatan berikutnya. Ketentuan huruf d ayat (1)

Pasal 23

- (1) Hakim konstitusi diberhentikan dengan hormat dengan alasan:
 - a. meninggal dunia;
 - b. mengundurkan diri atas permintaan sendiri yang diajukan kepada Ketua Mahkamah Konstitusi;
 - c. telah berusia 70 (tujuh puluh) tahun;
 - d. dihapus; atau
 - e. sakit jasmani atau rohani secara terus-menerus selama 3 (tiga) bulan sehingga tidak dapat menjalankan tugasnya yang dibuktikan dengan surat keterangan dokter.
- (2) Hakim konstitusi diberhentikan tidak dengan hormat apabila:
 - a. dijatuhi pidana penjara berdasarkan putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap karena melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara;
 - b. melakukan perbuatan tercela;
 - c. tidak menghadiri persidangan yang menjadi tugas dan kewajibannya selama 5 (lima)
 - d. dengan sengaja menghambat Mahkamah Konstitusi memberi putusan dalam waktu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7B ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - e. melanggar larangan rangkap jabatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17;
 - f. tidak lagi memenuhi syarat sebagai hakim konstitusi; dan/atau
 - g. melanggar Kode Etik dan Pedoman Perilaku Hakim Konstitusi.

Berdasarkan data awal yang diperoleh peneliti, bahwa pengisian jabatan hakim konstitusi diduga belum sepenuhnya dilakukan secara transparan, terbuka dan partisipatif. Diduga disebabkan karena masih ada yang belum dapat mengakses informasi terkait dengan adanya pengumuman pengangkatan hakim konstitusi dalam bentuk pendaftaran secara transparan terbuka, dan partisipatif. Sehingga masyarakat yang mempunyai pengalaman kerja di bidang hukum dan ingin mendaftar sebagai hakim konstitusi tidak dapat mengakses informasi tersebut secara transparan, terbuka, dan partisipatif.

Adapun penelusuran data yang penulis peroleh melalui berita online, bahwa dalam hal pengangkatan Hakim Konstitusi salah seorang Sekretariat Jenderal Mahkamah Konstitusi diangkat sebagai Hakim Konstitusi. Namun dalam proses seleksinya penulis menganggap tidak dilakukan secara transparan, terbuka, dan partisipatif.

Selanjutnya salah seorang hakim konstitusi diberhentikan oleh DPR RI sebelum masa jabatannya berakhir, yang seharusnya masa tugasnya sampai pada Tanggal 21 Maret 2029 atau setidaknya hingga Tanggal 17 Juli 2029 saat genap berusia 70 tahun. Namun telah berakhir pada Tanggal 29 September 2022 lalu³. Sedangkan tidak satu pun Pasal Pemberhentian yang dilanggar oleh hakim tersebut baik diberhentikan dengan hormat, maupun diberhentikan tidak dengan hormat.

Berdasarkan ketentuan perundang-undangan dan data atau fakta yang telah dikemukakan di atas, penulis menduga terdapat *gap* antara apa yang menjadi cita-cita dalam proses pengisian jabatan hakim konstitusi yang demokratis, dengan apa yang terjadi pada kenyataannya. Oleh karena itu penulis tertarik mengangkat masalah ini

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimanakah Pengaturan mengenai Pengangkatan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia?
2. Bagaimanakah Kewenangan Pengangkatan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia?
3. Bagaimanakah Mekanisme yang ideal terhadap Pengangkatan Hakim Konstitusi Republik Indonesia yang Ideal di Indonesia?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan penelitian pada Disertasi ini adalah:

1. Untuk Menganalisis dan menjelaskan Bagaimana Pengaturan Mengenai Pengangkatan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
2. Untuk menganalisis dan menjelaskan Bagaimana Pelaksanaan Pengaturan Mengenai Pengangkatan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia
3. Untuk memahami dan menganalisis Bagaimana Konsep Pengaturan yang ideal Mengenai Pengangkatan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

D. Kegunaan Penelitian

Adapun yang menjadi kegunaan penelitian pada penulisan Disertasi ini adalah:

³ <https://bantuanhukum.or.id/pemberhentian-hakim-mk-aswanto-oleh-dpr-melanggar-hukum-dan-mengacaukan-konsep-ketatanegaraan/>

1. Manfaat Praktis

Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan masukan/sumbangan pemikiran bagi para pihak termasuk pembentuk peraturan dan aparat penegak hukum.

2. Manfaat Teoretis

Hasil penelitian diharapkan dapat memberikan masukan dan sumbangan pemikiran bagi ilmu hukum terkhusus dalam bidang Hukum Tata Negara.

E. Orisinalitas Penelitian

Beberapa penelitian doktoral dengan topik mengenai Mahkamah Konstitusi Indonesia telah dilakukan. Untuk itu sebagai pertanggungjawaban akademik, perlu dipaparkan secara singkat penelitian yang telah ada guna memberikan penjelasan perbedaan dengan penelitian pada disertasi ini, sehingga suatu penelitian memenuhi unsur keaslian. Menurut Terry Huethinson, originality berhubungan dengan kreativitas, dimana di dalamnya terdapat pandangan kritis. Keaslian esensinya adalah berbeda dengan yang sebelumnya, baik itu pemikiran ulang atau setidaknya ketelitian yang dapat memperbaiki suatu penelitian sebelumnya⁴, sehingga bukan sesuatu yang mutlak sama sekali baru.

Penelitian-penelitian lain yang sudah dilakukan dengan kajian terhadap MK dan putusan-putusan MK antara lain sebagai berikut:

1. Penelitian doktoral Kasmin, dipromosikan di Program Doktor Pascasarjana Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya pada Tanggal 24 Februari 2017 tentang “Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perspektif Konstitualisme dan Demokrasi”
2. Penelitian doktoral Radian Salman, dipromosikan di Program Doktor Pascasarjana Universitas Airlangga pada Tanggal 24 Juni 2020 tentang “Pengujian Undang-Undang oleh Mahkamah Konstitusi dalam Perspektif Konstitualisme dan Demokrasi”
3. Penelitian doctoral Mariyadi, dipromosikan di Program Doktor Pascasarjana Universitas Brawijaya pada Tanggal 8 Juli 2013 tentang “Keyakinan Hakim Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Hasil Pemilukada”

⁴ Terry Huethinson, *Researching and Writing in Law*, Lawbook Co. Pymont NSW Australia, 2009, h. 9.

BAB II TINJAUAN PUSTAKA

A. Negara Hukum dan Demokrasi

1. Negara hukum

Dalam rangka perubahan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, maka dalam perubahan keempat pada tahun 2002, konsepsi Negara Hukum atau "*Rechtsstaat*" yang sebelumnya hanya tercantum dalam Penjelasan UUD 1945, dirumuskan dengan tegas dalam Pasal 1 ayat (3) yang menyatakan, "Negara Indonesia adalah Negara Hukum". Dalam Konsep negara hukum itu, diidealkan bahwa yang harus dijadikan panglima dalam dinamika kehidupan kenegaraan adalah hukum, bukan politik ataupun ekonomi. Karena itu, jargon yang biasa digunakan dalam bahasa Inggris untuk menyebut prinsip negara hukum adalah "*the rule of law, not of man*". Yang disebut pemerintahan pada pokoknya adalah hukum sebagai sistem, bukan orang per orang yang hanya bertindak sebagai "wayang" dari skenario sistem yang mengaturnya.

Gagasan, cita, atau ide negara hukum, selain terkait dengan konsep '*rechtesstaat*' dan '*rule of law*', juga berkaitan dengan konsep '*nomocracy*' yang berasal dari perkataan '*nomos*' dan '*cratos*'. Perkataan nomokrasi itu dapat dibandingkan dengan '*demos*' dan '*cratos*' atau '*kratien*' dalam demokrasi. '*Nomos*' berarti norma, sedangkan '*cratos*' adalah kekuasaan. Yang dibayangkan sebagai faktor penentu dalam penyelenggaraan kekuasaan adalah norma atau hukum.

Karena itu, istilah nomokrasi itu berkaitan erat dengan ide kedaulatan hukum atau prinsip hukum sebagai kekuasaan tertinggi. Dalam istilah Inggris yang dikembangkan oleh A.V. Dicey, hal itu dapat dikaitkan dengan prinsip "*rule of law*" yang berkembang di Amerika Serikat menjadi jargon "*the rule of law*", and not a man" sesungguhnya dianggap sebagai pemimpin adalah hukum itu sendiri, bukan orang. Dalam buku Plato berjudul '*Nomoi*' yang kemudian diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris dengan judul "*The Law*"⁵, jelas tergambar bagaimana ide nomokrasi itu sesungguhnya telah sejak lama dikembangkan dari zaman Yunani Kuno.

Di zaman modern, konsep Negara Hukum di Eropa Kontinental dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl, Fichte, dan lain-lain dengan menggunakan istilah Jerman, yaitu '*rechtsstaat*'. Sedangkan dalam tradisi Anglo Amerika, konsep negara hukum dikembangkan atas kepeloporan A.V. Dicey dengan sebutan "*The Rule of Law*" menurut Julius Stahl, konsep Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah "*rechsstaat*" itu mencakup empat elemen penting, yaitu:

1. Perlindungan hak asasi manusia;

⁵ Lihat Plato: *The Laws*, Penguin Classics, edisi tahun 1986. Diterjemahkan dan diberi kata pengantar oleh Trevor J. Saunders.

2. Pembagian kekuasaan;
3. Pemerintahan berdasarkan undang-undang; dan
4. Peradilan tata usaha negara;

Sedangkan A.V. Dicey menguraikan adanya tiga ciri penting dalam setiap Negara Hukum yang disebutnya dengan istilah “*The Rule of Law*” yaitu:

1. Supremacy of Law;
2. Equality before the law; dan
3. Due Process of Law;

Keempat prinsip “*rechtstaat*” yang dikembangkan oleh Julius Stahl tersebut di atas pada pokoknya dapat digabungkan dengan ketiga prinsip “*Rule of Law*” yang dikembangkan oleh A. V. Dicey untuk menandai ciri-ciri Negara Hukum modern di zaman sekarang. Bahkan, oleh “*The Internasional Commission of Jurist*”. Prinsip-prinsip Negara hukum itu ditambah lagi dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*) yang di zaman sekarang makin luas dirasakan mutlak diperlukan dalam setiap negara demokrasi. Prinsip-prinsip yang dianggap ciri penting Negara Hukum menurut “*The Internasional Commission of Jurist*” itu adalah:

1. Negara harus tunduk pada hukum;
2. Pemerintah menghormati hak-hak individu; dan
3. Peradilan yang bebas dan tidak memihak;

Utrecht membedakan antara Negara Hukum Formil atau Negara Hukum Klasik, dan Negara Hukum Materiel atau Negara Hukum Modern⁶. Negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Sedangkan yang kedua, yaitu Negara Hukum Materiel yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan di dalamnya. Karena itu, Wolfgang Friedman dalam bukunya “*Law in a Changing Society*” membedakan antara ‘*rule of law*’ dalam arti formil yaitu dalam arti ‘*organized public power*’, dan ‘*rule of law*’ dalam arti materiel yaitu ‘*the rule of just law*’.

Pembedaan ini dimaksudkan untuk menegaskan bahwa dalam konsepsi negara hukum itu, keadilan tidak serta-merta akan terwujud secara substantif, terutama karena pengertian orang mengenai hukum itu sendiri dapat dipengaruhi oleh aliran pikiran hukum materiel. Jika hukum dipahami secara kaku dan sempit dalam arti peraturan perundang-undangan semata, niscaya pengertian negara hukum yang dikembangkan juga bersifat sempit dan terbatas serta belum tentu menjamin keadilan substantif. Karena itu, di samping istilah ‘*the rule of law*’ oleh Friedman juga dikembangkan istilah ‘*rule of just law*’, pengertian yang bersifat luas itulah yang diharapkan dicakup dalam istilah ‘*the rule of law*’ yang digunakan untuk menyebut konsepsi tentang Negara Hukum di zaman sekarang. Namun demikian, terlepas dari perkembangan pengertian tersebut di atas, konsepsi tentang Negara hukum

⁶ Utrecht, Pengantar Hukum Administrasi Negara Indonesia, Ichtiar, Jakarta, 1962, hal. 9.

di kalangan kebanyakan ahli hukum masih sering terpaku kepada unsur-unsur pengertian sebagaimana dikembangkan pada abad ke-19 dan abad ke-20. Sebagai contoh, tatkala merinci unsur-unsur pengertian negara hukum (*rechtsstaat*), para ahli selalu saja mengemukakan empat unsur '*rechstaat*', dimana unsurnya yang keempat adalah adanya '*administrative rechtspraak*' atau peradilan tata usaha Negara sebagai ciri pokok Negara hukum. Tidak ada yang mengaitkan unsur pengertian negara hukum modern itu dengan keharusan adanya kelembagaan atau setidaknya-tidaknya fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pengadilan tata negara. Jawabannya ialah karena konsepsi Negara Hukum (*Rechtsstaat*) sebagaimana banyak dibahas oleh para ahli sampai sekarang adalah hasil inovasi intelektual hukum pada ke-19 ketika Pengadilan Administrasi Negara itu sendiri pada mulanya dikembangkan;

Mahkamah Konstitusi baru dikembangkan sebagai lembaga tersendiri di samping Mahkamah Agung atas jasa Professor Hans Kelsen pada tahun 1919, dan baru dibentuk pertama kali di Austria pada tahun 1920. Oleh karena itu, jika pengadilan tata usaha negara merupakan fenomena abad ke-19, maka pengadilan tata negara adalah fenomena abad ke-20 yang belum dipertimbangkan menjadi salah satu ciri utama negara hukum kontemporer. Oleh karena itu, patut kiranya dipertimbangkan kembali untuk merumuskan secara baru konsepsi negara hukum modern itu sendiri untuk kebutuhan praktek ketatanegaraan pada abad ke-21 sekarang ini.

Negara hukum Indonesia bukan negara yang hanya berhenti pada tugasnya menyelenggarakan fungsi publik, bukan negara "*by job description*", melainkan negara yang ingin mewujudkan moral yang terkandung di dalamnya. Negara hukum Indonesia lebih merupakan negara "*by moral design*".

Salah satu karakteristik paham negara kesejahteraan (*welfare state*) adalah adanya tanggung jawab pemerintah untuk mengupayakan *bestuur zorg* atau penyelenggaraan kesejahteraan umum.⁷ Adanya *bestuur zorg* ini menjadi suatu tanda-tanda yang menyatakan adanya *welfare state*, berbeda halnya dengan sistem sebelumnya yang menganut tipe negara hukum klasik dengan ciri-ciri sebagai berikut:⁸

1. Corak negara adalah negara liberal yang mempertahankan dan melindungi keterbitan sosial dan ekonomi berdasarkan asas kebebasan dari semua warga negara dalam persaingan diantara mereka.
2. Adanya suatu *staatsonthouding* sepenuhnya artinya pemisahan negara dan masyarakat. Negara dilarang keras ikut campur tangan dalam ekonomi dan lapangan sosial lainnya.
3. Tugas negara adalah sebagai penjaga malam (*nachtwakerstaat*)

⁷ E. Utrecht, Pengantar Hukum Administrasi Republik Indonesia, Pustaka Tinta Mas, Surabaya. 1986, Hal. 30

⁸ Ibid

4. Ditinjau dari segi politik, suatu *nachtwakerstaat* mempunyai tugas pokok yaitu menjamin dan melindungi kedudukan ekonomi dari *the rulling class*, nasib dari mereka yang bukan *the rulling class* tidak dihiraukan oleh alat-alat pemerintah dalam suatu *nachtwakerstaat*.

Menurut M. Scheltema⁹ merumuskan pandangannya tentang unsur-unsur dan asas-asas negara hukum itu sevara baru, yaitu meliputi 5 (lima) hal sebagai berikut:

1. Pengakuan, penghormatan, dan perlindungan Hak Asasi Manusia yang berakar dalam penghormatan atas martabat manusia (human dignity).
2. Berlakunya asas kepastian hukum, negara hukum untuk bertujuan menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian hukum dan prediksibilitas yang tinggi, sehingga dinamika kehidupan kehidupan bersama dalam masyarakat bersifat 'predictable' asas-asas yang terkandung dalam atau terkait dengan asas kepastian hukum itu adalah:
 - a. Asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum;
 - b. Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat peraturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan;
 - c. Asas non-retroaktif perundang-undangan, sebelum mengikat undang-undang harus lebih dulu diundangkan dan diumumkan secara layak;
 - d. Asas peradilan bebas, independent, imparial, dan objektif, rasional, adil dan manusiawi;
 - e. Asas non-liquiet, hakim tidak boleh menolak perkara karena alasan undang-undangnya tidak ada atau tidak jelas;
 - f. Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang atau UUD.
3. Berlakunya persamaan (similia similius atau equality before the law) dalam negara hukum, Pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang atau kelompok orang tertentu. Di dalam prinsip ini, terkandung (a) adanya jaminan persamaan bagi semua orang di hadapan hukum dan pemerintahan, dan (b) tersedianya mekanisme untuk menuntut perlakuan yang sama bagi semua warga negara.
4. Asas demokrasi dimana setiap orang mempunyai hak dan kesempatan yang sama untuk turut serta dalam pemerintahan atau untuk mempengaruhi tindakan-tindakan pemerintahan. Untuk itu asas demokrasi itu diwujudkan melalui beberapa prinsip, yaitu:
 - a. Adanya mekanisme pemilihan pejabat-pejabat publik tertentu yang bersifat langsung, umum, bebas, rahasia, jujur dan adil yang diselenggarakan secara berkala;

⁹ Arief Sidharta "Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum", dalam Jentera (Jurnal Hukum), "Rule of Law", Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Jakarta, edisi 3 Tahun II, November 2004, hal. 124-125.

- b. Pemerintah bertanggungjawab dan dapat dimintai pertanggungjawaban oleh badan perwakilan rakyat;
 - c. Semua warga negara memiliki kemungkinan dan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam proses pengambilan keputusan politik dan mengontrol pemerintah;
 - d. Semua tindakan pemerintahan terbuka bagi kritik dan kajian rasional oleh semua pihak;
 - e. Kebebasan berpendapat/berkeyakinan dan menyatakan pendapat;
 - f. Kebebasan pers dan lalu lintas informasi;
 - g. Rancangan undang-undang harus dipublikasikan untuk memungkinkan partisipasi rakyat secara efektif.
5. Pemerintah dan pejabat mengemban amanat sebagai pelayan masyarakat dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat sesuai dengan tujuan bernegara yang bersangkutan. Dalam asas ini terkandung hal-hal sebagai berikut:
- a. Asas-asas umum pemerintahan yang layak
 - b. Syarat-syarat fundamental bagi keberadaan manusia yang bermartabat manusiawi dijamin dan dirumuskan dalam aturan perundang-undangan, khususnya dalam konstitusi;
 - c. Pemerintah harus secara rasional menata tiap tindakannya, memiliki tujuan yang jelas dan berhasil guna (doelmatig). Artinya, pemerintahan itu harus diselenggarakan secara efektif dan efisien.

Muhammad Tahir Azhary¹⁰ dengan mengambil inspirasi dari sistem hukum Islam, mengajukan pandangan bahwa ciri-ciri nomokrasi atau negara hukum yang baik itu mengandung 9 (sembilan) prinsip, yaitu:

1. Prinsip kekuasaan sebagai amanah;
2. Prinsip musyawarah;
3. Prinsip keadilan;
4. Prinsip persamaan;
5. Prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia;
6. Prinsip peradilan yang bebas;
7. Prinsip perdamaian;
8. Prinsip kesejahteraan; dan
9. Prinsip ketaatan rakyat;

Brian Tamanaha¹¹, setiap dikutip oleh Marjanne Termorshuizenartz dalam jurnal hukum jentera, membagi konsep "rule of law" dalam dua kategori, '*formal and substantive*'. Setiap kategori, yaitu "*rule of law*" dalam arti formal dan "*rule of law*" dalam arti substantif, masing-masing mempunyai

¹⁰ Muhammad Tahir Azhary, Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat Dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini, Bulan Bintang Jakarta, 1992, Hal 64.

