

# PERANAN HAKIM SEBAGAI PENGUBAH DAN PEMBAHARU HUKUM

Ismail Petannase

Fakultas Hukum UM Palembang  
E-mail: [ismail\\_pettanasse@yahoo.com](mailto:ismail_pettanasse@yahoo.com)

## Abstrak

*Perubahan UUD 1945 yang dilakukan selama empat tahap, yaitu tahun 1999, 2000, 2001, dan 2002, berpengaruh besar pada perubahan susunan, kedudukan, kelembagaan di Indonesia. Perubahan UUD 1945 telah melahirkan lembaga baru, misalnya Mahkamah Konstitusi yang merupakan salah satu kekuasaan kehakiman, selain Mahkamah Agung. Lahirnya Mahkamah Konstitusi dimaksudkan sebagai checks and balances terhadap lembaga legislatif. Sebelum perubahan UUD 1945 produk legislatif berupa undang-undang tidak dapat diganggu gugat, artinya apabila undang-undang tersebut bertentangan dengan UUD 1945 tidak dapat dinilai oleh pengadilan. Sedangkan apabila tidak ada lembaga yang dapat menilai undang-undang, maka sulit untuk diketahui apakah undang-undang tersebut konstitusional atau inkonstitusional. Oleh karena itu keberadaan Mahkamah Konstitusi sangat diperlukan untuk rol of law.*

**Kata Kunci:** UUD 1945, Kekuasaan Kehakiman, Rule of Law, Mahkamah Konstitusi

## Abstract

*The amendment to the 1945 Constitution which was carried out during four stages, namely in 1999, 2000, 2001, and 2002, had a profound effect on changes in the composition, position and institutions of Indonesia. Amendments to the 1945 Constitution have given rise to new institutions, for example the Constitutional Court which is one of the judicial powers, in addition to the Supreme Court. The birth of the Constitutional Court was intended as a check and balances against the legislative body. Before the amendment to the 1945 Constitution the legislative product in the form of a law cannot be contested, meaning that if the law is contrary to the 1945 Constitution it cannot be judged by the court. Meanwhile, if there are no institutions that can assess the law, it is difficult to know whether the law is constitutional or unconstitutional. Therefore the existence of the Constitutional Court is very necessary for the roll of law.*

**Keywords:** 1945 Constitution, Judicial Power, Rule of Law, Constitutional Court

## PENDAHULUAN

Hampir tidak ada ahli hukum yang tidak menyepakati bahwa hukum (selalu) memerlukan pembaruan. Hal ini terjadi karena masyarakat selalu berubah, tidak statis. Menurut Satjipto Rahardjo perubahan yang terjadi dalam kehidupan masyarakat dapat digolongkan kedalam dua kategori

:1. Perubahan yang lambat, yang inkremental, bertambah sedikit demi sedikit

;2. Perubahan dalam skala besar, perubahan revolusioner.

Terhadap perubahan yang lambat adaptasi antara hukum dan masyarakat cukup dilakukan dengan melakukan perubahan kecil-kecilan pada tatanan peraturan yang ada, baik dengan cara mengubah maupun menambahnya. Metoda

penafsiran hukum dan konstruksi hukum juga termasuk pada perlengkapan untuk melakukan adaptasi terhadap perubahan-perubahan yang tidak berskala besar.

Lain lagi persoalannya bila perubahan itu bersifat atau berskala besar. Pembaruan dengan cara kecil-kecilan seperti di atas tidak mungkin lagi cukup untuk mengatasinya. Penyesuaian harus dilakukan secara revolusioner sebagaimana ditempuh oleh negara-negara Eropa ketika mereka memilih peradaban civil society (masyarakat sipil).

Soetandyo Wignjosoebroto dalam artikel berjudul Pembaruan Hukum Masyarakat Indonesia Baru membedakan pembaruan hukum dalam arti legal reform dengan pembaruan hukum dalam arti law reform. Pembaruan hukum dalam arti legal reform diperuntukkan bagi masyarakat dimana hukum hanya sebagai subsistem dan berfungsi sebagai tool of social engineering semata-mata. Hukum hanya menjadi bagian dari proses politik yang mungkin juga progresif dan reformatif. Pembaruan hukum di sini kemudian hanya berarti sebagai pembaruan undang-undang. Sebagai proses politik Soetandyo gamblang menyatakan pembaruan hukum hanya melibatkan pemikiran-pemikiran kaum politisi atau juga sedikit kaum elit profesional yang memiliki akses lobi. Indonesia menurut Soetandyo termasuk dalam kategori ini.