¹¹ Arief Sidharta "Kajian Kefilsafatan tentang Negara Hukum", dalam Jentera (Jurnal Hukum), "Rule of Law", Pusat Studi Hukum dan Kebijakan (PSHK), Jakarta, edisi 3 Tahun II, November 2004, hal. 23

tiga bentuk, sehingga konsep negara hukum atau 'rule of law' itu sendiri menurutnya mempunyai 6 bentuk, sebagai berikut:

1. *Rule by Law* (bukan *rule of law*), dimana hukum hanya difungsikan sebagai "*instrument of government action*". Hukum hanya dipahami dan difungsikan sebagai alat kekuasaan belaka, tetapi derajat kepastian dan prediktabilitasnya sangat tinggi, serta sangat disukai oleh para penguasa sendiri, baik yang menguasai proses-proses pengambilan keputusan politik.
2. *Formal legality*, yang mencakup ciri-ciri yang bersifat (i) prinsip prospektivitas (*rule written in advance*) dan tidak boleh bersifat retroaktif (ii) bersifat umum dalam arti berlaku untuk semua orang, (iii) jelas (clear), (iv) publik, dan (v) relatif stabil. Artinya, dalam bentuk yang 'formal legality' itu, diidealkan bahwa prediktabilitas hukum sangat diutamakan.
3. *Democracy and legality*, demokrasi yang dinamis diimbangi oleh hukum yang menjamin kepastian. Tetapi, menurut Brian Tamanaha, sebagai "*aprocedural mode of legitimation*" demokrasi juga mengandung keterbatasan-keterbatasan yang serupa dengan '*formal legality*'¹² seperti '*formal legality*', rezim demokrasi juga dapat menghasilkan hukum yang buruk dan tidak adil. Karena itu, dalam suatu sistem demokrasi yang berdasar atas hukum dalam arti formal atau rule of law dalam arti formal sekali pun, tetap dapat juga timbul ketidakpastian hukum. Jika nilai kepastian dan prediktabilitas itulah yang diutamakan, maka praktek demokrasi itu dapat saja dianggap menjadi lebih buruk daripada rezim otoriter yang lebih menjamin stabilitas dan kepastian.
4. '*substantive views*' yang menjamin '*individual rights*'
5. *Rights of dignity and/or justice*
6. *Social welfare, substantive equality, welfare, preservation of community.*

Dalam merumuskan kembali ide-ide pokok konsepsi negara hukum itu dan pula penerapannya dalam situasi Indonesia dewasa ini, menurut Jimly Ashiddiqie¹³, ada tiga-belas prinsip pokok Negara Hukum (*rechtsstaat*) yang berlaku di zaman sekarang. Ketiga-belas prinsip pokok tersebut merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga dapat disebut sebagai negara hukum (*the rule of law* ataupun *Rechtsstaat*) dalam arti yang sebenarnya yaitu:

1. Supremasi hukum
2. Persamaan dalam hukum
3. Asas legalitas
4. Pembatasan kekuasaan
5. Organ-organ campuran yang bersifat independen
6. Peradilan bebas dan tidak memihak
7. Peradilan tata usaha negara
8. Peradilan Tata Negara (*constitutional court*)

¹² Muhammad Tahir Azhary, Op.Cit, hal. 86

¹³ Jimly Ashiddiqie, Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi, PT. Bhuana Ilmu Populer, Jakarta: 2007, hal. 309-310

9. Perlindungan Hak Asasi Manusia
10. Bersifat demokrasi (*demokratische reschsstaat*)
11. Berfungsi sebagai sarana mewujudkan tujuan bernegara (*welfarestate rechtssaat*)
12. Transparansi dan kontrol sosial
13. Berketuhanan Yang Maha Esa

2. Pemerintah Demokrasi

Kedaulatan adalah konsep mengenai kekuasaan tertinggi dalam suatu negara. Dalam setiap analisis mengenai konsep kekuasaan, seperti dikatakan oleh Jack H. Nagel, ada dua hal penting yang terkait, yaitu lingkup kekuasaan (*scope of power*) dan jangkauan kekuasaan (*domain of power*). Lingkup kekuasaan menyangkut soal aktivitas atau kegiatan yang mencakup dalam fungsi kekuasaan, sedangkan jangkauan kekuasaan terkait dengan segala yang menjadi subjek dan pemegang kedaulatan (*sovereign*).¹⁴

Demokrasi pertama-tama merupakan gagasan yang mengandaikan bahwa kekuasaan itu adalah dari, oleh dan untuk rakyat. Dalam pengertian yang lebih partisipatif demokrasi itu bahkan disebut sebagai konsep kekuasaan dari, oleh, untuk dan bersama rakyat. Artinya, kekuasaan itu pada pokoknya diakui berasal dari rakyat, dan karena itu rakyatlah yang sebenarnya menentukan dan memberi arah serta yang sesungguhnya menyelenggarakan kehidupan kenegaraan. Keseluruhan sistem penyelenggaraan negara itu pada dasarnya juga diperuntukkan bagi seluruh rakyat itu sendiri. Bahkan negara yang baik diidealkan pula agar diselenggarakan bersama-sama dengan rakyat dalam arti dengan melibatkan masyarakat dalam arti yang seluas-luasnya.

Pemerintahan negara yang berdasarkan konstitusi merupakan salah satu refleksi dari negara hukum. konsep masyarakat yang sejahtera dan berkeadilan merupakan suatu konsep yang didalamnya memuat nilai-nilai keadilan yang responsif, yang mendukung tujuan negara hukum.¹⁵

Dalam suatu negara yang percaya pada hukum dan bahkan menjadikan gagasan demokrasi itu sejalan dengan gagasan negara hukum, lazim diyakini bahwa proses reformasi kelembagaan dan reformasi budaya politik tersebut di atas dapat dipercayakan pada hukum sebagai instrumen pembaruan yang efektif. Akan tetapi, karena hukum itu sendiri dapat pula dibuat dan ditafsirkan secara sepihak oleh golongan yang berkuasa, diyakini pula bahwa hukum harus dikembangkan dan ditegakkan mengikuti norma-norma dan prosedur-prosedur tertentu yang benar-benar menjamin terwujudnya proses demokratisasi yang sejati. Karena itu, agenda reformasi institusional (*institutional reform*), reformasi budaya (*curtural reform*), dan hukum atau *law reform (instrumental reform)* haruslah dilakukan secara

¹⁴ Jimly Ashiddiqie, Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia, Jakarta: Ikhtiar Baru Van Hoeve, 1994, hal. 9

¹⁵https://scholar.google.co.id/citations?view_op=view_citation&hl=en&user=Pg5iThgAAAAJ&cst=art=20&pagesize=80&citation_for_view=Pg5iThgAAAAJ:u5HHmVD_uO8C

sinergis dan simultan. Dengan perkataan lain, dalam gagasan demokrasi modern itu, hukum menempati posisi yang sangat sentral. Demokrasi yang diidealkan haruslah diletakkan dalam koridor hukum. Tanpa hukum, demokrasi justru dapat berkembang ke arah yang keliru karena hukum dapat ditafsirkan secara sepihak oleh penguasa atas nama demokrasi. Karena itulah berkembang konsepsi mengenai demokrasi yang berdasar atas nama demokrasi. Karena itulah berkembang konsepsi mengenai demokrasi yang berdasar atas hukum yang dalam bahasa Inggrisnya biasa disebut dengan istilah '*constitutional democracy*' yang lazim dipakai dalam perbincangan mengenai konsep modern tentang '*constitutional state*' yang dianggap ideal dimasa sekarang. Sesuai dengan sendi kerakyatan tersebut peraturan dibentuk secara demokratis, oleh sebab itu secara materil tidak dapat dipisahkan antara sendi kerakyatan dan sendi berdasar atas hukum.¹⁶

Bersamaan dengan perkembangan pemikiran tentang negara demokrasi, sejarah pemikiran kenegaraan juga mengembangkan gagasan mengenai hukum yang terkait dengan gagasan kedaulatan hukum. Istilah yang terkait dengan ini adalah nomokrasi yang berasal dari perkataan *nomos* dan *cratos* atau *cratien*. *Nomos* berarti nilai atau norma yang diandalkan sebagai konsep yang mengakui bahwa yang berkuasa sebenarnya bukanlah orang melainkan hukum itu sendiri.

Dalam istilah yang kemudian dikenal menurut tradisi Amerika Serikat, "*The Rule of Law, and not of man*", pemerintahan oleh hukum, bukan oleh manusia. Artinya, pimpinan negara yang sesungguhnya bukanlah orang. Tetapi sistem aturan yang harus dijadikan pegangan oleh siapa saja yang kebetulan menduduki jabatan kepemimpinan. Inilah hakikat dari pengertian kedaulatan hukum dan prinsip negara hukum atau "*rechtsstaat*" menurut tradisi Eropa kontinental. Namun, dalam perkembangan pemikiran dan praktek mengenai prinsip negara hukum (*rechtsstaat*) ini, diakui pula adanya kelemahan dalam sistem negara hukum itu. Yaitu bahwa hukum bisa saja hanya dijadikan alat bagi orang berkuasa. Karena itu, dalam perkembangan mutakhir mengenai hal ini dikenal pula istilah "*demokratische rechtsstaat*", yang mempersyaratkan bahwa prinsip negara hukum itu sendiri adalah haruslah dijalankan menurut prosedur demokrasi yang disepakati bersama. Kedua konsep "*constitutional democracy*" dan "*demokratische rechtsstaat*" tersebut pada pokoknya mengidealkan mekanisme yang serupa, dan karena itu sebenarnya keduanya hanyalah dua sisi dari mata uang yang sama. Di satu pihak, negara hukum itu haruslah demokratis, dan di pihak lain negara demokrasi itu haruslah didasarkan atas hukum.

Dalam perspektif yang bersifat horizontal, gagasan demokrasi yang berdasar atas hukum (*constitutional democracy*) mengandung empat prinsip pokok, yaitu: (i) adanya jaminan persamaan dan kesetaraan dalam

¹⁶ Hamzah Halim dan Kemal Redindo Syahrul Putra, Cara Praktis Menyusun dan Merancang Peraturan Daerah, Edisi Pertama, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009, Hal 27

kehidupan bersama, (ii) pengakuan dan penghormatan terhadap perbedaan dan pluralitas, (iii) adanya aturan yang mengikat dan dijadikan sumber rujukan bersama, dan (iv) adanya mekanisme penyelesaian sengketa berdasarkan mekanisme aturan yang ditaati bersama itu. Dalam konteks kehidupan bernegara, dimana terkait pula dimensi-dimensi kekuasaan yang bersifat vertikal antara institusi negara dengan warga negara, keempat prinsip pokok tersebut lazimnya dilembagakan dengan menambahkan prinsip-prinsip negara hukum (nomokrasi): (v) pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia, (vi) pembatasan kekuasaan melalui mekanisme pemisahan dan pembagian kekuasaan disertai mekanisme penyelesaian sengketa ketatanegaraan antar lembaga negara, baik secara vertikal maupun horizontal, (vii) adanya peradilan yang bersifat independen dan tidak memihak (*independent and impartial*) dengan kewibawaan putusan yang tertinggi atas dasar keadilan dan kebenaran, (viii) dibentuknya lembaga peradilan yang khusus untuk menjamin keadilan bagi warga negara yang dirugikan akibat putusan atau kebijakan pemerintahan (pejabat administrasi negara), (ix) adanya mekanisme "*judicial review*" oleh lembaga peradilan terhadap norma-norma ketentuan legislatif, baik yang ditetapkan oleh lembaga legislatif maupun, baik yang ditetapkan oleh lembaga legislatif maupun oleh lembaga eksekutif, dan (x) dibuatnya konstitusi dan peraturan perundang-undangan yang mengatur jaminan-jaminan pelaksanaan prinsip-prinsip tersebut di atas, disertai (xi) pengakuan terhadap asas legalitas atau *due process of law* dalam keseluruhan sistem penyelenggaraan negara.

Pada bidang ketatanegaraan, kedaulatan rakyat semakin ditegaskan. Jean Bodin misalnya, menegaskan bahwa kedaulatan tertinggi ada ditangan rakyat. Kedaulatan direduksi ke dalam tubuh hukum, yang mengarah kesifat legalistik. Otoritas hukum disandarkan pada otoritas kekuasaan. Hukum dipisahkan secara tegas dari politik, moral dan keadilan¹⁷. Konsep kedaulatan juga ditegaskan oleh Austin, mengenal keutuhan terhadap hukum. Otoritas politik yang dimiliki oleh negara, menentukan dan memaksakan keberlakuan hukum. Efektivitas sebuah norma hukum dalam suatu sistem hukum, ditentukan oleh sanksi yang dipaksakan oleh negara¹⁸.

Efektivitas norma hukum disandarkan pada aspek keberlakuan hukum itu sendiri, berkaitan dengan aspek demokrasi, keadilan, serta hukum yang berporos pada hati nurani rakyat. Keberlakuan hukum menyentuh pemahaman Pound mengenai tujuan dalam menerapkan hukum di masyarakat. Pound hadir dengan konsep "*law as a tool social enggenering*"¹⁹. Kondisi sosial masyarakat termanifestasikan dalam konteks kesejahteraan.

¹⁷ Hans Kelsen, *Pure Theory of Law*, Berkley: Univ. Of California Press, 1978, Hal. 5

¹⁸ Joseph Raz, *The Concept Of The Legal System, An Introduction To The Theory Of Legal System*, Oxford: Clarendom Press, 1978, Hal 93-94

¹⁹ Rouscoe Pound, *An Introduction To The Philosophy Of Law*, New Brunswick&London: Transaction Publisher, 1999, Hal 52

Dimensi hukum dalam konteks ini, menyentuh perubahan-perubahan sosial yang terjadi ditengah-tengah masyarakat.²⁰

Menjelang abad ke-20, faham demokrasi menjadi sandaran perkembangan tipologi negara modern. Hukum dan faham demokrasi, menjadi elemen legislatif dalam menata corak masyarakat plural diseluruh pelosok daerah. Kekuasaan dalam suatu negara tersebar, baik antar lembaga maupun hubungan pusat dan daerah. Pembagaian kekuasaan dalam negara, dilandasi dalam dua teori. Pertama, teori secara vertikal, melahirkan garis hubungan pusat dan daerah yang berwujud dalam sistem desentralisasi dan dekonsentrasi. Kedua, teori secara horizontal, didasarkan pada sifat tugas yang berbeda jenisnya, yang diwujudkan dalam kekuasaan berbagai macam lembaga dalam suatu negara.

Kekuasaan sebagai implementasi konsep kedaulatan yang ada dalam negara diwujudkan melalui sejauhmana luas atau lingkup (*scope of power*) kekuasaan itu sendiri dan sejauhmana jangkauan yang dimilikinya (*domain of power*).

Nagel²¹ membahas kedaulatan dalam pendekatan, bahwa luas atau lingkup kedaulatan menyentuh soal kegiatan yang tercakup dalam kedaulatan, sedangkan jangkauan kedaulatan menyentuh soal siapa yang menjadi pemegang kedaulatan. Lingkup kedaulatan yang dimaksud meliputi proses pengambilan keputusan untuk mengukur seberapa besar kekuatan keputusan yang ditetapkan, sementara jangkauan kedaulatan terkait pada siapa yang memegang kekuasaan tertinggi dan apa yang menjadi objek sasaran dalam pengambilan keputusan atau wewenang apa yang dimiliki pemegang kekuasaan tersebut. Pembagian kekuasaan dalam negara, dibahas lebih lanjut oleh Friedrich dalam paham konstitusionalismenya.²² Sedangkan Maass, melihat pembagian kekuasaan dalam dua hal, yaitu: *Capital Division of Power* sebagai pembagian kekuasaan secara horizontal atau sering dipersamakan dengan pemisahan kekuasaan (*separation of power*) dan *Areal Division of Power* sebagai pembagian kekuasaan secara vertikal²³.

Pembagian dan pemisahan, tergantung daripada prinsip-prinsip yang dianut dalam landasan hukum suatu negara. Smith melihat bahwa tujuan dalam *areal division of power*, dibedakan dalam dua ketegori, yaitu sudut pandang pemerintah pusat (pemerintah) yang meliputi empat tujuan utama yang diharapkan, yaitu: 1. Pendidikan politik 2. Pelatihan kepemimpinan 3. Penciptaan stabilitas politik; serta 4. Mewujudkan demokratisasi sistem pemerintahan di daerah. Konsep kekuasaan atau kewenangan pemerintah

²⁰ Roman Tomasic, *The Sociology Of Law*, London: Sage Pub., 1978, Hal. 99

²¹ Jack H. Nagel, *The Discriptive Analysis of Power*, New Haven: Yale University Press, 1975, Hal 14

²² Carl J. Friedrich *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*, 5th, ed. Weltham Mass: Blaisdel Publishing Company, 1967, Hal 5

²³ Arthur Maass, *Area and Power: A Theory of Local Government*, Glencoe, Illinois: The Free Press, 1959, hal 10.

daerah, menyangkut tentang struktur hukum yang bisa berwujud format bentuk dan susunan negara, pemerintahan di daerah, lembaga pemerintahan pusat dan daerah, serta aparatur pemerintahan pusat dan daerah.

Dari sisi substansi hukum tercermin, apresiasi pemerintah dan masyarakat (pusat dan daerah) terhadap aturan-aturan formal, mengenai perwujudan sendi pelaksanaan pemerintahan di daerah, dalam penyelenggaraan pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia. Sudut pandang pemerintah daerah (daerah) meliputi: 1. Sarana dalam mewujudkan *political equality* 2. Sarana dalam mewujudkan *local accountability* 3. Sarana dalam mewujudkan *local responsiveness*.

Kekuasaan dan kewenangan Pemerintah Daerah dalam konteks negara kesatuan, bukan hanya berkenaan dengan pembagian kekuasaan tetapi yang lebih penting adalah bagaimana proses kekuasaan dan kewenangan itu didapatkan. Beberapa teori yang menaruh perhatian kaitan antara elemen ini adalah masalah legalitas kekuasaan atau kewenangan yang didapatkan, serta dari mana sumber kekuasaan atau kewenangan tersebut, dan bagaimana proses penyerahan atau pelimpahan kekuasaan atau kewenangan itu.

Konsep pelaksanaan pemerintahan, merupakan salah satu sarana bagi pemerintah Indonesia, dalam mewujudkan pemerintahan yang bersifat demokratis. Melibatkan seluruh potensi masyarakat, untuk ikut serta memikirkan dan mengurus pelaksanaan pemerintahan di daerah.

Suatu negara kesatuan, kekuasaan terletak pada pemerintah pusat dan tidak pada pemerintah daerah. Walaupun pada dasarnya, negara kesatuan bisa berbentuk sentralisasi dan desentralisasi. Bentuk sentralisasi, segala garis kebijaksanaan dilaksanakan secara terpusat bentuk desentralisasi, segala garis kebijaksanaan dalam penyelenggaraan pemerintahan dipancarkan. Pemencaran ini, merupakan wujud pemerintahan demokrasi, tatkala dijalankan secara efektif, guna pemberdayaan kemaslahatan rakyat. Menurut Strong, bahwa negara kesatuan merupakan bentuk negara, dimana wewenang legislatif tertinggi dipusatkan pada satu badan legislatif nasional atau pusat. Ciri yang melekat pada negara kesatuan yang bersifat esensial yaitu: 1. Adanya supremasi dari parlemen atau lembaga perwakilan rakyat pusat 2. Tidak adanya badan-badan bawahan yang mempunyai kedaulatan (*the absence of subsidiary sovereign bodies*).

Sementara itu Lowrence Friedman mengemukakan bahwa berlakunya hukum harus memenuhi 3 aspek dasar, yaitu:

Legal substance, legal structure and legal culture. Berdasarkan teori Friedman tersebut, maka hukum harus berlaku berdasarkan tujuan hukum itu sendiri, sehingga substansi hukum adalah implemmentasi dari tujuan dibentuknya hukum. Substansi hukum harus memenuhi kehendak dan aspirasi masyarakat yang memerlukan hadirnya hukum mengatasi permasalahan yang sedang dihadapi bersama.

Hukum berisi ketentuan yang mampu memberikan jawaban atas berbagai permasalahan yang terkait dengan hukum yang dibentuk, yaitu merupakan ketentuan yang bermanfaat secara langsung dan tidak berlangsung bagi rakyat. Isi dari ketentuan merupakan sebuah norma yang jelas atau tidak menimbulkan multi tafsir, tegas dan tidak bertentangan satu dengan yang lainnya, sehingga melahirkan keteraturan dan ketertiban bagi masyarakat.

Secara struktur, hukum juga harus dapat diterapkan oleh para penegak hukum, tidak menimbulkan permasalahan dalam penerapannya, tidak menimbulkan kesulitan dalam penegakan hukum oleh aparat hukum, serta memudahkan upaya penegakan hukum. Sudah barang tentu para aparat penegak hukum haruslah merupakan aparat penegak hukum yang bersih, berwibawa dan mandiri. Dengan demikian para penegak hukum secara efektif mampu menegakkan hukum secara efektif. Sehingga hukum mampu menggapai tujuan pembentukannya.

Sementara secara kultur, hukum merupakan sebuah kristalisasi atau pengejawantahan budaya yang berlaku dalam masyarakat. Seluruh pembentukan hukum seyogyanya telah memperhatikan aspek budaya masyarakat, sehingga tidak saling bertentangan atau meninggalkan budaya masyarakat. Hukum harus mendorong lahirnya budaya masyarakat yang tertib dan teratur dalam pergaulan hidup bermasyarakat.