Hal ini beda dengan pembaruan hukum dalam arti law reform dalam bentuk ini hukum bukanlah urusan para hakim dan penegak hukum lainnya, tetapi juga urusan publik secara umum. Mungkin saja telah dibuat dalam bentuk undang-undang, tetapi undang-undang itu tidak bersifat sakral di atas segala-galanya. Dalam konsep ini hukum adalah produk aktivitas politik rakyat yang berdaulat, yang digerakkan oleh kepentingan rakyat yang berdaulat yang mungkin saja diilhami oleh kebutuhan ekonomi, norma sosial, atau nilai-nilai ideal kultur rakyat itu sendiri.

Pengertian Soetandyo Wignjosoebroto tentang law reform ini tidaklah aneh bila dikaitkan dengan Pasal 5 ayat (1) Undang-Undang (UU) Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman. Pasal ini memberi amanat kepada hakim untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat. Frasa menggali, mengikuti, dan memahami memberi arti bahwa nilai-nilai hukum dimaksud belum tampak di permukaan, tegasnya tidak dimuat dalam peraturan perundang-undangan.

Abdul Manan menerangkan ada dua pandangan dominan berkaitan dengan perubahan (tentu dalam arti pembaruan) hukum yang berlaku dalam kehidupan masyarakat dalam suatu negara, yaitu

pandangan tradisional dan pandangan modern. Dalam pandangan tradisional, masyarakat harus berubah dahulu baru hukum datang mengaturnya. Sebaliknya dalam pandangan modern, agar hukum dapat menampung segala perkembangan baru, hukum harus selalubersama dengan peristiwa yang terjadi. Abdul Manan juga menjelaskan bahwa dalam bidang hukum yang netral perubahan harus ditujukan untuk melahirkan suatu kepastian hukum, sebaliknya dalam bidang kehidupan pribadi hukum harus berfungsi sebagai sarana sosial kontrol dalam kehidupan masyarakat.

Membagi bidang hukum menjadi bidang hukum netral dan non-netral ini jugaditempuh oleh Mochtar Kusumaatmadja. Bidang hukum netral seperti hukum dalam bidang perekonomian untuk kepastian hukum menurut Mochtar Kusumaatmadja dapat dilakukan pembaruan dalam bentuk unifikasi, tetapi dalam bidang hukum non-netral seperti bidang hukum keluarga pembaruan dalam bentuk unifikasitidaklah mudah karena menyangkut kultur dan keyakinan masyarakat, apalagi dalam masyarakat yang pluralistis seperti di Indonesia ini. Akan tetapi dalam hal ini bangsa Indonesia punya pengalaman unik karena telah berhasil melakukan unifikasi bidang hukum non-netral tadi, yaitu dengan lahirnya UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan. Karena itulah Hazairin atau Lili Rasjidi menyebut

undang-undang ini sebagai unifikasi yang unik, karena masih mentolerir adanya pluralisme hukum. Uraian di atas sekedar untuk menggambarkan bahwa pembaruan hukum dalam pandangan para ahli adalah suatu keharusan. Perbedaan diantara mereka biasanya berkisar pada metode dan prioritas saja.

Negara Indonesia adalah negara hukum. Ketentuan mengenai negara hukum dapat dijumpai dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 setelah Amandemen (selanjutnya disebut UUD Amandemen). Berbeda dengan UUD 1945 sebelum Amandemen (selanjutnya disebut UUD 1945), bahwa mengenai Negara hukum tidak secara eksplisit dicantumkan dalam batang tubuh. Jika dicermati dalam UUD 1945, bahwa kalimat mengenai “hukum” dapat dibaca dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 yang berbunyi “Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya”. Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 merupakan ketentuan yang mengatur kesamaan di dalam hukum dan pemerintahan, bukan mengatur mengenai Negara hukum. Sebagaimana telah diuraikan diatas, bahwa Negara hukum dalam UUD

1945 tidak diatur dalam batang tubuh, melainkan diatur dalam Penjelasan UUD 1945.<sup>1</sup> Sangat ironis jika ketentuan yang sangat fundamen mengenai Negara hukum hanya dibuat dalam Penjelasan UUD 1945. Padahal apabila dilihat dalam sejarah perumusan UUD 1945, bahwa BPUPKI tidak pernah memberikan penjelasan dalam UUD 1945. Oleh karena itu keberadaan penjelasan dalam UUD 1945 diragukan keotentikannya. Sehingga tidaklah salah apabila pada masa pemerintahan orde baru kekuasaan menjadi panglima, sedangkan hukum dijadikan sebagai alat kekuasaan untuk melegitimasi perbuatan penguasa pada waktu itu. Setelah UUD Amandemen ketentuan mengenai Negara hukum di masukkan dalam batang tubuh, ini artinya bahwa pada orde reformasi hukum menjadi panglimanya dan menduduki prioritas utama.<sup>2</sup>