B. Teori Perundang-undangan

Istilah “teori” yang dimaksud di sini bukan berasosiasi pada pendapat tentang cara melakukan sesuatu, bukan pula bermakna pendapat yang dikemukakan sebagai keterangan mengenai suatu peristiwa, melainkan jika merujuk pada pendapat T. Koopmans.²⁴ Ia berarti sekumpulan pemahaman, titik tolak, dan asas-asas yang saling berkaitan yang memungkinkan kita memahami lebih baik terhadap sesuatu yang kita coba mendalaminya.

Dalam konteks teori perundang-undangan, istilah teori dapat dimaknai sebagai cabang, bagian, segi, atau sisi dari ilmu pengetahuan dibidang ilmu perundang-undangan yang berkarakter kognitif atau memberi pemahaman terutama pemahaman dasarnya. Sedangkan mengacu pada istilah “perundang-undangan” diartikan yang bertalian dengan undang-undang; seluk beluk undang-undang: ceramah mengenai pers nasional; falsafah negara itu kita lihat pula dari sistemnya.²⁵ Yaitu keseluruhan peraturan-peraturan negara dan proses kegiatan pembentukan peraturan tersebut.

Lebih tegasnya, teori perundang-undangan merupakan bagian, segi, atau sisi ilmu perundang-undangan dalam arti luas. Istilah “perundang-undangan

²⁴ Achmad Ruslan, *Teori dan Panduan Praktik Pembentukan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia*, Cet. Ke-2, Rangkang Education; Yogyakarta, 2023, hal 61.

²⁵ W. J. S. Powerdaminta, *Kamus Umum Bahasa Indonesia*, Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, PN Balai Pustaka; Jakarta, 1982, hal. 990

“ dapat didahului dengan kata lain, peraturan misalnya, sehingga menjadi “peraturan perundang-undangan” yang terdiri dari kata “peraturan” dan kata “perundang-undangan”. Istilah “peraturan” adalah aturan-aturan yang dibuat oleh yang berkuasa untuk mengatur sesuatu.²⁶

Mengacu pada kepustakaan hukum mengenai apa yang dimaksud dengan peraturan perundang-undangan atau *wet in materiele zin*, *Gesetz in materiellen Sinner*, maka menurut D.W.P. Rüter peraturan perundang-undangan mengandung 3 unsur yaitu:²⁷

1. Norma hukum (*rechtnormen*)
2. Berlaku ke luar (*naar buitn weken*); dan
3. Bersifat umum dalam arti luas (*algemeenheid in srumezin*)

Oleh karena itu, pembentukan peraturan perundang-undangan pada hakikatnya ialah pembentukan norma-norma hukum yang berlaku ke luar dan yang bersifat umum dalam arti luas.

Ad. a) Konsep Norma Hukum

N.E Algra et.al mengemukakan arti harafiah dari kaidah, yakni: “kaidah (atau norma), berasal dari bahasa latin: siku-siku”.

Suatu siku-siku mempunyai 2 fungsi, yaitu:

1. Alat pembantu untuk mengkonstruksi sudut 90 derajat; dan
2. Alat yang dapat dipergunakan untuk memeriksa apakah suatu sudut yang telah ada betul-betul 90 derajat.

Kedua fungsi tersebut kita temukan kembali dalam kaidah atau norma hukum. Oleh karena itu, menurut Algra:

“untuk itu aturan hukum merupakan suatu alat bantu. Dalam pada itu, masih ada alat bantu lain yang dapat dikemukakan dan dipergunakan untuk mencapai tujuan tersebut, seperti berbagai macam uraian dan penafsiran yang dipergunakan oleh para hakim untuk mendapatkan penyelesaian yang dapat diterima...”

Hans Kelsen mengemukakan bahwa kaidah adalah:²⁸

“that something ought to happen, especially that a human being ought be have in a specific way”.

Jadi, secara sederhana kaidah atau norma dapat digambarkan sebagai aturan tingkah laku atau sesuatu yang seharusnya dilakukan oleh manusia dalam keadaan tertentu. Ada juga yang menyebutnya sebagai kaidah petunjuk hidup yang mengikat.

Kaidah berfungsi untuk mengatur berbagai kepentingan di dalam masyarakat. Sebagaimana diketahui bahwa setiap anggota masyarakat

²⁶ Rachmat Trijono, Dasar-Dasar Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan, Papis Sinar Sinanti; Depok Timur, 2013, hal. 14

²⁷ A. Hamid S. Attamimi, Peranan Keputusan Presiden Republik Indonesia dalam Penyelenggara Pemerintahan Negara (Jakarta: Disertasi PPS UI, 1990), Hal 314.

²⁸ Soerjono Soekanto, 1982, Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum, Rajawali Pers, Jakarta, Hal 31

mempunyai kepentingan. Ada kepentingan yang saling bersesuaian antara warga yang satu dengan warga yang lainnya.

Secara terminology, norma hukum itu, dalam dirinya mengandung 2 (dua) hal, yakni:²⁹

- a. Patokan Penilaian; dan
- b. Patokan tingkah laku.

Patokan penilaian sebagaimana dimaksudkan, merupakan hukum menilai kehidupan masyarakat, yaitu dengan menyatakan apa yang dianggapnya baik dan yang tidak baik. Dari penilaian itu, kemudian dilahirkanlah petunjuk tentang tingkah laku atau perbuatan-perbuatan mana yang termasuk ke dalam kategori harus dijalankan dan yang harus ditinggalkan. Apabila hukum yang kita pahami diartikan sebagai suatu perintah, maka kita hanya berfokus pada kandungan norma hukum terkait patokan tingkah laku saja, dan bukan sebagai patokan penilaian.

Kiranya sangat penting untuk mengetahui bahwa norma hukum itu sebenarnya mengandung norma penilaian. Apabila dikatakan, bahwa hukum itu melakukan penilaian terhadap masyarakat, maka sekaligus terkandung pula makna bahwa dalam melakukan penilaian tersebut, hukum juga harus memiliki patokan yang jelas. Patokan inilah yang kemudian memberikan dasar bagi hukum untuk melahirkan serangkaian petunjuk tentang penilaian tingkah laku. Sehingga petunjuk tingkah laku yang dihasilkan dari patokan penilaian tadi memiliki ukuran yang jelas, dan tidak serta merta di adakan begitu saja. Patokan-patokan dalam melakukan penilaian, memberikan kesempatan untuk mengembangkan lebih lanjut perihal tingkah laku apa dan bagaimana yang harus di atur untuk masa-masa mendatang. Dengan demikian dapat kiranya dikatakan, bahwa dengan memberikan patokan-patokan penilaian itu, masyarakat telah mendorong hukumnya untuk bergerak atas kekuatannya sendiri.

Patokan-patokan penilaian yang digunakan untuk menentukan patokan tingkah laku tidaklah sekedar merupakan kumpulan dari berbagai macam penilaian, melainkan merupakan satu kesatuan, sehingga dapat disebut sebagai sistem penilaian.³⁰

Hukum melindungi kepentingan seseorang dengan cara mengalokasikan suatu kekuasaan kepadanya untuk bertindak dalam rangka kepentingannya tersebut. Pengalokasian kekuasaan ini dilakukan secara terukur, dalam arti, ditentukan kekuasaan dan kedalamannya. Kekuasaan yang demikian itulah yang disebut dengan hak. Dengan demikian tidak setiap kekuasaan dalam masyarakat itu bisa disebut sebagai hak, melainkan hanya kekuasaan tertentu saja, yaitu yang diberikan oleh hukum kepada seseorang.³¹ Lain halnya dengan kekuasaan yang diberikan oleh hukum kepada jabatan, (dalam hal ini di bidang hukum publik) maka kekuasaan itu disebut kewenangan. Untuk menjalankan kewenangan

²⁹ Zevenbergen dalam buku Prof. Dr. Sajipto Rahardjo, "Ilmu Hukum" Cetakan ke enam, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, Hal 30.

³⁰ Ibid., Hal. 30.

³¹ Ibid., Hal 54.

jabatan tersebut diangkat pejabat yang mewakili jabatan tersebut untuk melakukan kewenangan tersebut. Selain itu juga jabatan diberikan tugas dan fungsi.

Ad. b) Norma Berlaku Ke Dalam dan/atau Ke luar

Ruiter berpendapat, di dalam pemahaman tentang *wet* yang material terhadap tradisi yang hendak membatasi berlakunya norma hanyalah bagi mereka yang tidak termasuk dalam organisasi pemerintahan. Jadi hanyalah tertuju kepada rakyat, baik dalam hubungan antara sesamanya maupun antara rakyat dengan pemerintah. Sedangkan norma yang mengatur hubungan antara bagian-bagian organisasi pemerintahan dianggap bukan norma hukum yang sebenarnya, paling jauh dianggap sebagai norma organisasi. Oleh karena itu sampai dewasa ini, tanda-tanda yang diberikan oleh pemahaman tentang norma hukum ialah selalu ditambah dengan predikat “berlaku ke luar”³² Pandangan ini sejalan dengan ketentuan Undang -Undang No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Namun setelah diganti dengan UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan khususnya ketentuan Pasal 8 Ayat (1) dan ayat (2) , maka pandangan Ruiter tersebut tidak lagi dapat berlaku mutlak. Oleh karena sesuai dengan ketentuan tersebut, ada kemungkinan suatu peraturan perundang-undangan tidak hanya berlaku ke luar, tetapi juga memungkinkan hanya berlaku ke dalam, seperti peraturan DPRD tentang Peraturan Tata Tertib DPRD yang bersangkutan. Ini berarti Peraturan DPRD yang bersangkutan hanya berlaku ke dalam dan merupakan peraturan perundang-undangan yang keberadaannya diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi, yakni Undang-Undang No. 13 Tahun 2019 tentang MPR, DPR, DPD, DPRD.³³

Ad. c) Norma Bersifat Umum dalam Arti Luas

Orang biasanya membedakan kategori norma antara yang umum (*algemeen*) dan yang individual (*individueel*) serta antara yang abstrak (*abstract*) dan yang konkret (*concreet*). Pembedaan umum-individual didasarkan pada mereka yang terkena aturan norma tersebut (*adressaat*), ditujukan kepada orang atau sekelompok orang-orang yang tidak tertentu atau kepada orang atau sekelompok orang-orang yang tertentu. Sedangkan pembedaan abstrak-konkret didasarkan pada hal yang diatur norma tersebut, untuk peristiwa-peristiwa yang tidak tertentu atau untuk peristiwa/ beberapa peristiwa tertentu.

Dari sifat norma yang umum atau individual dan abstrak atau konkret tersebut, dapat dibentuk berbagai norma dengan sifat kombinasi, sebagai contoh kombinasi-kombinasi tersebut dapat disampaikan rumusan-rumusan norma hukum seperti di bawah ini:³⁴

- a. Umum-Abstrak,

³² Ibid., H. 316

³³ Lihat Pasal 376 ayat (1) dan ayat (2) UU No. 27 Tahun 2009 tentang MPR, DPD, dan DPRD.

³⁴ Lihat A. Hamid S. Attamimi, *op.cit.*,h. 315-317

- b. Umum-Konkret,
- c. Individual-Abstrak, Dan
- d. Individual-Konkret.

Dari 4 macam kombinasi norma dengan sifat-sifatnya yang umum-individual dan abstrak-konkret, menurut A. Hamid. S. Attamimi bahwa peraturan perundang-undangan seyogyanya mengandung norma hukum yang umum-abstrak, atau sekurang-kurangnya yang umum-konkret, norma lain-lainnya, yaitu yang individual-abstrak dan lebih-lebih individual-konkret, lebih mendekati penetapan (*beschikking*) daripada peraturan (*regeling*).³⁵

Berbeda dengan A. Hamid S. Attamimi, menurut Achmad Ruslan³⁶ bahwa norma yang bersifat individual-konkret bukan mendekati penetapan (*beschikking*) yang dalam konteks Indonesia lazim dikenal dengan Keputusan Tata Usaha Negara (KTUN), tetapi merupakan karakter asli dari penetapan itu sendiri. Sedangkan, karakter individual-abstrak apakah mendekati karakter individual-abstrak apakah mendekati karakter penetapan (*beschikking*) atau sebaliknya, menurut penulis masih *debatable*.

Namun demikian, menurut Achmad Ruslan urgen untuk mendeskripsikan secara komperhensif karakteristik peraturan perundang-undangan sebagai sumber hukum. Dalam hal ini, penulis berpendapat bahwa norma hukum yang masuk dalam kategori atau kualifikasi peraturan perundang-undangan adalah norma hukum yang memenuhi secara integral sembilan karakteristik dasar berikut ini:

1. Mengatur perilaku para subjek hukum yang bersifat imperatif yakni, hak, kewajiban, kewenangan, tugas, fungsi, serta larangan yang berimplikasi pada ancaman sanksi (perdata dan/atau pidana dan/atau administratif) serta yang bersifat fakultatif yaitu yang bersifat kebolehan/menambah.
2. Berlaku ke dalam dan keluar dalam rangka pemenuhan hak asasi manusia;
3. Bersifat mengikat (mengikat umum atau impersoanl dari segi subjeknya);
4. Objek yang diaturnya bersifat abstrak dan/atau konkret;
5. Melambangkan suatu tatanan nilai-nilai hukum tertentu yang bersifat intrinsik;
6. Menentukan atau memastikan segi waktu keberlakuannya, yaitu bersifat terus-menerus atau untuk waktu tertentu saja tapi tidak *einmaghlg*.
7. Menentukan atau memastikan segi tempat keberlakuannya, yaitu bersifat teritorialistik;
8. Menentukan atau memastikan mekanisme atau prosedur pembentukannya sesuai dengan dasar pembentukannya yang di dalamnya memuat pula organ pelaksana/penegaknya.
9. Menentukan dan memastikan dasar validitas pembentukannya dari norma hukum yang membentuknya (aspek hirarkis) serta penegakannya.

Ke sembilan karakteristik di atas mutlak terpenuhi secara teoritis dalam suatu norma hukum untuk dapat dikualifikasi sebagai peraturan perundang-

³⁵ Ibid.

³⁶ Op.cit Hal 45

undangan.³⁷ Selain itu, karakteristik peraturan perundang-undangan tersebut dapat menjadi dasar teoretis membedakan suatu norma apakah ia terqualifikasi sebagai peraturan perundang-undangan atau bukan. Mengingat terdapat beragam jenis norma hukum selain peraturan perundang-undangan misalnya, putusan hakim, perbuatan administrasi yang berkategori keputusan administrasi negara (*beschikking*), norma hukum yang berkategori perbuatan keperdataan, perjanjian internasional yang belum diratifikasi menjadi undang-undang (dalam konteks Indonesia).

Adapun dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan Jenis dan Hirarki peraturan perundang-undangan sebagaimana ditentukan pada undang-undang tersebut meliputi:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah
5. Peraturan Presiden
6. Pemerintah Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.

Selain peraturan perundang-undangan sebagaimana dimaksud di atas, Undang-Undang Nomor 13 Tahun 2022 tentang Perubahan Kedua atas Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, pada Pasal 8 ayat (1) juga mengatur bahwa peraturan perundang-undangan mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, Badan, Lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau pemerintah atas perintah undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat. Peraturan perundang-undangan ini diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.

C. Pertanggungjawaban Pemerintah

Pertanggungjawaban berasal dari kata tanggung jawab, yang berarti keadaan wajib menanggung segala sesuatunya (kalau ada sesuatu hal, boleh dituntut, dipersalahkan, diperkarakan dan sebagainya).³⁸

Dalam kamus hukum ada 2 istilah yang menunjuk pada pertanggungjawaban yakni:

³⁷ Lihat Pasal 1 angka 2 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

³⁸ WJS. Poerwadarminta, Kamus Umum Bahasa Indonesia, Jakarta, 1976, hal. 1014

Liability (the state of being liable) and responsibility (the state or fact being responsible). *Liability* merupakan istilah hukum yang luas (*a broad legal term*), di dalamnya antara lain mengandung makna bahwa, “*it has been referred to as of the most comprehensive significance, including almost every character of hazard or responsibility, absolute, contingent, or likely. It has been defined to mean: all character of debts and obligations*” (*liability* menunjuk pada makna yang paling komperhensif, meliputi hampir setiap karakter risiko atau tanggung jawab, yang pasti, yang bergantung, atau yang mungkin).

Liability didefenisikan untuk menunjuk: semua karakter hak dan kewajiban). Di samping itu, *liability* juga merupakan; “*condition of being actually or potentially subject to an obligation; condition of being responsible for a possible or actual loss, penalty, evil, expense, or burden; condition which creates a duty to perform an act immediately or in the future*”³⁹ (kondisi tunduk kepada kewajiban secara aktual atau potensial; kondisi bertanggung jawab terhadap hal-hal yang aktual atau mungkin seperti kerugian, ancaman, kejahatan, biaya, atau beban; kondisi yang menciptakan tugas untuk melaksanakan undang-undang dengan segera atau pada masa yang akan datang).

Sementara *responsibility* berarti “*the state of being answerable for an obligation, and includes judgment, skill, ability and capacity*” (Hal dapat dipertanggungjawabkan atas suatu kewajiban, dan termasuk putusan keterampilan, kemampuan, dan kecakapan). *Responsibility* juga berarti “*the obligation to answer for an act done, and to repair or otherwise make restitution for any injury it may have caused*” (kewajiban bertanggung jawab atas undang-undang yang dilaksanakan, dan memperbaiki atau-sebaliknya-memberi ganti rugi atas kerusakan apa pun yang telah ditimbulkannya).

Dari *responsibility* ini muncul istilah *responsible government* : “*this term generally designates that species of governmental system in which the responsibility for public measures or acts of state rests upon the ministry of executive council, who are under an obligation to resign when disapprobation of their course is expressed by a vote of want of confidence, in the legislative assembly, or by the defeat of an important measure advocated by them*”.⁴⁰ Yang menunjukkan bahwa (istilah ini pada umumnya menunjukkan bahwa jenis-jenis pemerintahan dalam hal mana pertanggungjawaban terhadap ketentuan atau undang-undang publik dibebankan pada departemen atau dewan eksekutif, yang harus mengundurkan diri apabila penolakan terhadap kinerja mereka dinyatakan melalui mosi tidak percaya, di dalam majelis legislatif, atau melalui pembatalan terhadap suatu undang-undang penting yang dipatuhi mereka).⁴¹

Dalam penyelenggaraan kenegaraan dan pemerintahan, pertanggungjawaban itu melekat pada jabatan, yang secara yuridis dilekati dengan kewenangan. dalam perspektif hukum publik, adanya kewenangan inilah

³⁹ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, Fifth Edition, (USA: ST. Paul Minn. West Publishing Co. 1979), Hal. 823.

⁴⁰ *Ibid*, Hal. 1180

⁴¹ Ridwan H.R, *Hukum Administrasi Negara*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2014, Hal 319

yang memunculkan adanya pertanggungjawaban, sejalan dengan prinsip umum; “*geen bevoegheid zonder verantwoordelijkheid; there is No. authority without responsibility; la sulthota bi la mas-ulyat*” (tidak ada kewenangan tanpa pertanggungjawaban).

Pemberian wewenang tertentu untuk melakukan tindakan hukum tertentu, menimbulkan pertanggungjawaban atas penggunaan wewenang itu. A.D. Belinfante mengatakan, “*Niemand kan een bevoegdheid uitoefenen zonder verantwoording schuldig te zijn of zonder dat of die uitoefening controle bestaan*”⁴² (tidak seorang pun dapat melaksanakan kewenangan tanpa memikul kewajiban tanggung jawab atau tanpa ada pelaksanaan pengawasan). Menurut Suwoto, dalam sistem pembagian kekuasaan berlaku prinsip bahwa setiap kekuasaan wajib dipertanggungjawabkan. Oleh karena itu, setiap pemberian kekuasaan, harus sudah dipikirkan beban tanggung jawab bagi setiap penerima kekuasaan. Kesediaan untuk melaksanakan tanggung jawab harus secara inklusif sudah diterima pada waktu menerima kekuasaan.⁴³

Dalam pengertian dan penggunaan praktis, istilah *liability* menunjuk pada pertanggungjawaban hukum itu, yaitu tanggung gugat akibat kesalahan yang dilakukan oleh subjek hukum, sedangkan istilah *responsibility* menunjuk pada pertanggung-jawaban politik. Dalam istilah hukum Belanda, tampak bahwa penggunaan istilah *aansprakelijkheid* hanya menunjuk pada pertanggungjawaban hukum, sedangkan *verantwoordeijk* menunjuk pada pertanggungjawaban hukum (*in rechte*) dan pertanggungjawaban politik atau pemerintahan (*in bestuursverband*).

Dalam ensiklopedi administrasi, *responsibility* adalah keharusan seseorang untuk melaksanakan secara selayaknya apa yang telah diwajibkan kepadanya. Disebutkan juga bahwa pertanggungjawaban mengandung makna; meskipun seorang mempunyai kebebasan dalam melaksanakan sesuatu tugas yang dibebankan kepadanya, namun ia tidak dapat membebaskan diri dari hasil atau akibat kebebasan perbuatannya, dan ia dapat dituntut untuk melaksanakan secara layak apa yang diwajibkan kepadanya.⁴⁴

D. Teori Kelembagaan Negara

Untuk memahami pengertian organ atau lembaga negara secara lebih dalam, kita dapat mendekatinya dari pandangan Hans Kelsen mengenai *The Concept Of The State Organ* dalam bukunya *General Theory of Law and State*. Hans Kelsen menguraikan bahwa “*whoever fulfills a function determined by the*

⁴² Ibid 334

⁴³ Suwoto Mulyosudarmo, *Kekuasaan dan Tanggung Jawab Presiden Republik Indonesia*, Disertasi, (Surabaya; Universitas Airlangga, 1990), hlm. 75

⁴⁴ Arifin P. Soeria Atmadja, *Mekanisme Pertanggungjawaban Keuangan Negara*, Jakarta, Gramedia, 1986), hal 44-45

*legal order is an organ.*⁴⁵ Siapa saja yang menjalankan suatu fungsi yang ditentukan oleh suatu tata hukum (legal order) adalah Lembaga Negara.⁴⁶

Artinya organ negara itu tidak selalu berbentuk organik. Di samping organ yang berbentuk organik. Lebih luas lagi, setiap jabatan yang ditentukan oleh hukum dapat pula disebut organ, asalkan fungsi-fungsinya itu bersifat menciptakan norma (*normcreating*) dan/atau bersifat menjalankan norma (*norm applying*).

Fungsi mempunyai 4 (empat) arti dalam lapangan *Natuurwissenschaft*) ada tiga arti (dalam lapangan *Geisteswissenschaft*).

1. Arti pertama, dalam lapangan *Natuurwissenschaft* ialah arti yang sering dipakai. Di sini fungsi berarti "tergantung pada"
2. Dalam lapangan *Geisteswissenschaft* atau arti pertama, dalam lapangan *Geisteswissenschaft* ialah tugas, *taak, ambt, werkkring, in het verband met het geheel*. Misalnya tugas pamongpraja, tugas menteri. Ini tidak dapat dipandang tersendiri.
3. Dalam lapangan *Natuurwissenschaft* atau arti kedua dalam lapangan *Geisteswissenschaft* ialah hubungan timbal-balik antara bagian dengan keseluruhan atau antara bagian dengan bagian. *Wederkerige beinvloeding tussen het onderdeel en het geheel of tussen de onderdelen onderling*. Misalnya fungsi hukum (*deel*) terhadap negara (*geheel*) atau fungsi negara (*deel*) terhadap masyarakat (*geheel*). Atau fungsi hukum (*deel*) terhadap ekonomi (*deel*). Kalau ekonomi maju, hukum bagaimana. Atau antara hukum (*deel*) dengan moral (*deel*). Juga antara moral (*deel*) dan leven (*deel*)
4. Dalam *Natuurwissenschaft* atau arti ketiga dalam *Geisteswissenschaft* atau arti ketiga dalam *Geisteswissenschaft* ialah *werking*. Misalnya fungsi perekonomian terhadap perkembangan kebudayaan manusia kalau misalnya kita bersandar pada marxisme (historis materialisme).⁴⁷

Menurut Kelsen, parlemen yang menetapkan undang-undang dan warga negara yang memilih para wakilnya melalui pemilihan umum sama-sama merupakan organ negara dalam arti luas. Demikian pula hakim yang mengadili dan menghukum penjahat dan terpidana yang menjalankan hukuman tersebut di lembaga pemasyarakatan, adalah juga merupakan organ negara. Pendek, kata dalam pengertian yang luas ini, organ negara itu identik individu yang menjalankan fungsi atau jabatan tertentu dalam konteks bernegara. Inilah yang disebut sebagai jabatan publik atau jabatan umum dan pejabat publik atau pejabat umum.⁴⁸ Lebih lanjut dikatakan kualitas individu itu sebagai organ negara ditentukan oleh fungsinya. Individu tersebut dapat disebut sebagai organ negara, karena ia menjalankan fungsi yang menciptakan hukum (*law-creating function*) atau fungsi yang menerapkan hukum (*law-applying function*).

⁴⁵ Jimly Ashiddiqie, *Perkembangan Dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Cet. Ket 2. Konstitusi Press, Jakarta, 2006, Hal. 26

⁴⁶ Ibid

⁴⁷ Djokosutono, *Hukum Tata Negara, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1959, Hal 15.*

⁴⁸ ibid

Setiap negara dijalankan oleh organ negara yang diatur dalam konstitusi dimaksudkan agar tercipta keseimbangan antara organ negara yang satu dengan lainnya (*check and balances*).

Secara umum, konstitusi dapat dikatakan demokratis mengandung prinsip dalam kehidupan bernegara yaitu salah satunya adanya pembagian kekuasaan berdasarkan trias politica dan adanya kontrol serta keseimbangan lembaga-lembaga pemerintahan.

Pemahaman mengenai organ negara dikenal dengan trias politica yang berarti bahwa kekuasaan negara dilaksanakan oleh tiga cabang kekuasaan yaitu kekuasaan eksekutif, kekuasaan legislatif, kekuasaan yudikatif. Ketiga cabang kekuasaan tersebut diatur dan ditentukan kewenangannya oleh konstitusi.

Secara definitif alat-alat kelengkapan negara atau lazim disebut lembaga negara adalah institusi-institusi yang bentuk guna melaksanakan fungsi-fungsi negara. Sebagaimana pengertian di atas maka dalam penerapan sistem ketatanegaraan Indonesia menganut *separation of power* (pemisahan kekuasaan).

Pada sistem ini terdapat 3 macam cabang kekuasaan yang terpisah, yaitu eksekutif dijalankan oleh Presiden, legislatif dijalankan oleh DPR, dan yudikatif dijalankan oleh MA. Pada masa sekarang prinsip ini tidak lagi dianut, karena pada kenyataannya tugas dari lembaga legislatif membuat undang-undang, telah mengikutsertakan eksekutif dalam pembuatannya. Sebaliknya pada bidang yudikatif, prinsip tersebut masih dianut, untuk menjamin kebebasan dan memberikan keputusan sesuai dengan prinsip negara hukum.⁴⁹

Istilah pemisahan kekuasaan dalam bahasa Indonesia merupakan terjemahan dari konsep *separation of power* berdasarkan teori trias politica menurut pandangan Montesque, harus dipisahkan dan dibedakan secara struktural dalam organ-organ negara yang tidak saling mencampuri dan urusan organ negara lainnya.⁵⁰

Selain konsep pemisahan kekuasaan juga dikenal dengan konsep pembagian kekuasaan (*distribution of power*). Arthur Mass membagi pengertian pembagian kekuasaan dalam 2 (dua) pengertian yaitu:

- *Capital division of power*, yang bersifat fungsional; dan
- *Territorial division of power*, yang bersifat kewilayahan⁵¹

Muh Kusnardi dalam bukunya juga menyebutkan bahwa: kegunaan dari prinsip *trias politica* yaitu untuk mencegah adanya konsentrasi kekuasaan di bawah satu tangan dan prinsip *checks and balances* guna mencegah adanya campur tangan antar badan, sehingga lembaga yang satu tidak dapat

⁴⁹ Yusril Ihza Mahendra, *Dinamika Tata Negara Indonesia: Kompilasi Masalah Konstitusi*, Dewan Perwakilan Dan Partai Politik, Gema Insani Press, Jakarta, 1996, Hal 122

⁵⁰ Jimly Ashiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jilid II, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, hal 15

⁵¹ Rachmat Trijono, *Dasar-Dasar Ilmu Pengetahuan Perundang-undangan*, Papis Sinar Sinanti, Depok Timur, 2013, Hal 14

melaksanakan kewenangan yang dilakukan oleh lembaga lain. Hal ini sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam konstitusi.⁵²

Hal ini dapat dibedakan penggunaan istilah pembagian dan pemisahan kekuasaan itu dalam konteks yang berbeda, yaitu konteks hubungan kekuasaan secara vertikal dan secara horizontal. Dalam konteks vertikal, pembagian dan pemisahan kekuasaan dimaksudkan untuk membedakan kekuasaan pemerintah atasan dan pemerintah bawahan, seperti halnya negara federal atau antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah bagi negara kesatuan.

Proses penyelenggaraan negara menurut UUD, maka harus dipahami tentang prinsip pemisahan dan pembagian kekuasaan dan perlu dicermati karena sangat mempengaruhi hubungan dan mekanisme kelembagaan antar lembaga negara. Dengan penegasan prinsip tersebut, sekaligus untuk menunjukkan ciri konstitusionalisme yang berlaku dengan maksud untuk menghindari adanya kesewenang-wenangan kekuasaan.

Konsep pembagian kekuasaan menurut UUD 1945 sebelum amandemen yaitu bahwa kedaulatan tertinggi ada ditangan MPR sebagai lembaga tertinggi negara. Sistem pembagian kekuasaan menurut UUD 1945 sebelum amandemen dapat dianggap sebagai pengertian yang bersifat vertikal. Sedangkan setelah amandemen UUD 1945 sistem yang dianut adalah sistem pemisahan kekuasaan berdasarkan prinsip check and balances.⁵³

Perubahan UUD 1945 yang telah dilakukan sebanyak 4 (empat) kali maka lembaga negara yang dapat merumuskan politik hukum nasional ada 2 (dua) lembaga negara yaitu MPR dan DPR. MPR dapat merumuskan politik hukum dalam bentuk UUD 1945, sebagaimana diatur dalam Pasal 3 ayat (1) UUD 1945 yang menyebutkan bahwa MPR berwenang mengubah dan menetapkan UUD. Jimly Ashiddiqie menyebutkan bahwa kata mengubah dan menetapkan merupakan bahwa kegiatan tersebut tidak dapat dipisahkan dengan kegiatan mengubah.

Pemahaman kekuasaan negara juga tidak lepas dari konsep organ negara selaku lembaga pelaksana kekuasaan negara. Setiap organ negara mempunyai kewenangan yang diatur dalam konstitusi. Mengenai keberadaan organ negara ada 2 (dua) unsur pokok yang saling berkaitan yaitu organ dan *functie*. Organ adalah bentuk atau wadah, sedangkan *functie* adalah gerakan suatu wadah yang sesuai dengan maksud pembentukannya.⁵⁴

Organ atau lembaga negara yang kewenangannya diatur dalam konstitusi dapat menjalankan fungsinya sebagaimana kewenangan yang melekat pada organ tersebut. Sehingga organ yang satu tidak dapat menjalankan kewenangan organ lainnya dan dapat mencegah terjadinya sengketa kewenangan antar organ negara.

⁵² Kusnardi Muh. dan Bintan R Saragih; Susunan Pembagian Kekuasaan menurut Sistem Undang-Undang Dasar 1945, PT Gramedia, Jakarta, 1983, Hal 31

⁵³ Muh Kusnardi, Loc.Cit, Hal 20, lihat juga dalam Dahlan Thalib, Teori dan Hukumn Konstitusi, Rajawali Press, Jakarta, 2001, Hal 29.

⁵⁴ Jimly Asshiddiqie, Sengketa Konstitusional Lembaga Negara, Konstitusi Press, Jakarta, 2006, Hal 45.

Dalam UUD 1945, tiap organ negara ada yang disebutkan namanya secara eksplisit dan ada pula yang disebutkan secara eksplisit hanya fungsinya. Selain itu, ada juga lembaga atau organ yang disebutkan baik nama maupun fungsinya yang kemudian diatur dengan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah.⁵⁵

Sistem kelembagaan negara dengan mekanisme check and balances menjadikan kelembagaan negara terpisah antara kekuasaan yang satu dengan kekuasaan yang lainnya. Pengaturan lembaga negara diatur dalam konstitusi sebagaimana bentuk dan fungsi lembaga tersebut. Konstitusi merupakan dasar hukum peraturan perundang-undangan tertinggi.

Sesuai dengan prinsip bahwa negara Indonesia menganut sistem pemisahan kekuasaan (*separation of power*). Dengan sistem pemisahan kekuasaan ini lembaga negara menjadi kekuasaan yang dinisbatkan sebagai fungsi lembaga negara yang sederajat dan saling mengendalikan satu sama lainnya.⁵⁶ Maka lembaga negara mempunyai kewenangan yang terpisah dari dengan lembaga negara lainnya. Hal ini dimaksudkan agar tidak adanya monopoli kekuasaan terhadap kewenangan lembaga negara lain, sesuai dengan prinsip checks and balances.

Dalam UUD 1945 setidaknya terdapat beberapa lembaga negara yang disebutkan, diantaranya yaitu Presiden dan Wakil Presiden, DPR, DPD, MPR, MK, MA, BPK. Menteri dan Kementerian Negara, Tentara Nasional Indonesia, Kepolisian Negara Republik Indonesia, KY, KPU, Dewan Pertimbangan Presiden, Pemerintahan Daerah Provinsi, Gubernur Kepala Pemerintahan Daerah, DPRD Provinsi, Pemerintahan Daerah Kabupaten, Bupati Kepala Pemerintahan Daerah Kabupaten, DPRD, Pemerintahan Daerah Kota, Walikota Kepala Pemerintah Daerah Kota, DPR Kota, dan Satuan Pemda Khusus/istimewa.

Dari beberapa lembaga negara tersebut setidaknya ada beberapa lembaga negara yang kewenangnya diberikan oleh UUD 1945, yaitu Presiden dan/atau Wakil Presiden, DPR, DPD, MPR, MA, KY, MK, BPK, dan KPU. Selebihnya adalah lembaga negara yang hanya disebutkan dalam UUD dan kewenangnya diatur lebih lanjut oleh Undang-Undang, seperti KPI dengan UU No. 32 Tahun 2002, Bank Sentral dengan UU No.10 Tahun 1990, KPPU dengan UU No. 5 Tahun 1999, Komisi Nasional HAM, dan lain sebagainya.⁵⁷

Setelah perubahan UUD 1945, banyak sekali pengertian lembaga negara yang kita temukan didalamnya. Baik dalam UUD 1945 maupun UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi tidak memaparkan dengan jelas apa/siapa yang dimaksud dengan lembaga negara yang kewenangnya diberikan oleh UUD hingga menimbulkan multi tafsir, yaitu:

⁵⁵ ibid

⁵⁶ Jimly ashiddiqie, Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia, diterbitkan atas kerjasama Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia dan Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Hal 58

⁵⁷ Maruarar Siahaan, Hukum Acara Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, Hal 37

1. Penafsiran luas yaitu mencakup semua lembaga negara yang namanya tercantum dalam dan kewenangannya diberikan oleh UUD 1945, yaitu: MPR, Presiden/Wakil Presiden, DPR, DPD, BPK, KPU, MA, KY, MK, Gubernur, DPRD Provinsi, Bupati/Walikota, DPRD Kabupaten/Kota, TNI dan Polri;
2. Penafsiran moderat adalah mencakup semua lembaga negara sebagaimana disebut dalam penafsiran luas dikurangi TNI dan Polri;
3. Penafsiran sempit yakni lembaga negara yang dikenal sebagai lembaga tertinggi negara dan lembaga tinggi negara ditambah dengan DPD, MK, dan KY.⁵⁸
4. Ada pula kelompok lembaga-lembaga negara yang memang murni ciptaan undang-undang yang tidak memiliki apa yang disebut di atas sebagai "*constitutional importance*". Misalnya, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) yang juga dibentuk berdasarkan undang-undang, tetapi agak jauh untuk mengkaitkannya dengan prinsip "*constitutional importance*". Di samping itu, apa pula lembaga-lembaga negara lainnya yang dibentuk berdasarkan peraturan yang lebih rendah daripada undang-undang, seperti misalnya Komisi Nasional Ombudsman (KNO) yang baru dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden (Sekarang baca: Peraturan Presiden). Dalam praktek, ada pula beberapa lembaga daerah yang dapat pula disebut sebagai varian lain dari lembaga negara yang dibentuk berdasarkan Peraturan Daerah. Semua itu dapat disebut sebagai lembaga negara, tetapi bukan lembaga yang memiliki "*constitutional importance*", sehingga tidak dapat dikategorikan sebagai lembaga negara yang bersifat konstitusional dalam arti luas.⁵⁹

E. Pengisian Jabatan

Menurut Logemann⁶⁰, dalam hukum tata negara positif jabatan muncul sebagai pribadi. Malahan jabatan adalah pribadi yang khas bagi hukum tata negara. Hukum tata negara itu tidak lain daripada keseluruhan norma khusus, yang berlaku bagi tingkah laku orang-orang yang dibedakan daripada orang lain hanya oleh karena mereka adalah pemangku suatu jabatan negara. Di mana saja dalam hukum tata negara, jabatanlah yang dibebani kewajiban dan yang dijadikan berwenang untuk melakukan perbuatan hukum. Kewajiban dan hak bekerja terus, dengan tidak menghiraukan pergantian pejabat. Perbuatan hukum yang tidak dapat dicabut lagi tetap mengikat pengganti pemangku jabatan. Perbuatan hukum yang masih dapat dicabut oleh pengganti pejabat sama seperti hal itu dapat dicabut oleh yang melakukan perbuatan hukum itu (selama ia masih memangku jabatan itu).

⁵⁸ A Mukti Fajar, Sang Pengembala, Perjalanan Hidup dan Pemikiran Hukum A. Mukti Fajar (Hakim Konstitusi Periode 2003-2008), Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2008, Hal 12

⁵⁹ Jimly Ashiddiqie, Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, Hal 33

⁶⁰ Logmann, Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif, Ikhtiar Baru, hal 117-118

Syarat-syarat yang ditetapkan oleh pemangku jabatan yang satu menjadi dipenuhi secara sah terhadap penggantinya dan seorang pengganti kedua dan seterusnya. Pembatalan surat keputusan pemangku jabatan lama dapat menimbulkan kewajiban bagi penggantinya untuk mengadakan surat keputusan baru dengan memperhatikan alasan-alasan pembatalan itu. Kontinuitas melekatkan pada identitas jabatan. Dengan demikian jabatan tinggal tetap, tetapi pejabatlah silih berganti.

Selanjutnya dalam hubungan ini, jabatan diwakili oleh pemangku jabatan. Hal ini berarti bukan saja penanggung jawab jabatan, tetapi juga unsur psikis seperti kesesatan, itikad buruk, pengetahuan. Sampai berapa jauh unsur-unsur tersebut memegang peranan adalah di luar pengkajian ini.

Dengan demikian, jabatan itu dapat bertindak sebagai pihak dalam hukum acara, misalnya pada peradilan administrasi. Demikian pun tidak dapat diragukan bahwa jabatan itu mempunyai domisili (kedudukan, kantor).

1. Batas Sampai Dimana Jabatan dapat Dipakai

Untuk suatu jabatan, dipandang perlu bahwa dalam kenyataan sosial dapat dikatakan suatu fungsi dari organisasi negara, yaitu suatu lingkungan kerja yang terperinci dalam hubungan secara keseluruhan. Menurut Logemann bahwa jika orang hendak berbicara tentang suatu lingkungan kerja, maka harus dipenuhi dua syarat: yaitu perincian secara lengkap dan keawetan.⁶¹ Sesungguhnya tanpa suatu perincian secara lengkap dan kontinuitas, maka tidak dapat dijelaskan tentang adanya organisasi maupun tentang adanya organisasi maupun tentang adanya fungsi-fungsi dalam organisasi.

Suatu organisasi tidak mungkin terdiri dari suatu mekanik lingkungan kerja yang tetap digaris-batasi untuk selama-lamanya. Pada satu sisi lingkungan kerja suatu fungsi sering dijumpai perincian yang lebih baik dengan penunjukan tujuan yang lebih kabur daripada oleh suatu penyebutan tugas secara khusus kasus demi kasus dengan tegas. Pada sisi lain sistem fungsi-fungsi di dalam organisasi itu. Fungsi-fungsi tersebut terutama mempunyai tugas untuk melayani kegiatan yang baru muncul.

Pada kegiatan yang sering silih berganti seperti sering terjadi pada beberapa perusahaan yang mengalami pasang surut, terdapat kombinasi ketiadaan keawetan dan ketiadaan penggarisan batas. Penugasannya kepada fungsi-fungsi yang tetap adalah tidak mungkin; maka disitu terlihat seorang fungsionaris yang memimpin, yang dalam jangka waktu pendek akan menentukan tugas suatu staf.

Dalam hukum tata negara positif ditampakkan bayangan perhubungan-perhubungan ini. Ada jabatan dengan sebutan tugasnya satu demi satu yang sangat teliti dan yang lain bertugas terutama untuk mencapai tujuan tertentu lagi pula jabatan yang fungsinya terutama digaris batasi dalam

⁶¹ Logmann (terjemahan Makkatutu dkk, Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif, Ikhtiar Baru, Hal 121.

perhubungan berotoritas dengan jabatan lain. Tidak ada jabatan yang lingkungan kerjanya lebih rumit dilaksanakan daripada pemerintah, oleh karena dalam hal ini kegiatannya sebagai pemimpin organisasi berketetapan dengan plastisitas tujuan negara sendiri.

Ditambahkan bahwa kegiatan yang tidak tetap misalnya kegiatan seorang pemilih dalam pemilihan umum untuk memilih Presiden ataupun anggota parlemen yang dilaksanakan satu kali dalam lima tahun, dan karena ketiadaan keawetan sehingga menolak pemikiran tentang suatu jabatan. Namun demikian norma-norma yang menguasai kegiatan itu termasuk hukum tata negara, sebab kegiatan itu bersangkutan paut dengan organisasi negara, yaitu cara menempati jabatan Presiden atau jabatan sebagai anggota parlemen.

Dasar teori untuk menjelaskan tentang batas sampai di mana jabatan dapat dipakai, yang menurut penulis dapat disebut kompetensi jabatan atau lingkungan kuasa berlakunya kewenangan jabatan adalah teori Logemann yang disebutnya sebagai ajaran pegangan.⁶² Bahwa untuk menandai lapangan di mana norma hukum itu berlaku, dan secara abstrak “memegang wilayah”. Teori ini mengupas cara bagaimanakah baik waktu, maupun ruang, demikian pula kelompok pribadi dapat bertindak sebagai pembatasan berlakunya norma hukum positif itu.

Ajaran pegangan ruang suatu hukum positif tidak dapat dianggap sudah selesai dengan suatu lukisan wilayah negara yang ditentukan menurut sejarah dengan disertai perjanjian batas dan penunjukan sampai dimanakah menurut hukum internasional. Penguasaan atas perairan teritorial itu dan usaha teritorial itu dapat berlaku. Dalam hubungan ini perlu diadakan penyelidikan pada norma-norma dan bagaimanakah batas itu diolah di dalamnya (sebagai peristiwa hukum, sebagai penentuan lebih lanjut tentang kosekuensinya yang mungkin baru akan muncul dalam norma penegakannya).

Begitu pula ajaran-ajaran pribadi dibahas dengan melukiskan figur-figur kedudukan yang terpenting, yang memegang peranan di dalamnya seperti: kewarganegaraan dan kependudukan.

Bahwa kategori waktu, masih memegang peranan dalam berbagai fungsi selain dari pegangan waktu. Batas tersebut serentak memisahkan dan mempersatukan. Hal ini pasti berlaku bagi tertib suatu hukum positif, korelat suatu tertib pergaulan tertentu, terhadap mana sesungguhnya dikostatir bahwa ia selalu dalam keadaan terbuka, selalu berhubungan dengan kehidupan sosial di luar. Demikianlah maka di belakang ajaran pegangan tersusunlah pegangan suatu hukum antar tertib hukum ialah tertib hukum antar negara, tertib hukum antar daerah.

Tentang ajaran pegangan yang dikemukakan oleh Logemann yaitu waktu, ruang, dan pribadi, apabila dikaitkan dengan pendapat Hans Kelsen

⁶² Ibid

ketika ia menjelaskan tentang kompetensi negara sebagai bidang validitas material dari tata hukum nasional bahwa keberlakuan tata hukum nasional bagi ruang, waktu dan individu-individu tertentu timbul pertanyaan tentang masalah-masalah yang dapat diatur oleh tata hukum ini. Selanjutnya ia menyatakan bahwa tata hukum nasional dapat mengatur perbuatan manusia dalam urusan-urusan dan menurut derajat-derajat yang sangat berbeda semakin luas masalah yang diatur oleh tata hukum, semakin luas bidang validitas materialnya semakin luas kompetensi negara.⁶³

Apabila pendapat Hans Kelsen tersebut dikaitkan dengan pendapat Logemann dalam hal lingkup kewenangan (kompetensi kaidah hukum), maka dapat diketahui bahwa lingkungan kuasa berlakunya hukum (kompetensi) mencakup empat hal yaitu tentang ruang, waktu, pribadi/individu, dan perbuatan manusia dalam urusan-urusan (soal/hal).

2. Lahir dan Lenyapnya Jabatan

a. Lahir Jabatan

Tentang lahirnya jabatan menurut Logemann sulit dipikirkan selain dari kaidah-kaidah tentang kewenangan untuk membentuknya. Jabatan itu disediakan untuk mewakili oleh mereka sebagai pribadi. Dalam sifat perbuatan pembentukan, hal ini akan dinyatakan dengan jelas dalam peraturan hukum positif.⁶⁴ Menunjuk kepada suatu maksud selama waktu pendek, sebenarnya tidak menyatakan apa-apa tentang sifat jabatan melainkan hanya sesuatu tentang kedudukan hukum pemangku-pemangku jabatan yang diperuntukkan bagi jabatan itu.

b. Lenyapnya Jabatan

Sering ditemukan penggabungan dua jabatan dengan isi yang sama, akan tetapi dengan wilayah yang berlainan. Apakah dalam hal ini dilenyapkan dua pribadi-jabatan dan telah muncul satu yang baru? Ataukah hanya satukah yang lenyap, dan yang lain hidup terus dengan wilayah yang diperluas. Sejalan dengan itu terdapat kesulitan pada pemisahan. Apakah pribadi jabatan lama dikuburkan lalu dilahirkan dua pribadi-jabatan baru? Apakah pribadi-jabatan lama hidup terus dalam keadaan yang diperkecil dan terjadikah satu pribadi-jabatan baru? Dan siapakah diantara keduanya dalam perihal yang dimkasud berwenang bahwa dialah yang merupakan pendukung kontinuitas?

Pertanyaan-pertanyaan ini perlu digunakan dalam hal bahwa setiap jabatan pendukung kewajiban dan hak mempunyai suatu kekayaan, yang diatur peralihannya jika kepribadian-jabatan itu ditiadakan. Apabila ada barang dan uang yang menurut sesuatu cara dikuasai oleh jabatan guna menunaikan kewajibannya, yaitu arsip-arsip dan sebagainya. Mungkin berlaku juga secara khusus regime-regime hukum, yang menciptakan dan penghapusannya termasuk wewenang

⁶³ Hans Kelsen (Dialih bahasa oleh Somardi), Teori Hukum Murni Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Hukum Empirik-Deskriptif, Rindi Press, 1995, Hal 242.

⁶⁴Ibid Hal 129

jabatan. Sebagai contoh adalah Departemen Perindustrian dan Perdagangan sekarang ini, yang dahulu merupakan dua departemen yang terpisah (melebur menjadi satu departemen); serta Departemen Penerangan yang dahulu ada kemudian sekarang ini ditiadakan; demikian pula lembaga Negara lainnya seperti Dewan Perwakilan Rakyat dan Mahkamah Konstitusi yang merupakan Lembaga Negara yang baru diadakan (sebelumnya belum pernah ada di Indonesia).

3. Cara Menempati Jabatan

Setiap jabatan, harus ditempati oleh seorang manusia; pribadi, yang merupakan jabatan, harus diwakili oleh seorang manusia. Inilah pemangku jabatan. Hukum Tata Negara positif harus memuat norma-norma yang menggambarkan pelbagai jabatan, bagaimana caranya seorang tertentu digolongkan sebagai pemangku yang sah daripada suatu jabatan tertentu.

Menurut Logemann, metode untuk menempati jabatan adalah banyak. Seperti Hukum Tata Negara Hindia Belanda mengenal cara pewarisan, pengangkatan, pemilihan dan pemangkuan karena jabatan (pada gabungan jabatan yang dipegang seorang), serta metode lain yang ada menurut sejarah ialah undian, penggantian giliran menurut susunan tingkatan tertentu dan bentuk campuran.⁶⁵

Sebagai bahan bandingan mengenai cara menentukan pejabat, Maurice Duverger dalam bukunya *Les Regimes Politiques* di dalam buku Sri Sumantri, menyatakan bahwa ada bermacam-macam cara penentuan pejabat, yaitu:

- a. Perbuatan kekuasaan
- b. Berdasarkan keturunan
- c. Kooptasi
- d. Undian
- e. Pemilihan

- Cara-cara tersebut kemudian digolongkannya dalam 2 kategori yaitu:
- a. Penyerahan pemilihan orang-orang Pangreh (Pejabat oleh pen); tersebut kepada orang-orang yang di-reh (yang diperintah/rakyat oleh pen).
 - b. Sebaliknya yaitu, yang hendak menjauhkan orang-orang yang di-reh dari pemilihan orang-orang pangreh. Hal ini dilakukan oleh mereka yang berkuasa.

Kategori yang pertama dinamakan cara yang demokratis, sedangkan cara yang kedua merupakan cara yang otokratis. Di samping itu masih ada kemungkinan cara campuran, yaitu sebagian demokratis dan sebagian lagi otokratis, atau yang merupakan cara peralihan dari yang satu kepada yang lain.⁶⁶

⁶⁵ Logemann (terjemahan Makkututu dkk., Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif, Ichtiar Baru, Hal 130.

⁶⁶ Sri Soemantri, Tentang Lembaga-Lembaga Negara Menurut UUD 1945, Citra Aditya Bakti, Bandung 1993, hal 16-17

Selanjutnya dikatakan tentang perebutan kekuasaan, yaitu merupakan cara pertama-tama dilakukan untuk menjatuhkan seorang penguasa. Ditinjau dari sudut ini, maka orang yang pertama menjadi raja, kaisar atau apapun namanya, pada mulanya adalah seorang prajurit yang bernasib mujur. Perbuatan kekuasaan ini dapat dilakukan melalui macam-macam cara (variasi/modaliteit) yaitu:

- a. *Revolution*: yaitu suatu perebutan kekuasaan dengan mempergunakan kekuatan dari rakuat banyak
- b. *Coup d'état* yaitu suatu perebutan kekuasaan dengan menggunakan kekuasaan Pemerintah lama dengan tujuan menggulingkan pemerintah lama tersebut dan menggantikannya.
- c. Misalnya: peristiwa 3 juli 1947 di Yogyakarta yang dilakukan oleh Jenderal Sudarsono, Tan Malaka, Moh. Yamin untuk menggulingkan Pemerintah yang ada.
- d. *Pronunciamento* : adalah suatu coup d'état dengan menggunakan kekuatan militer, misalnya: perebutan kekuasaan di Pakistan yang dilakukan oleh Jenderal Jahya Khan terhadap Pemerintah Jenderal Ayoub Khan.⁶⁷

Selanjutnya, penentuan pejabat berdasarkan keturunan, cara-cara penetapan orang-orang yang akan diberi kekuasaan melalui keturunan ini mempunyai sifat-sifat otokratis. Akan tetapi cara yang demikian ini dalam suatu kerajaan sudah merupakan cara yang umum, artinya adalah merupakan konsekuensi di dalam kerajaan itu sendiri.

Tentang cara kooptasi adalah penunjukan calon pejabat oleh mereka yang berkuasa. Pengangkatan atau penunjukan pejabat ini dapat berlaku terhadap seseorang ataupun beberapa orang. Dalam sejarah ketatanegaraan cara-cara penggantian yang demikian ini misalnya masih dapat kita lihat di dalam suatu negara yang menganut sistem diktator, yaitu adanya usaha di diktator tadi untuk mencari penggantinya.

Tentang cara undian, bahwa pengangkatan seorang pejabat melalui undian ini terjadi apabila di dalam menentukan siapa yang akan menjadi pejabat, menemui kemacetan ataupun karena tidak mendapatkan cara lain yang lebih baik.

Dengan jalan pemilihan, bahwa ada satu cara pengangkatan seorang pejabat oleh pejabat lain yang mempunyai bidang kekuasaan yang lain dari pejabat yang akan diangkat. Untuk dapat dikatakan, apakah pemilihan itu bersifat demokratis ataukah otokratis, hal ini bergantung kepada pejabat yang melakukan pengangkatan itu timbul dari suatu pemilihan, maka pengangkatan itu dikatakan demokratis dan sebaliknya bila tidak demikian, maka hal itu akan cenderung pada sifat yang otokratis.⁶⁸

⁶⁷ Sri Soemantri, *Ibid*, Hal. 17

⁶⁸ *Ibid* 18-21

Jabatan terus menerus harus terjamin dan pejabat sebagai perwakilannya yang terus menerus harus terjamin pula. Untuk itu norma hukum tentang cara menempati jabatan saja pada dasarnya tidak cukup, karena pejabat tersebut didapat terhalang entah jangka waktu lama atau singkat oleh berbagai keadaan untuk menjalankan tugasnya. Dapat terjadi misalnya ia gugur dengan tiba-tiba sebelum seorang pengganti dapat bertindak secara teratur. Oleh karena itu hukum positif mengandung norma tentang penggantian sementara pemangku jabatan itu.

Hukum positif harus berisi kaidah tentang kehilangan syarat-syarat kecakapan si pemangku jabatan. Kaidah bagi pelbagai figura, ump, turun tahta, menyatakan berhenti, pemberhentian, berakhirnya masa jabatan, kehilangan persyaratan menurut hukum, tetapi dapat pula misalnya pemindahan. Dengan demikian kemungkinan-kemungkinan tersebut memperlihatkan bahwa kemungkinan kehilangan jabatan oleh perbuatan hukum, kehilangannya demi hukum dan dengan menyatakan syarat-syarat yang sah bagi kehilangan jabatan harus diatur dalam norma-norma hukum positif, misalnya untuk jabatan Presiden, Gubernur, Bupati/Walikota.

4. Jabatan dan Pemangku Jabatan (Perwakilan)

Suatu jabatan memerlukan perwakilan; pemangku jabatan itulah yang bertindak dalam kedudukan sebagai perwakilan. Ia berbuat dalam kedudukannya atas nama jabatan. Oleh karena itu maka masalah pertama ialah bagaimana membedakan apakah suatu perbuatan orang yang bersangkutan tidak ataukah dapat dianggap sebagai perbuatan atas jabatan itu. Menurut Logemann untuk membedakan apakah suatu perbuatan dari seorang yang bersangkutan dianggap sebagai perbuatan atas nama jabatan atau tidak.⁶⁹ Dikenal upaya formil untuk menampilkan hal ini, akan tetapi upaya-upaya itu tidak disusun lebih lanjut sampai menjadi suatu sistem yang mengikat, yang dapat disebut ialah penggunaan nama jabatan, stempel jabatan, ikut sertanya tanda-tangan sekretaris, dan sebagainya. Melakukan perbuatan yang termasuk lingkungan kerja jabatan hanya tegas nyata secara definitif, jika perbuatan itu tidak serentak dapat dikira-kira sebagai perbuatan pribadi. Pada umumnya yang penting ialah menyatakan dan/atau memperhatikan dalam bentuk apapun dan/atau membangkitkan keyakinan pada kawan-sepergaulan, bahwa jabatanlah yang berbuat, bahwa diadakan suatu perbuatan adalah untuk jabatan itu.

Suatu pertanyaan yang menyusul ialah apakah si wakil (pemangku jabatan) berwenang untuk mewakilkan jabatan itu kepada orang lain. Dalam hal inilah terletak soal delegasi yang terkenal (bagian masalah itu adalah masalah tentang pertalian antara peraturan dan pelaksanaan). Ia bukan saja berperan untuk perbuatan jabatan berdasarkan hukum publik, tetapi juga untuk yang berdasarkan hukum perdata. Delegasi sering menyusup melalui penggantian karena berhalangan: penanda-tanganan atas

⁶⁹ Opcit, Hal. 134

nama pemangku-jabatan. Dalam hal ini juga perlu ditempatkan figur-substitutif (pengganti) yang diangkat untuk mewakili jabatan itu dengan sepenuhnya di bawah pimpinan pemangku-jabatan, inilah jabatan dengan pemangku-jamak yang perlu dibedakan dengan jabatan-majemuk.

Selanjutnya termasuk dalam hal ini soal pertanggung jawaban bagi perbuatan orang-orang yang bertindak seolah-olah mereka adalah pemangku-jabatan (pemangku-jabatan yang tidak berwenang), dalam hal ini berlakunya perbuatan itu sebagai perbuatan jabatan. Dengan sendirinya hal ini terjadi sepanjang jabatan itu memikul kesalahan atas perbuatan pura-pura itu, misalnya karena adanya cacat dalam pengangkatan.

Tentang pertanggung jawaban bagi wajib hukum jabatan yang tidak ditepati oleh pemangku-jabatan, serta bagi perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh pemangku-jabatan. Bahwa hukum positif kita mengatur tentang pertanggungjawaban, jika pemangku-jabatan itu berbuat dalam lingkungan wewenangnya.

5. Jabatan dan Pemangku Jabatan (Hubungan Dinas dengan Negara)

Pemangku jabatan wajib menempati lingkungan kerja jabatan untuk mewakili jabatan. Sesuai dengan kewajiban yang mengenai pribadinya. Serta bersedia menerima akibat jika terjadi pengabaian atas kewajiban dan wewenangnya serta hal-hal yang menjadi imbalannya.

Dengan demikian pemangku jabatan pada pokoknya mempunyai beberapa kewajiban yang menurut Logemann, kewajiban pemangku jabatan⁷⁰ adalah sebagai berikut:

- a. Bahwa si pemangku-jabatan dengan sepatutnya berusaha untuk melakukan pekerjaan jabatan dalam keseluruhannya. Apa yang diakibatkan oleh kepatutan itu kadang-kadang dapat diperinci dalam suatu peraturan masa kerja, tetapi sering kali tidak demikian, kewajiban untuk setia, atau dengan kata lain pemangku-jabatan harus merupakan pemangku-jabatan yang baik.
- b. Pemangku-pemangku sepatutnya menghasilkan pekerjaan yang baik mutunya.
- c. Dalam perbuatan jabatannya si pemangku-jabatan hendaknya dituntun oleh norma-norma – baik ketentuan hukum maupun asas-asas hukum yang berlaku bagi jabatan.

Kepribadian privat si pemangku-jabatan tidak hanya untuk urusan pengabdian kepada pekerjaan jabatannya, akan tetapi berkewajiban supaya jangan sampai mengguncangkan kepercayaan pergaulan dalam menjalankan jabatannya. Oleh karena itu terdapat tuntutan terhadap kelakuan baik pemangku jabatan, tuntutan kelakuan baik terhadap keluarganya dan bahkan tuntutan terhadap martabat sosialnya.

⁷⁰ Logemann (terjemahan Makkatutu dkk, Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif, Ichtar Baru, Hal. 137

Dalam hubungan ini diperlukan sumpah jabatan sebagai sumpah kesetiaan, oleh karena itu diperlukan sumpah jabatan sebagai sumpah kesetiaan, oleh karena itu diperlukan pula ketentuan hukum tentang disiplin. Upaya pejabat untuk mengoreksi apabila ada hukuman jabatan yang menimpa dirinya, maka ketentuan-ketentuan hukum positif harus pula mengatur tentang keberatan, mengajukan gugatan pada Pengadilan Tata Usaha Negara bahkan sampai ke Mahkamah Agung.

Sebaliknya, bahwa pejabat berhak mendapatkan keuntungan bagi pemangku-jabatan sebagai balas jasa yang dinilai dengan uang dalam berbagai bentuk (ganti rugi, gaji, pensiun, rumah-jabatan, dsb) dan hak-hak lainnya.

Tentang hubungan dinas dengan negara sebenarnya layak dibicarakan pada perbuatan hukum dan hubungan hukum, akan tetapi lahir dan lenyapnya sering tidak dapat dibedakan. Hal ini tidak mengherankan, jika dipikirkan, bahwa hubungan dinas itu seakan-akan dibina dari unsur-unsur pribadi semata-mata berasal dari hubungan pemangku-jabatan dengan jabatannya dan bahwa dalam praktek pengangkatan dalam suatu jabatan serta memasuki hubungan dinas dengan organisasi (negara) sering masih bersamaan terjadinya. Hubungan dinas dengan negara terjadi apabila seorang mengikat diri rela diangkat dalam jabatan-jabatan tertentu yang kurang lebih sejenis, dengan balas jasa dalam bentuk gaji dan keuntungan pribadi yang lain.

6. Jabatan Majemuk

Jabatan dapat merupakan jabatan-pemangku-tunggal, yaitu jabatan-jabatan pemangku-jamak dan jabatan-majemuk, majelis. Menurut Logemann jabatan-majemuk, majelis.⁷¹ Disini terdapat sejumlah pemangku-jabatan, tetapi yang bukan masing-masing bagi dirinya mewakili jabatan, melainkan hanya dalam hubungan kerjasama. Sebagai keputusan jabatan hanya berlaku suatu perumusan yang dihasilkan oleh mereka dalam kerjasama.

Hal yang perlu diatur dalam hukum positif adalah prosedur pembentukan keputusan, disebabkan oleh karena jabatan harus berbuat, dengan demikian harus mengeluarkan keputusan.

Dapat terjadi bahwa hukum positif hanya mengatur pokok-pokok untuk jabatan- majemuk itu dan menyerahkan perinciannya diserahkan kepada jabatan-majemuk itu di dalam peraturan tata tertibnya, namun demikian untuk sebahagian cara bekerjanya berdasarkan praktek yang diterima sebagai norma-norma hukum.

Pembentukan keputusan itu terbagi dalam permusyawaratan (yaitu antara sejumlah orang bertukar pikiran) dan pengambilan keputusan. Mungkin terjadi bahwa anggota-anggota jabatan-majemuk itu hanya mengambil bagian dalam permusyawaratan, tetapi tidak dalam pengambilan keputusan. Pada jabatan yang terdiri atas dua anggota, pengambilan

⁷¹ Ibid, Hal 141

keputusan itu berdasarkan persesuaian faham, untuk selanjutnya diterbitkan suatu keputusan. Tentang persyaratan suatu anggota majelis harus turut serta dalam permusyawaratan dan pengambilan keputusan serta sejauh manakah terletak batas tidak-hadiran yang diperkenankan (*quorum*). Hal-hal tersebut perlu pengaturan karena harus ada jaminan, bahwa semua anggota dapat mengambil bahagian dalam pembentukan keputusan, dan ketentuan untuk mengadakan rapat (sidang) secara sah. Serta ketentuan tentang penetapan acara tersebut perlu mendapat pula pengaturan.

Adapun **Prosedur Pengangkatan Hakim Konstitusi** dalam UU No. 7 Tahun 2020 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, sebagai berikut:

Pasal 18

- (1) Hakim konstitusi diajukan masing-masing 3 (tiga) orang oleh Mahkamah Agung, 3 (tiga) orang oleh DPR, dan 3 (tiga) orang oleh Presiden, untuk ditetapkan dengan Keputusan Presiden.
- (2) Keputusan Presiden sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan dalam jangka waktu paling lambat 7 (tujuh) hari kerja sejak pengajuan calon diterima Presiden.

Pasal 20

- (1) Ketentuan mengenai tata cara seleksi, pemilihan, dan pengajuan hakim konstitusi diatur oleh masing-masing lembaga yang berwenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 ayat (1).
- (2) Proses pemilihan hakim konstitusi dari ketiga unsur lembaga negara sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan melalui proses seleksi yang objektif, akuntabel, transparan, dan terbuka oleh masing-masing lembaga negara.

a. **Seleksi Calon Hakim Konstitusi Melalui Mahkamah Agung**

Salah satu lembaga negara yang berwenang mengajukan calon hakim konstitusi adalah MA. Mahkamah Agung merupakan pengadilan negeri tertinggi dari badan peradilan yang berada di dalam keempat lingkungan peradilan, yaitu peradilan umum, peradilan agama, peradilan militer, dan peradilan tata usaha negara.⁷² Sebagai lembaga negara bidang kekuasaan kehakiman, MA punya peran penting dalam mewujudkan MK sebagai peradilan konstitusi sebagaimana dicita-citakan oleh UUD 1945. Dalam praktek seleksi calon hakim konstitusi yang dilakukan oleh MA selalu diikuti oleh calon-calon dari internal MA sendiri. Calon hakim konstitusi yang berasal dari MA diikuti oleh antara lain hakim agung dan hakim tinggi. Sejak periode pertama tahun 2003 sampai dengan periode tahun 2015 calon hakim konstitusi diisi oleh hakim-hakim karier MA. Praktik pengisian jabatan hakim konstitusi yang relatif ajeg dilakukan oleh MA.

⁷² Pasal 18 dan Pasal 20 ayat (2) UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman

b. Seleksi Calon Hakim Konstitusi Dewan Perwakilan Rakyat

Dewan Perwakilan Rakyat merupakan salah satu lembaga negara yang berwenang mengusulkan calon hakim konstitusi. Dewan Perwakilan Rakyat telah beberapa kali melakukan fit and proper test terhadap calon hakim konstitusi. DPR telah mengawasi mekanisme seleksi calon hakim konstitusi secara terbuka dengan membentuk panitia seleksi yang berwenang menyeleksi calon hakim konstitusi melalui pintu DPR.

Berdasarkan Pasal tersebut di atas maka diturunkanlah ke dalam Undang-Undang No. 13 Tahun 2019 tentang Perubahan Ketiga atas Undang-Undang No. 17 Tahun 2014 tentang Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.

Pada Pasal 190, menyatakan bahwa: Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pengajuan dan pemberian persetujuan atau pertimbangan atas calon untuk pengisian jabatan diatur dalam Peraturan DPR tentang Tata Terib.

Selanjutnya pada Pasal 226 dalam Peraturan DPR No.1 Tahun 2020 tentang Tata Tertib, menyatakan bahwa:

- (1) Dalam hal peraturan perundang-undangan menentukan agar DPR mengajukan, memberikan persetujuan, atau memberikan pertimbangan atas calon untuk mengisi suatu jabatan, rapat paripurna DPR menugasi Badan Musyawarah untuk menjadwalkan dan menugaskan pembahasannya kepada komisi terkait.
- (2) Tata cara pelaksanaan seleksi dan pembahasan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditetapkan oleh komisi yang bersangkutan meliputi:
 - a. penelitian administrasi
 - b. penyampaian visi dan misi;
 - c. uji kelayakan (fit and proper test);
 - d. penentuan urutan calon; dan/atau
 - e. pemberitahuan kepada publik, baik melalui media cetak maupun media elektronik.
- (3) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf c dikecualikan terhadap pengisian jabatan yang oleh undang-undang ditentukan hanya memberikan persetujuan.

c. Seleksi Calon Hakim Konstitusi Melalui Presiden

Presiden sebagai kepala negara dan sekaligus sebagai kepala pemerintahan juga mempunyai kewenangan untuk mengajukan calon hakim konstitusi. Terkait dengan penentuan hakim konstitusi tersebut, presiden mempunyai tata cara seleksi atau mekanisme dalam pemilihan hakim konstitusi. Seleksi calon hakim konstitusi yang dilakukan oleh Presiden(Pemerintah) sejak tahun 2003 sampai dengan tahun 2015 bervariasi. Periode pertama dimulai dengan cara penunjukan dan pemilihan kepada calon hakim konstitusi. Kemudian pemilihan calon

hakim konstitusi periode berikutnya dengan cara fit and proper test dan membentuk panitia seleksi.

F. Teori Kewenangan

Kewenangan adalah apa yang disebut "kekuasaan formal" kekuasaan yang berasal dari kekuasaan yang diberikan oleh undang-undang atau legislatif, karena merupakan kekuasaan dari golongan orang tertentu atau kekuasaan terhadap suatu bidang pemerintahan atau urusan pemerintahan tertentu yang bulat. Sedangkan wewenang hanya mengenai suatu bagian tertentu saja dari kewenangan. Wewenang (*authority*) adalah hak untuk memberi perintah, dan kekuasaan untuk meminta dipatuhi.

Kewenangan diperoleh oleh seseorang melalui 2 (dua) cara yaitu dengan atribusi atau dengan pelimpahan wewenang (delegasi). Atribusi adalah wewenang yang melekat pada suatu jabatan. Dalam tinjauan Hukum Tata Negara, atribusi ini ditujukan dalam wewenang yang dimiliki oleh organ negara dalam menjalankan tugasnya berdasarkan kewenangan yang dibentuk oleh konstitusi maupun pembuat undang-undang. Atribusi ini menunjuk pada kewenangan asli atas dasar konstitusi (UUD) atau peraturan perundang-undangan.

Pelimpahan wewenang penyerahan sebagian dari wewenang pejabat atasan kepada bawahan tersebut membantu dalam melaksanakan tugas-tugas kewajibannya untuk bertindak sendiri. Pelimpahan wewenang ini dimaksudkan untuk menunjang kelancaran tugas dan ketertiban alur komunikasi yang bertanggung jawab, dan sepanjang tidak ditentukan secara khusus oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pendelegasian diberikan biasanya antara organ pemerintah satu dengan pemerintah lain, dan biasanya pihak pemberi wewenang memiliki kedudukan lebih tinggi dari pihak yang diberikan wewenang. Hal ini tercermin dalam kedudukan MPR memberikan delegasi kewenangan dalam menjaga dan menafsirkan konstitusi berdasarkan UUD 1945 pada MK⁷³ baik wewenang yang diperoleh berdasarkan atribusi maupun berdasarkan pelimpahan sama-sama harus terlebih dahulu dipastikan bahwa yang melimpahkan benar memiliki wewenang tersebut dan wewenang itu benar ada berdasarkan konstitusi atau peraturan perundang-undangan.⁷⁴

Perbedaan delegasi dan mandat adalah jika delegasi terdapat pelimpahan wewenang, kewenangan tidak dapat dijalankan secara insidental oleh organ yang memiliki wewenang asli, terjadi peralihan tanggungjawab, harus berdasarkan Undang-Undang, dan harus tertulis, sedangkan jika Mandat terdapat perintah untuk melaksanakan, kewenangan dapat sewaktu-waktu dilaksanakan oleh mandataris, tidak terjadi peralihan tanggung jawab, tidak harus dengan Undang-Undang, dan dapat tertulis atau lisan.

⁷³ Moh. Mahfud m+MD, Politik Hukum di Indonesia, Pustaka LP3ES; Jakarta, 1998, hal 376.

⁷⁴ R.Sri Soemantri M, Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia, Penerbit Alumni; Bandung, 1992, hal 29

Kewenangan memiliki kedudukan penting dalam kajian hukum tata negara dan hukum administrasi negara. Ada banyak istilah dan definisi dari kewenangan yang dikemukakan oleh pakar, diantaranya menurut P. Nicolai bahwa:⁷⁵

Pendapat juga dikemukakan oleh P.de Haan yang menyebutkan bahwa wewenang pemerintahan tidaklah jatuh dari langit akan tetapi oleh hukum (*overheidsbevoegdheden komen niet uit de lucht vallen, zij worden door het recht genormeerd*)⁷⁶

Kewenangan adalah kemampuan untuk melakukan tindakan hukum tertentu yaitu tindakan-tindakan yang dimaksudkan untuk menimbulkan akibat hukum dan mencakup mengenai timbul dan lenyapnya hukum. Hak berisi kebebasan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu atau menurut pihak lain untuk melakukan tindakan tertentu, sedangkan kewajiban memuat keharusan untuk melakukan atau tidak melakukan tindakan tertentu.

Menurut Bagir Mannan bahwa:⁷⁷

Wewenang dalam bahasa hukum tidak sama dengan kekuasaan (*match*) kekuasaan hanya menggambarkan hak untuk berbuat atau tidak berbuat. Dalam hukum. Wewenang sekaligus berarti hak dan kewajiban (*rechten en plichten*) dalam kaitan dengan otonomi daerah, hak mengandung pengertian kekuasaan untuk mengatur sendiri (*zelfregelen*) dan mengelola sendiri (*zelfbesturen*), sedangkan kewajiban secara horizontal berarti kekuasaan untuk menyelenggarakan pemerintahan sebagaimana mestinya. Vertikal berarti kekuasaan untuk menjalankan pemerintahan dalam satu tertib ikatan pemerintahan negara secara keseluruhan.

Menurut Ridwan H.R bahwa “sering dengan pilar utama negara hukum, yaitu asas legalitas (*legaliteitsbeginsel* atau *het beginsel van wetmatigheid van bestuur*), maka berdasarkan prinsip ini terseirat bahwa wewenang pemerintahan berasal dari peraturan perundang-undangan, artinya sumber wewenang bagi pemerintahan adalah peraturan perundang-undangan. Secara teoretis, kewenangan yang bersumber dari peraturan perundang-undangan tersebut diperoleh melalui 3 (tiga) cara yaitu atribusi, delegasi, dan mandat.⁷⁸

Mengenai atribusi, delegasi, dan mandat ini H.D. Van Wijk/Willem Konijnenbekt mendefinisikan sebagai berikut:

- a. *Atributif: toekening van een bestuursbevoegheid door een wet aan een bestuursorgaan*, (atribusi adalah pemberian wewenang pemerintahan oleh pembuat undang-undang kepada organ pemerintahan);
- b. *Delegatie: overdracht van een bevoegheid van ene bestuursorgaan aan een ander*, (delegasi adalah pelimpahan wewenang

⁷⁵ Ridwan H.R, Hukum Administrasi Negara, PT. Raja Grafindo Persada; Jakarta, 2006, hal 102

⁷⁶ Aminuddin Ilmar, Hukum Tata Pemerintahan (Jakarta:Prenada Group 2018), hal 79.

⁷⁷ Ridwan H.R., Op.cit

⁷⁸ Ibid, Hal 103-104

pemerintahan dari satu organ pemerintahan kepada organ pemerintahan lainnya);

- c. *Mandaat: een bestuursorgaan laat zijn bevoegheid namens hem uitoefenen door een ander*, (mandat terjadi ketika organ pemerintah mengizinkan kewenangannya dijalankan oleh organ lain atas namanya).

Dalam hukum administrasi negara, wewenang dapat diperoleh secara atribusi, delegasi, dan mandat. Wewenang secara atribusi adalah pemberian wewenang yang baru kepada suatu jabatan berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan atau aturan hukum. Wewenang secara delegasi merupakan pemindahan/pengalihan wewenang yang ada berdasarkan suatu peraturan perundang-undangan atau aturan hukum. Dan mandat sebenarnya bukan pengalihan atau pelimpahan wewenang, tetapi lebih karena yang berkompeten berhalangan.

G. Independensi Kekuasaan Kehakiman

Dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia tidak ditemukan definisi daripada independen tetapi memiliki padanan kata yakni mandiri⁷⁹, kemandirian, bebas yang memiliki makna tidak memiliki ikatan pada pihak lain dalam melakukan segala bentuk aktifitasnya, bebas, otonom, ketidak berpihakan, kemandirian, atau hal lain yang memiliki persamaan makna tidak memiliki ketergantungan pada organ atau lembaga lain, dan dapat menjalankan tindakan sendiri termasuk dalam membuat suatu keputusan.

Kemerdekaan kekuasaan kehakiman yang dipersamakan dengan istilah "Independensi" kekuasaan kehakiman (Bagir Manan, 2005 : 24), tidak terlepas dari ajaran Montesquieu mengenai tujuan serta perlunya pemisahan kekuasaan lembaga negara, yaitu untuk menjamin adanya dan terlaksananya kebebasan politik (political liberty) anggota masyarakat negara (Bagir Manan, 199: 2). Montesquieu membagi kekuasaan negara menjadi tiga kekuasaan, yaitu legislatif, eksekutif, dan yudikatif. Ketiga kekuasaan negara ini berada dalam fungsi dan tugas yang berbeda-beda dan ketiganya berdiri sendiri tanpa saling mempengaruhi satu sama lainnya (Ahmad Mujahidin, 2007: 16). Kekuasaan yudikatif yang dimaksud oleh Montesquieu sesuai dengan doktrin pemisahan kekuasaan (separation of powers) adalah kekuasaan kehakiman yang merdeka, berdiri sendiri, terlepas dari kekuasaan lembaga negara lainnya.

Independensi personal hakim (Persoonlijke of rechtspositionele onafhankelijkheid) adalah mengenai kebebasan hakim secara individu ketika berhadapan dengan suatu sengketa. Brenninkmeijer mengatakan: "De zakelijke onafhankelijkheid moen worden gezien als een uitvloeisel van de persoonlijke onafhankelijkheid. Ik denk dat men eerder van het omgekeerde kan spreken, aangezien de zakelijke onafhankelijkheid direct betrekking heft of de invulling van constitutioneel toegedachte taken". (Terjemahan bebasnya: Independensi

⁷⁹ Kamus Besar Bahasa Indonesia, edisi ketiga. Departemen Pendidikan Nasional, (Jakarta: Balai Pustaka, 2005), hlm 655

fungsional harus dilihat sebagai hasil dari independensi personal hakim. Saya berpendapat bahwa orang dapat saja berbicara lebih dahulu secara kebalikannya, melihat independensi personal memiliki hubungan langsung dengan tugas-tugas yang ditetapkan oleh konstitusi).⁸⁰

Dalam praktik, doktrin pemisahan kekuasaan secara mutlak antara cabang kekuasaan legislatif, eksekutif dan terutama kekuasaan yudikatif, tidak mungkin dapat dilaksanakan terutama dalam hubungan antara fungsi legislatif dan eksekutif. Namun, dalam konteks fungsi kekuasaan kehakiman seperti yang diinginkan Montesquieu itu justru menjadi pegangan universal di dunia. Karena itu, prinsip the independence of judiciary menjadi salah satu ciri terpenting setiap

Batasan mengenai ruang lingkup merdeka, adalah bahwa kekuasaan kehakiman adalah kekuasaan negara yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan berdasarkan Pancasila, demi terselenggaranya negara hukum Republik Indonesia. Independensi kekuasaan kehakiman merupakan syarat utama demokrasi dalam hal tersebut terkandung penekanan bahwa independensi kekuasaan kehakiman harus terdapat dalam hubungan dengan eksekutif dan legislatif sebagaimana juga dalam hubungan dengan kelompok-kelompok politik, ekonomi, atau penekanan sosial yang dikemukakan oleh Macsonald, Matscher dan Petzold.⁸¹

Jika frase kata independen atau kemandirian dilekatkan dengan kekuasaan Kehakiman, maka yang dimaksudkan adalah suatu kondisi yang menunjukkan suatu kehendak yang bebas terhadap lembaga kekuasaan kehakiman yang Merdeka, dimana makna merdeka adalah berdiri sendiri; bebas dari penghambatan; penjajahan dan sebagainya, tidak terkena tuntutan; leluasa; tidak terikat; tidak tergantung pada pihak tertentu atau *freedom of independency judiciary* yang tidak terbatas dalam organ struktural dan fungsional. kekuasaan kehakiman yang merdeka atau independen itu bersifat universal. Ketentuan universal sebagaimana diatur dalam *The Universal Declaration of Human Rights*, Pasal 10 mengatakan: *Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal in the determination of his rights and obligation of any criminal charge against him.* Dalam artian secara bebas (Setiap orang berhak dalam persamaan sepenuhnya didengarkan suaranya di muka umum dan secara adil oleh pengadilan yang merdeka dan tak memihak, dalam hal menetapkan hak-hak dan kewajiban-kewajibannya dan dalam setiap tuntutan pidana yang ditujukan kepadanya).

Independensi konstitusional (*Constitutionale onafhankelijkheid*) adalah independensi yang dihubungkan dengan doktrin trias politica dengan sistem pembagian kekuasaan menurut Montesquieu lembaga kehakiman harus

⁸⁰ FAHMIRON, Independensi Dan Akuntabilitas Hakim Dalam Penegakan Hukum Sebagai Wujud Independensi Dan Akuntabilitas Kekuasaan Kehakiman, Jurnal Litigasi, Vol. 17(2), 2016, 3467–3516

⁸¹ Jimly Asshiddiqie, Komisi Yudisial dan Reformasi Keadilan, ELSAM, Jakarta, 2004. hlm 51

independen dalam arti kedudukan kelembagaannya harus bebas dari pengaruh politik.⁸²

Menurut Paulus Effendi Lotulung, kekuasaan kehakiman yang independen tidak sebebas-bebasnya tanpa ada batasannya secara absolut, melainkan kekuasaan kehakiman itu terutama diikat dan dibatasi oleh rambu-rambu menurut aturan-aturan hukum itu sendiri, tidak melanggar hukum dan bertindak sewenang-wenang; selanjutnya kebebasan kekuasaan kehakiman itu diikat pula dengan pertanggungjawaban atau akuntabilitas, integritas moral dan etika, transparansi, pengawasan (kontrol), profesionalisme dan impartialitas (Paulus Effendi Lotulung, 2003).

alam menjalankan tugas judisialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun juga, baik karena kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi). Untuk menjamin keadilan dan kebenaran, tidak diperkenankan adanya intervensi ke dalam proses pengambilan putusan keadilan oleh hakim, baik intervensi dari lingkungan kekuasaan eksekutif maupun legislatif ataupun dari kalangan masyarakat dan media massa. Demikian juga hakim dalam menjalankan tugasnya, tidak boleh memihak kepada siapa pun juga kecuali hanya kepada kebenaran dan keadilan. Namun demikian, dalam menjalankan tugasnya, proses pemeriksaan perkara oleh hakim juga harus bersifat terbuka, dan dalam menentukan penilaian dan menjatuhkan putusan, hakim harus menghayati nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Hakim tidak hanya bertindak sebagai 'mulut' undang-undang atau peraturan perundang-undangan, melainkan juga 'mulut' keadilan yang menyuarakan perasaan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat (Jimly Asshiddiqie, 2005 : 11 – 12).

Proses mengadili suatu perkara, seorang hakim sebagai aparat penegak hukum yang memeriksa, mengadili dan memutus perkara termasuk dalam hal ini perkara pidana, akan selalu dihadapkan pada tugas untuk menilai bukti-bukti yang dihadapkan kepadanya kemudian mendapatkan keyakinan dari hati nuraninya.

Kebebasan hakim dalam menemukan hukum tidak lepas dari masalah antara lain dalam banyak kasus yang sama ternyata hakim memutuskan dengan putusan yang berbeda-beda, sehingga menyebabkan adanya kebingungan pada masyarakat. Selain itu, kebebasan dalam melakukan penemuan hukum rentan terhadap subjektivitas hakim yang bermuara pada ketidakadilan. Atas dasar itu, maka lembaga yudikatif sebagai salah satu pilar dari negara hukum yang demokratis memiliki konsekuensi terhadap penyelenggaraan kekuasaan kehakiman yang tidak saja independen, tetapi juga memiliki akuntabilitas demi tegaknya keadilan, kepastian, dan ketertiban hukum, yang merupakan tujuan utama hukum itu sendiri.

⁸² Manan, Bagir, dan Kuntana Magnar, 1997, Beberapa Masalah Hukum Tata Negara Indonesia, Bandung: Akumni. Hlm 77

H. Pengisian Jabatan Hakim Konstitusi Di Beberapa Negara

Di dalam negara hukum, terdapat satu kesatuan bangunan sistem hukum yang lazimnya berjenjang, sebagaimana dikemukakan Hans Kelsen sebagai *stufenbau theory*, yang berpuncak pada konstitusi atau Undang-Undang Dasar sebagai hukum tertinggi negara.⁸³ Kedudukan konstitusi sebagai hukum tertinggi tersebut diperoleh karena sifat demokrasi dari konstitusi itu sendiri, yaitu bahwa konstitusi merupakan perjanjian atau kesepakatan luhur seluruh warga negara bangsa yang memegang kekuasaan tertinggi atau kedaulatan. Di dalam konstitusi itulah nilai-nilai demokrasi bersemayam, sehingga dapat dikatakan, demokrasi merupakan gagasan dasar yang melandasi konstitusi dan begitu sebaliknya, konstitusi menjadi dasar legitimasi demokrasi. Keseimbangan dari perpaduan antara konstitusi dan demokrasi pada perkembangannya diyakini akan menciptakan sistem pemerintahan demokrasi konstitusional.⁸⁴

Negara demokrasi konstitusional atau negara yang berdasar konstitusi dan demokrasi, diartikan sebagai sebuah tatanan demokrasi yang berdasar atas hukum, bercirikan kekuasaan pemerintahan yang terbatas, serta tidak dibenarkan bertindak sewenang-wenang terhadap warga negaranya. Pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah tersebut tercantum secara jelas dalam konstitusi. Oleh karena itu, negara demokrasi konstitusional menghendaki dan meniscayakan supremasi konstitusi. Artinya, aturan-aturan atau norma-norma dasar dalam konstitusi menjadi dasar dalam penyelenggaraan negara dan kehidupan masyarakat, yang umumnya dilaksanakan melalui pembentukan dan penegakan aturan hukum sebagai dasar bagi semua bentuk penyelenggaraan negara, termasuk dalam pengisian jabatan hakim konstitusi.

Pengisian jabatan hakim konstitusi di dunia tentu mempunyai metode atau tata cara yang berbeda-beda. Perbedaan pengisian jabatan hakim konstitusi tersebut juga dapat disebabkan karena sistem hukum yang berbeda antara negara yang satu dengan negara yang lainnya. Namun demikian, perbedaan sistem tersebut juga dapat dijadikan perbandingan (*comparation*) dalam rangka untuk mendapatkan sistem yang diinginkan (ideal). Sesuatu yang hendak dicapai dalam perbandingan hukum tata negara, menurut Jimly Ashiddiqie,⁸⁵ adalah penemuan prinsip-prinsip konstitusi dan konstitusionalisme yang bersifat universal dan/atau pendalaman pemahaman atau pengertian mengenai prinsip-prinsip konstitusi dan konstitusionalisme atau konstitusi-konstitusi negara lain sebagai pembanding.

Sebagaimana telah ditegaskan bahwa salah satu tujuan mengkomparasikan sistem hukum adalah untuk menemukan sistem hukum yang ideal dan baik sesuai dengan sistem hukum dalam suatu negara. Hukum

⁸³ Maria Farida Indrati, Ilmu Perundang-Undangan, Jenis, Fungsi dan Materi Muatan, Yogyakarta, Kanisius, 2007, hal 44

⁸⁴ Kepaniteraan dan Sekjen MK, Negara Demokrasi Konstitusional: Praktek dan Pengalaman di 21 Negara, Jakarta, Sekjen MK, 2012, HAL XVII.

⁸⁵ Jimly Asshddiqie, Catatan Tentang Perbandingan Hukum Tata Negara, Catatan Tentang Perbandingan Hukum Tata Negara (*comparative constitutional law*), Jakarta, Pusat Studi Hukum Tata Negara, Universitas Indonesia, 2002, hal 1.

komparasi sangat penting dalam hubungannya dengan penyesuaian hukum, yaitu dengan sengaja membuat agar peraturan hukum pada dua sistem atau menjadi lebih serupa. Hukum komparatif juga sangat penting dalam kaitannya dengan penggabungan hukum, yaitu, dengan sengaja memasukkan peraturan-peraturan hukum yang identik kedua sistem hukum atau lebih. Proses penggabungan sistem hukum tersebut memang bukan pekerjaan yang mudah. Kesulitan tersebut bukan hanya karena banyaknya perbedaan opini, tetapi juga karena kurangnya pemahaman akan cara pemikiran hukum dan konsep-konsep hukum satu sama lain.⁸⁶ Oleh karena itu, disinilah hukum komparatif akan sangat berguna, meskipun dengan segala kesulitan yang timbul berkaitan dengan penyesuaian dan penggabungan sistem hukum. Setiap negara tentu mempunyai pengalaman bernegara yang beragam. Kondisi keanekaragaman tersebut menciptakan sistem yang berbeda-beda di setiap negara, termasuk pengisian jabatan penyelenggaraan negara.

Pengisian jabatan penyelenggaraan negara, dalam hal ini jabatan penyelenggara kekuasaan kehakiman, setiap negara mempunyai tata cara dan mekanisme yang berbeda di dalam melakukan seleksi pejabat pelaksana kekuasaan kehakiman, yaitu hakim. Hakim, termasuk hakim konstitusi adalah pejabat pelaksana kekuasaan kehakiman untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. Upaya untuk melakukan penataan terhadap mekanisme seleksi pimpinan lembaga negara terutama hakim konstitusi sebagai pimpinan lembaga negara, MK.⁸⁷ Perlu dilakukan dilakukan. Penataan tersebut harus dilakukan secara bersama dengan lembaga terkait sebagai upaya untuk melakukan penataan sistem pengisian jabatan pada lembaga negara itu sendiri. Oleh karena itu, penataan seleksi pimpinan lembaga negara tersebut (hakim konstitusi) perlu dilakukan dengan tolak ukur yang jelas. Penataan tersebut dapat dilakukan dengan menarik inti dari kewenangan lembaga negara tersebut ke dalam teori mengenai tiga kekuasaan utama dalam suatu negara yaitu Teori Trias Politika yang dipopulerkan oleh Montesquieu. Menurut teori tersebut kekuasaan yudikatif merupakan kekuasaan yang mempunyai fungsi mengadili undang-undang.

Pembahasan mengenai seleksi pimpinan lembaga negara, termasuk Mahkamah Konstitusi mencakup banyak hal, mulai dari pembahasan mengenai kriteria dan kualifikasi dari kandidat, prinsip-prinsip dalam melakukan seleksi, proses seleksi termasuk di dalamnya mengenai partisipasi dan mengenai kelembagaan yang menyelenggarakan seleksi. Demikian pula mengenai komposisi dari lembaga atau badan yang akan melakukan seleksi calon. Pola seleksi pimpinan lembaga negara MK, yaitu hakim konstitusi, selama ini tidak ada tolak ukur yang menjadi landasan mengapa pimpinan lembaga negara MK, dalam hal ini hakim konstitusi diserahkan kepada ketiga lembaga yang bersangkutan, yaitu MA, DPR, dan Presiden.

⁸⁶ Michael Bogdan, *Pengantar Perbandingan Sistem Hukum*, diterjemahkan oleh Derta Sri Widowatie, Bandung Nusa Media, 2010, hal 22

⁸⁷ Pasal 24 ayat (2) UUD NRI Tahun 1945

Sudah menjadi orientasi negara demokrasi, setiap negara yang ada di dunia ini selalu menganut, mengatur, dan mengukur dengan sendirinya akan mengembangkan sistem pemerintahan dan ketatanegaraannya. Oleh karena itu, setiap negara mempunyai konsistensi dengan Undang-Undang Dasar atau konstitusi yang menjadi falsafah bangsa, aturan, dan penegakan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Sistem pemerintahan dan ketatanegaraan suatu negara secara substantif dapat dilihat dalam UUD yang dianut suatu negara. Sebagai bahan perbandingan (*comparation*) dalam mekanisme pengisian jabatan hakim konstitusi di beberapa negara

1. Struktur dan Kewenangan Austria

Anggota Mahkamah Konstitusi Austria (*Verfassungsgericht*) terdiri dari Presiden, Wakil Presiden, dan dua belas hakim anggota lainnya.⁸⁸ Di samping itu, *Verfassungsgericht* juga memiliki enam orang hakim konstitusi pengganti. Seluruh hakim konstitusi secara formal diangkat atas rekomendasi Presiden Federal. Presiden dan Wakil Presiden *Verfassungsgericht*, beserta tujuh hakim anggota ditambah tiga hakim pengganti lainnya diangkat setelah memperoleh rekomendasi dari Pemerintahan Federal. Sedangkan tujuh anggota sisanya maupun tiga anggota pengganti diangkat berdasarkan rekomendasi dari dua kamar dalam parlemen (tiga hakim tetap dan dua hakim pengganti oleh Majelis Nasional, sedangkan dua hakim dan satu hakim pengganti lainnya oleh Majelis Federal).

- Persyaratan

Tugas utama MK Austria adalah menjaga dan mengawal ketaatan terhadap konstitusi yang juga mencakup perlindungan terhadap hak-hak dasar warga negara. Hal ini dibutuhkan untuk menguji konstitusionalitas UU Federal dan negara bagian serta untuk memeriksa keabsahan tata cara oleh badan administratif atau konstitusionalitas keputusan tertinggi oleh badan administratif dan jika dimungkinkan untuk mencabutnya. Oleh karena itu, MK Austria diisi oleh orang-orang yang mempunyai pengalaman bidang hukum konstitusi.

Syarat menjadi hakim konstitusi pada MK Austria harus berpendidikan sarjana hukum dan mempunyai pengalaman profesional dalam bidang hukum. Latar belakang hakim konstitusi berasal dari berbagai profesi (antara lain hakim, profesor pada universitas, atau pegawai negeri ditingkat federal dan provinsi, pengacara) dan berasal dari berbagai bagian di Austria serta berlatar belakang sosiologi politik yang berbeda. Sebagai seorang profesor pada universitas-universitas dapat terus menjalankan profesinya. Sehingga dapat terus memberikan kontribusi pengalaman spesifik tersebut. Jabatan sebagai hakim konstitusi MK Austria berakhir pada saat hakim konstitusi tersebut telah mencapai usia tujuh puluh tahun. Setiap warga negara yang menjabat sebagai anggota pemerintah di tingkat federal

⁸⁸ Jimly Ashiddiqie dan Mustafa Fakri, Mahkamah Konstitusi, Kompilasi Ketentuan Konstitusi, Undang-Undang dan Peraturan, Hal 86

atau bagian, anggota Dewan Nasional, Dewan Federal, anggota dewan provinsi atau dewan kotamadya dilarang menjadi anggota hakim konstitusi MK Austria. Hal ini juga berlaku untuk pengurus pada partai politik.

2. Jerman

Komposisi MK Federal Jerman terdiri dari 16 hakim konstitusi yang terdiri dari delapan hakim *Bundesverfassungsgericht* mengisi panel pertama dan delapan hakim lainnya menempati panel kedua. Mahkamah Konstitusi Jerman (*Bundesverfassungsgericht*) terdiri dari hakim-hakim federal maupun kelompok masyarakat lainnya. Keberadaan hakim federal dalam *Bundesverfassungsgericht*, menandakan bahwa organ penjamin konstitusi tersebut memiliki anggota yang berpengetahuan hukum khusus (*specialist*). Seiring dengan itu, keberadaan hakim yang lain menandakan pula eksistensi elemen-elemen politik dalam organ tersebut. Melalui *Federal Constitutional Court Art.*⁸⁹ ditentukan bahwa tiga dari delapan anggota masing-masing senat harus berasal dari pengadilan-pengadilan tertinggi federal. Di samping itu, kedua senat, yaitu *Bundestag dan Bundesrat*. Masing-masing memiliki kewenangan untuk menentukan delapan dari 16 hakim *Bundesverfassungsgericht*.

Durasi masa jabatan seorang hakim konstitusi adalah salah satu kali untuk 12 (dua belas) tahun masa jabatan. Oleh karena itu, hakim tidak dapat dipilih kembali. Prosedur pemilihan hakim konstitusi yang melibatkan Parlemen dapat mempertebal legitimasi demokratis para hakim.

- Persyaratan

Sebagaimana telah diuraikan di atas MK Jerman terdiri dari dua senat, masing-masing senat dengan delapan anggota hakim konstitusi Presiden dan Wakil Presiden sebagai ketua senat. Setiap senat terdiri dari beberapa Chambers yang masing-masing terdiri dari tiga anggota hakim konstitusi. Setiap hakim konstitusi dibantu oleh empat Panitera MK Jerman yang memiliki pengalaman bidang hukum. Setengah dari 16 anggota hakim MK Federal dipilih oleh *Bundestag* dan setengah lainnya oleh *Bundesrat*, *Bundestag dan Bundesrat* juga bergiliran dalam menentukan Presiden dan Wakil Presiden MK Austria. Dua pertiga mayoritas diperlukan dalam kedua pemilihan tersebut (*Bundestag dan Bundesrat*). Prosedur tersebut dimaksudkan untuk menjamin komposisi seimbang.

Dalam pengambilan keputusan, MK Federal Jerman banyak memperoleh keuntungan dari pengalaman yudisial anggota hakim konstitusi berasal dari pengadilan-pengadilan tersebut. Warga negara yang berusia minimal 40 tahun dan memenuhi syarat berhak menjadi calon hakim konstitusi sesuai dengan UU Jerman. Para hakim konstitusi dipilih untuk menjalani masa jabatan dua belas tahun atau sampai usia pensiun 68 tahun dan tidak dapat dipilih kembali.

⁸⁹ Dalam Constitution of Jerman

- Mekanisme Pengisian Jabatan Hakim Konstitusi

Mahkamah Konstitusi Jerman mempunyai 16 hakim konstitusi yang terbagi ke dalam dua Panel yang masing-masing beranggotakan delapan orang anggota hakim konstitusi. Pengisian jabatan hakim konstitusi di MK Jerman melibatkan Lembaga perwakilan yang meliputi Parlemen Negara Federal Jerman (*Bundestag*) dan Parlemen negara-negara bagian (*Bundesrat*). Hakim Konstitusi MK Jerman dipilih oleh Bundestag dan akan dipilih berdasarkan proposal oleh panitia seleksi tanpa perdebatan sebelumnya dan pemungutan suara dilaksanakan secara rahasia.

3. Korea Selatan

Korea Selatan sebagai rujukan perbandingan terakhir dalam pengisian jabatan hakim konstitusi didasari oleh pertimbangan-pertimbangan berikut. *Pertama*, Korea Selatan memiliki MK (MK Korea Selatan). *Kedua*, selama berlangsungnya pembahasan mengenai pembentukan MK Republik Indonesia, Panitia *Ad Hoc* Badan Pekerja Majelis Permusyawaratan Rakyat (PAH BP MPR RI) di samping melakukan studi banding ke Korea Selatan juga sempat mengundang hakim-hakim konstitusi negara tersebut dalam dengar pendapat di sela-sela persidangan Panitia Ad-Hoc Badan Pekerja Majelis Permusyawaratan Rakyat. *Ketiga*, hakim MK Korea Selatan berjumlah Sembilan hakim dan proses pengangkatan para anggotanya melibatkan tiga Lembaga negara yaitu Presiden Korea Selatan, Majelis Nasional, dan Ketua atau *Chief Justice* Mahkamah Agung serta masing-masing dari Lembaga negara tersebut mencalonkan tiga hakim.

- Struktur dan Kewenangannya

Secara organisasional MK Korea Selatan terdiri dari Sembilan hakim konstitusi. Untuk dapat dicalonkan sebagai hakim konstitusi MK Korea Selatan masing-masing calon hakim konstitusi harus berkualifikasi sebagai hakim konstitusi dan memahami persoalan hukum. Proses pengangkatan hakim konstitusi MK Korea Selatan itu sendiri melibatkan tiga Lembaga negara, yaitu Presiden Korea Selatan, Majelis Nasional, dan Ketua Mahkamah Agung, yang masing-masing dari institusi tersebut mencalonkan tiga hakim konstitusi. Masa jabatan seorang hakim konstitusi adalah Sembilan tahun dan setelah itu tidak dapat dipilih Kembali. Selanjutnya, Presiden MK Korea Selatan diangkat oleh Presiden Korea Selatan setelah memperoleh konfirmasi dari Majelis Nasional.

Mahkamah Konstitusi Korea Selatan baru dapat menyelenggarakan seluruh kewenangannya setelah Undang-Undang Mahkamah Konstitusi ditetapkan pada tahun 1988. Berdasarkan ketentuan yang tercantum dalam Pasal 111 ayat (1) Konstitusi Korea Selatan Tahun 1987, MK Korea Selatan mempunyai kewenangan yaitu mengadili konstitusionalitas suatu undang-undang atas permintaan pengadilan, pemakzulan, memutus pembubaran partai politik yang tidak konstitusional, menyelesaikan sengketa kewenangan antar Lembaga negara, dan memutus permohonan individual. Yuridiksi MK Korea

Selatan termasuk di dalamnya menguji undang-undang dan menerima pengaduan dari perseorangan.

- **Persyaratan**

Untuk dapat dipilih sebagai hakim konstitusi pada MK Korea Selatan seseorang harus memiliki pengalaman 15 tahun atau lebih, yaitu sebagai hakim, jaksa, atau pengacara; bekerja dalam bidang yang berhubungan dengan hukum di suatu badan pemerintahan, perusahaan publik atau perusahaan negara, badan yang dimodali negara atau badan lain setelah memperoleh lisensi atau izin praktek hukum; asisten professor di bidang hukum, serta berumur 40 tahun atau lebih. Pengalaman sebagai seorang hakim, jaksa, penuntut umum atau advokat yang telah menyelesaikan urusan hukum di Lembaga negara, perusahaan negara atau perusahaan publik dan lembaga public, serta seorang yang telah memegang jabatan sebagai asisten professor di sebuah perguruan tinggi (universitas) terakreditasi menjadi syarat untuk menjadin hakim konstitusi di MK Korea Selatan.

- **Mekanisme Pengisian Jabatan Hakim Konstitusi**

Hakim Konstitusi Korea Selatan diangkat oleh Presiden. Apabila masa jabatan hakim konstitusi berakhir atau telah mencapai masa pensiun, penggantinya harus diangkat sampai tanggal berakhir masa jabatannya atau tanggal di mana hakim konstitusi tersebut mencapai usia pensiun. Apabila kekosongan terjadi selama masa jabatan seorang hakim konstitusi, penggantinya diangkat dalam waktu 30 hari dari tanggal dimulainya kekosongan tersebut. Namun, apabila masa jabatan seorang hakim konstitusi yang dipilih oleh Majelis Nasional berakhir atau telah mencapai usia pension, atau di mana kekosongan terjadi selama penutupan atau penundaan Majelis Nasional, Majelis Nasional akan memilih penggantinya dalam 30 hari setelah dimulainya periode berikutnya.

Adapun yang dimaksud dengan Kenegarwanan,yaitu:

Mahkamah Konstitusi merupakan salah satu pelaku kekuasaan kehakiman yang mempunyai fungsi dan kewenangan yang diberikan oleh UUD 1945. Sebagai negarawan yaitu sebagai satu-satunya jabatan negarawan yang menguasai konstitusi dalam arti memahami dengan mendalam pelbagai aspek mengenai Undang-Undang Dasar Negara. Sebagai negarawan yang menguasai konstitusi, tentu yang dimaksud tidak hanya terbatas pada pengertian hukum konstitusi, tetapi juga etika konstitusi.⁹⁰

Beberapa hal yang mendukung munculnya calon negarawan sejati,⁹¹ yaitu sebagai berikut:

1. Sistem Pemerintahan yang solid, seorang negarawan sejati harus memiliki wawasan kebangsaan yang baik.

⁹⁰ Jimly Ashiddiqie, *Peradilan Etik dan Etika Konstitusi, Perspektif Baru Tentang Rule of Law Ethics dan Constitutional Etichs*, Jakarta, Sinargrafika, 2014, hal 229-230

2. Pemikiran yang kritis, terbuka, dan cerdas. Seorang calon negarawan sejati harus memiliki sikap yang kritis, terbuka, dan cerdas dalam konteks ini, seorang pemimpin bangsa mesti mau mendengar pendapat atau pandangan dari masyarakat, meskipun hal itu berseberangan. agar hal ini diterima, tentu ia juga harus kritis dan cerdas dalam menanggapi.
3. Jiwa kepemimpinan yang kuat, seorang negarawan sejati hendaknya dibekali kepemimpinan yang kuat. Artinya, ada saat-saat Ketika sebuah kebijakan harus diputuskan secara matang sehingga memerlukan pemikiran yang mendalam, tetapi ada pula kebijakan yang memang harus lahir dengan cepat, bahkan mungkin sedikit keras.

Selama ini, perdebatan di sekitar syarat “negarawan” sulit memberikan definisi secara konkret. Sebagian pihak berpandangan, negarawan adalah orang yang mampu menempatkan kepentingan negara di atas segalanya. Salah satu rujukan adalah Manuel L. Quezon, Presiden Filipina (1935-1944) menyatakan *“my loyalty to my party ends when my loyalty to my country begins”*. Sementara itu, sebagiannya memberikan pandangan lebih sederhana, negarawan adalah orang yang selesai dengan urusan dunianya.⁹²

Lebih lanjut, Jimly Ashiddiqie⁹³, menegaskan jika sikap kenegarawanan dikaitkan dengan sifat-sifat orang yang sudah selesai dengan dirinya, tentu orang yang bersangkutan diharapkan harus memusatkan perhatian hanya untuk kepentingan bangsa dan negara saja, bukan lagi urusan yang berkaitan dengan kepentingan pribadinya. Misalnya, seorang hakim konstitusi tidak seharusnya memiliki cita-cita untuk mendapatkan jabatan yang lebih tinggi sehingga dikhawatirkan akan menggunakan kedudukannya sebagai hakim konstitusi untuk mendapatkan keuntungan pribadi guna menggapai jabatan yang dicita-citakannya.

- Penguasaan Konstitusi dan Ketatanegaraan

Setelah berhasil melakukan perubahan konstitusional, tahapan selanjutnya yang harus dilakukan adalah pelaksanaan UUD 1945 yang telah diubah tersebut. Pelaksanaan uud 1945 meliputi berbagai aktivitas, mulai dari konsolidasi norma hukum hingga prakteknya, serta melibatkan segenap komponen bangsa baik penyelenggara negara maupun warga negara. Hal terkait dengan fungsi konstitusi yang tidak hanya mengatur masalah politik dan kelembagaan negara.

⁹³ Ibid

G. Asas Transparan, Partisipatif, Objektif, Akuntabel, dan Terbuka

Mahkamah Konstitusi di Indonesia secara filosofis telah memenuhi kriteria pembentukan MK di dunia. Dalam teori, jabatan adalah lingkungan kerja tetap yang berisi fungsi-fungsi tertentu yang secara keseluruhan akan mencerminkan tujuan dan tata kerja suatu organisasi. Kumpulan atau keseluruhan jabatan atau lingkungan kerja tetap inilah yang mewujudkan suatu organisasi.⁹⁴ Jabatan beserta fungsi-fungsi yang melekat atau dilekatkan padanya bersifat abstrak dan statis. Agar jabatan beserta fungsi-fungsi tersebut menjadi konkret dan bergerak mencapai sasaran atau tujuan, harus ada pemangku jabatan yaitu para pejabat, sebagai orang perorangan yang duduk atau didudukkan dalam suatu jabatan dengan tugas wewenang untuk merealisasikan berbagai fungsi jabatan tertentu.⁹⁵

Eksistensi masing-masing hakim konstitusi merupakan organ atau institusi yang otonom dan independent (merdeka), tidak mengenal hierarki (tingkatan) dalam pengambilan putusan sebagai pelaksana dari kewenangan konstitusionalnya. Dalam memeriksa, mengadili, dan memutus perkara di MK, ketua dan wakil ketua tidak dapat mempengaruhi pendapat para hakim lainnya, beituapun sebaliknya.⁹⁶

Dalam penjelasan Pasal 19 UU MK ditegaskan bahwa “Berdasarkan ketentuan ini, calon hakim konstitusi dipublikasikan di media massa baik cetak maupun elektronik, sehingga masyarakat mempunyai kesempatan untuk ikut memberikan masukan atas calon hakim yang bersangkutan”. Ketentuan ini cenderung mempersempit makna transparan dan partisipatif. Seolah-olah jika calon hakim konstitusi dipublikasikan di media massa baik cetak maupun elektronik lalu disimpulkan telah memenuhi asas transparan. Sedangkan partisipasi masyarakat hanya diartikan secara pasif dengan cukup memberi masukan atas calon hakim konstitusi yang bersangkutan.

• **Transparan**

Pengertian Transparansi Menurut (Sujarweni, 2015) Transparan adalah prinsip yang menjamin akses atau kebebasan bagi setiap orang untuk memperoleh informasi tentang penyelenggaraan pemerintahan, yakni informasi tentang kebijakan, proses pembuatan dan pelaksanaannya, serta hasil-hasil yang dicapai. Sedangkan menurut (Wida, 2016) Transparansi adalah memberikan informasi keuangan yang terbuka, jujur dan tidak diskriminatif kepada masyarakat berdasarkan pertimbangan bahwa masyarakat memiliki hak untuk mengetahui secara terbuka dan menyeluruh atas pertanggungjawaban pemerintah dalam pengelolaan kepadanya dan ketaatannya pada peraturan perundang-undangan.

Karakteristik Transparansi Prinsip transparansi pelaksanaannya harus terbuka pada setiap tindakannya, siap menerima kritikan atau masukan

⁹⁴ Bagir Manan, Teori dan Politik Konstitusi, Jakarta, FH-UUI, 2003, Hal 64

⁹⁵ Ibid

⁹⁶ Titik Trimulan Tutik, Konstruksi Hukum Tata Negara, Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945, Jakarta, Kencana, 2010, hal 223

serta dapat dipertanggungjawabkan, dan hal ini dapat dijelaskan pada karakteristik transparansi yang harus diperhatikan. Karakteristik transparansi menurut (Mardiasmo, 2009) yaitu:

- a. Informativeness (informatif): Pemberian arus informasi, berita, penjelasan mekanisme, prosedur data, fakta kepada stakeholders yang membutuhkan informasi secara jelas dan akurat.
- b. Openess (keterbukaan): Keterbukaan informasi publik memberi hak kepada setiap orang untuk memperoleh informasi dengan mengakses data yang ada di badan publik, dan menegaskan bahwa setiap informasi publik itu harus bersifat terbuka dan dapat diakses oleh setiap pengguna informasi publik.
- c. Disclosure (pengungkapan): Pengungkapan kepada masyarakat atau publik (stakeholders) atas aktivitas dan kinerja finansial. Pengungkapan sendiri dibedakan menjadi dua, yaitu pengungkapan wajib dan pengungkapan sukarela.

- **Prinsip-Prinsip Transparansi**

Adapun prinsip-prinsip transparansi, yaitu:

- a. Adanya informasi yang mudah dipahami dan diakses
- b. Adanya publikasi dan media mengenai proses kegiatan dan detail pendaftaran
- c. Website atau media organisasi
- d. Pedoman dalam penyebaran informasi

- **Indikator Transparansi**

Menurut (Shafratunnisa, 2015) dalam penelitiannya menyebutkan bahwa indikator transparansi adalah sebagai berikut:

- a. Adanya musyawarah yang melibatkan masyarakat
- b. Adanya akses informasi dan keterbukaan yang jelas mengenai perencanaan dan pelaksanaan
- c. Adanya akses informasi dan keterbukaan yang jelas mengenai pertanggungjawaban.

- **Partisipatif**

- a. Partisipasi masyarakat menekankan pada “partisipasi” langsung warga dalam pengambilan keputusan pada lembaga dan proses pemerintahan. Gaventa dan Valderma dalam Siti Irene Astuti D. (2009:34-35) menegaskan bahwa partisipasi masyarakat telah mengalihkan konsep partisipasi menuju suatu kepedulian dengan berbagai bentuk keikutsertaan warga dalam pembuatan kebijaksanaan dan pengambilan keputusan di berbagai gelanggang kunci yang mempengaruhi kehidupan warga masyarakat. Pengembangan konsep dan asumsi dasar untuk meluangkan gagasan dan praktik tentang partisipasi masyarakat meliputi :

- 1) Partisipasi merupakan hak politik yang melekat pada warga sebagaimana hak politik lainnya. Hak itu tidak hilang ketika ia memberikan mandat pada orang lain untuk duduk dalam pemerintah

dalam arti luas (eksekutif, yudikatif dan legislatif). Sedangkan hak politik, sebagai hak asasi, tetap melekat pada setiap individu yang bersangkutan.

- 2) Partisipasi langsung dalam pengambilan keputusan mengenai kebijakan publik di lembaga-lembaga formal dapat untuk menutupi kegagalan demokrasi perwakilan. Demokrasi perwakilan masih menyisakan beberapa kelemahan yang ditandai dengan keraguan sejauh mana orang yang dipilih dapat merepresentasikan kehendak masyarakat.

Partisipasi masyarakat dapat meningkatkan kepercayaan publik terhadap penyelenggaraan dan lembaga. Dengan melibatkan warga dalam proses pengambilan keputusan maka diharapkan kepercayaan publik terhadap pemerintah dapat terus ditingkatkan, dan meningkatnya kepercayaan warga dipercaya sebagai indikator penting bagi menguatnya dukungan dan keabsahan pemerintah yang berkuasa. Partisipasi masyarakat merupakan keterlibatan anggota masyarakat dalam pembangunan dan pelaksanaan (implementasi) program atau proyek pembangunan yang dilakukan dalam masyarakat lokal. Partisipasi masyarakat seharusnya memiliki ciri-ciri bersifat proaktif dan bahkan reaktif (artinya masyarakat ikut menalar baru bertindak), ada kesepakatan yang dilakukan oleh semua yang terlibat, ada tindakan yang mengisi kesepakatan tersebut, ada pembagian kewenangan dan tanggung jawab dalam kedudukan yang setara.

- **Objektif**

Seorang hakim haruslah bertindak obyektif, memperhatikan konsensus-konsensus sosial, memelihara kepercayaan masyarakat, dan menggunakan beragam sarana, meliputi penggunaan interpretasi, pengembangan hukum kebiasaan, penerapan 'teori weighing and balancing', serta penerapan metode perbandingan hukum.⁹⁷

- **Terbuka**

Asas keterbukaan sebagaimana dimaksud dalam 6 (enam) undang-undang tersebut memberikan kesempatan kepada masyarakat untuk menggunakan haknya guna memperoleh data/informasi (keterangan) yang benar, lengkap dan akurat (dapat dipercaya kebenarannya) tentang kegiatan dan hasil-hasil yang dicapai oleh pemerintah. Prinsip ini menuntut kejujuran aparatur dalam memberikan keterangan dan tanpa pilih kasih. Namun demikian harus juga diperhatikan secara bijak yang berkenaan dengan hak asasi pribadi, golongan dan juga rahasia negara. Prinsip keterbukaan ditekankan pada pemberian kesempatan memperoleh informasi kepada pihak-pihak terkait mengenai proses dan hasil-hasil kegiatannya.⁹⁸ Prinsip keterbukaan juga memberikan kesempatan bagi rakyat untuk menyampaikan

⁹⁷ Aharon Barak, *The Judge in A Democracy*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 2006, hlm. 307

⁹⁸ Idup Suhady, *Kepemerintahan yang Baik, Modul Diklat Prajabatan Gol. I dan II*, Lembaga Administrasi Negara – Republik Indonesia, 2009, hal. 23-24

tanggapan dan kritik yang membangun terhadap pemerintah, memberikan penilaian terhadap jalannya pemerintahan. Pemerintah sebagai pihak berwenang harus mau dan mampu menyampaikan berbagai informasi yang dibutuhkan oleh masyarakat, karena memperoleh informasi adalah hak bagi masyarakat yang dijamin dengan Undang-Undang. Selain itu, informasi yang disampaikan oleh pemerintah kepada masyarakat haruslah yang mengandung kebenaran, bukan hasil rekayasa. Informasi yang benar itu juga harus disampaikan secara ikhlas kepada seluruh warga/masyarakat. Adanya hak dari masyarakat untuk memperoleh/mendapatkan informasi dimaksudkan sebagai bagian dari pengikutsertaan secara aktif (partisipasi) masyarakat dalam memperbaiki dan mengurus negara. Akan tetapi penerapan prinsip ini harus tetap mengindahkan aturan hukum, moral dan sosial yang berlaku. Artinya, keterbukaan memperoleh keterangan tidak boleh melampaui batas yang menyentuh hak asasi pribadi/golongan, terlindunginya rahasia dan keselamatan negara, yang tidak bisa/boleh diketahui, dimiliki dan dimanfaatkan oleh pihak-pihak yang tidak berhak.⁹⁹

- **Akuntabilitas**

Salah satu asas yang menjadi pilar di dalam sebuah negara hukum untuk menegakkan keadilan, kebenaran, kepastian hukum adalah diakuinya kekuasaan kehakiman yang merdeka. Landasan atau basis bagi eksistensi dan kuatnya kekuasaan kehakiman yang merdeka terletak pada paham demokrasi dan negara yang berdasarkan pada konstitusi dan menghormatinya. Syarat lain tidak kalah pentingnya dan merupakan sisi lain yang terkait erat adalah syarat imparcialitas atau sikap tidak berpihak yang terkait erat dengan syarat imparcialitas atau sikap tidak berpihak sehingga badan peradilan dan hakim harus menjamin objektivitas putusan-putusannya. Selain itu, bahwa objektivitasnya ini harus benar-benar dapat dilihat dan dirasakan oleh pencari keadilan dan masyarakat. Akuntabilitas public akan menjadi dorongan bagi para hakim untuk senantiasa meningkatkan profesionalisme dan integritasnya sebab akan selalu dipantau dan dikaji oleh masyarakat.

H. Kerangka Konseptual

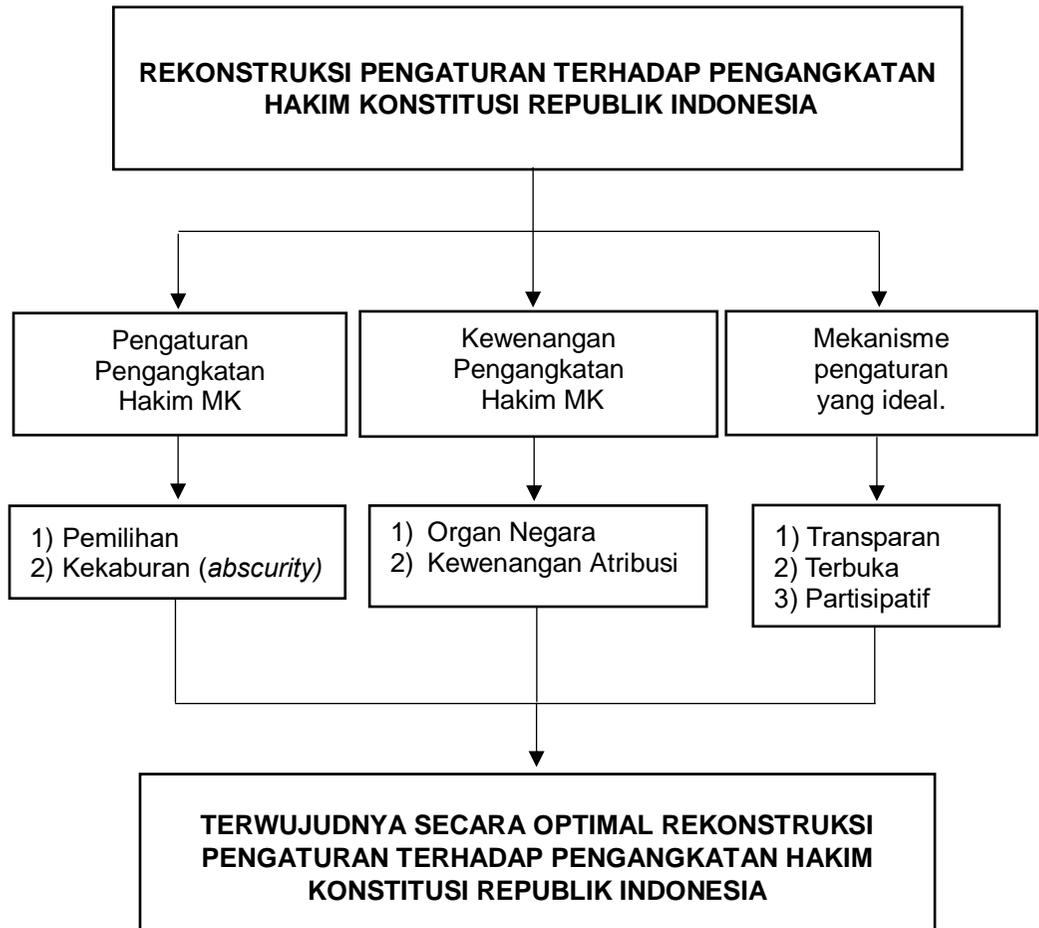
Di dalam melakukan penelitian diperlukan adanya kerangka konseptual sebagai dasar dalam melakukan suatu analisa terhadap permasalahan yang diteliti, untuk memberikan landasan yang tepat. Pada umumnya setiap penelitian harus selalu disertai dengan pemikiran teoretis, dimana pemikiran teoritis atau konsep-konsep menggambarkan hubungan antara variabel yang satu dengan variabel lainnya.

Penelitian ini dibatasi dengan judul yang hendak diteliti yaitu: Rekonstruksi Hukum Pengangkatan Hakim Konstitusi Republik Indonesia, hal ini yang akan dikaji dengan jenis peneltiian normatif didukung dengan fakta empiris. Adapun

⁹⁹ ibid

pokok-pokok yang diteliti dan dianalisis oleh penulis yaitu: 1) Bagaimanakah Rekonstruksi Pengaturan Mengenai Pengangkatan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. 2) Bagaimanakah Kewenangan Pengangkatan dan Pemberhentian Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia. 3) Bagaimana Mekanisme Pengaturan Mengenai Pengangkatan Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia

I. Bagan Kerangka Pikir



Berdasarkan ketiga variabel tersebut di atas hasil yang akan dicapai adalah terwujudnya Hakim Konstitusi yang demokratis.

J. Definisi Operasional

Beberapa variabel yang diteliti sesuai dengan kerangka pikir maka yang akan diberikan definisi operasional, sebagai berikut:

1. Asas terbagi atas dua yaitu, asas formil dan asas materil. Asas formil yaitu asas yang berkenaan dengan tata cara pemebentukan dan bentuknya, dan asas materil yaitu asas yang berkenaan dengan materi muatan peraturan perundang-undangan
2. Norma dapat digambarkan sebagai aturan tingkah laku atau sesuatu yang seharusnya dilakukan oleh manusia dalam keadaan tertentu, ada juga yang menyebutnya sebagai kaidah petunjuk hidup yang mengikat.
3. Syarat Pengangkatan Hakim Mahkamah Konstitusi yakni, Warga Negara Indonesia; Berpendidikan Sarjana Hukum; Bertaqwa Kepada Tuham YME dan berakhlak Mulia; Berusia paling rendah 55 tahun; dsb.
4. Prosedur Pengangkatan Hakim Konstitusi diatur oleh masing-masing 3 orang oleh Presiden, 3 orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan 3 orang oleh Mahkamah Agung
5. Pengawasan oleh Dewan Etik Hakim Konstitusi dan Majelis Kehormatan Mahkamah Konstitusi (MKMK)
6. Penegakan Hukum oleh Mahkamah Kehormatan Mahkamah Konstitusi (MKMK)
7. Keterbukaan Informasi Publik sehingga masyarakat mempunyai kesempatan untuk ikut memberikan masukan atas calon hakim konstitusi
8. Sifat Negarawan adalah yang menguasai konstitusi dan Ketatanegaraan