Berbicara mengenai hukum, maka tidak lepas dari paham rule of law yang mempersyaratkan adanya tiga prinsip dasar, yaitu:

1. *supremacy of law*, yaitu segala tindakan negara dan warga negara harus dilakukan berdasar atas hukum atau tidak bertentangan dengan hukum;
2. *equality before the law*, yaitu setiap orang memiliki kedudukan yang sama di hadapan hukum dan karenanya harus diperlakukan sama;
3. *due process of law*, yaitu proses penegakan hukum harus diabadikan bukan semata demi tegaknya hukum, melainkan demi tegaknya keadilan dan kepastian hukum. Oleh karena itu proses penegakan hukum tidak boleh dilakukan dengan cara-cara yang justru bertentangan dengan hukum melainkan harus dengan mengindahkan harkat dan martabat manusia beserta hak-hak yang melekat padanya;

Hukum dalam arti luas meliputi keseluruhan aturan normatif yang mengatur dan menjadi pedoman perilaku dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara dengan didukung oleh sistem sanksi tertentu terhadap setiap penyimpangan terhadapnya. Bentuk-bentuk aturan normatif seperti itu tumbuh sendiri

---

<sup>1</sup> Asri Umar, Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025, Citra Utama, Jakarta, 2007.

<sup>2</sup> Mochtar Kusumaatmadja, Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan, Pusat Studi Wawasan Nusantara, Hukum dan Pembangunan & Alumni, Bandung, 2002.

dalam pergaulan hidup bermasyarakat dan bernegara ataupun sengaja dibuat menurut prosedur-prosedur yang ditentukan dalam sistem organisasi kekuasaan dalam masyarakat yang bersangkutan. Makin maju dan kompleks kehidupan suatu masyarakat, makin berkembang pula tuntutan keteraturan dalam pola-pola perilaku dalam kehidupan masyarakat itu. Kebutuhan akan keteraturan ini kemudian melahirkan sistem keorganisasian yang makin berkembang menjadi semacam *organization imperative*. Makin maju suatu masyarakat, maka makin berkembang pula kecenderungan masyarakat untuk mengikat diri dalam sistem keorganisasian yang teratur. Dalam sistem pengorganisasian yang teratur itu pada gilirannya akan tercipta mekanisme yang tersendiri berkenaan dengan proses pembuatan hukum, penerapan hukum, dan peradilan terhadap penyimpangan-penyimpangan hukum dalam masyarakat yang makin terorganisasi itu.

## METODE PENELITIAN

- i. **Tipe penelitian**, tipe penelitiannya secara normatif yakni penelitian yang dilakukan

berdasarkan peraturan perundang-undangan dengan meneliti bahan pustaka atau data sekunder.<sup>3</sup> Pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), yaitu mengkaji norma-norma yang terdapat dalam ketentuan perundang-undangan, dan dengan pendekatan konseptual (*conceptual approach*), yaitu mengkaji konsep-konsep yuridis yang berkaitan dengan esensi pengaturan hukum esensi peranan hakim sebagai pengubah dan pembaharu hukum.

- **Data penelitian**, dalam paper ini data berupa data sekunder yakni data yang diperoleh dari bahan pustaka baik yang bersifat pribadi maupun publik.<sup>4</sup> Dari sudut kekuatan mengikatnya, data sekunder di golongkan ke dalam :
  - ii. Bahan hukum primer; yang dipergunakan adalah peraturan perundang-undangan yang berkaitan peraturan perundang-

---

<sup>3</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan III, (Jakarta: UI-Press, 2008), hlm 52.

<sup>4</sup> *Ibid.*

undangan mengenai esensi peranan hakim sebagai pengubah dan pembaharu hukum.

iii. Bahan hukum sekunder; yang digunakan adalah buku-buku, makalah, ataupun artikel-artikel yang merupakan literatur hukum dan pendapat para sarjana.

- **Prosedur Pengumpulan Bahan Hukum**, bahan-bahan hukum primer dan sekunder yang didapat dan dikumpulkan berasal dari perpustakaan ataupun juga dari melakukan *browsing* di internet, yang selanjutnya bahan-bahan tersebut dikelompokkan berdasarkan pokok permasalahan pada penelitian.

- **Analisis Bahan Hukum**, bahan-bahan hukum yang diperoleh tersebut dikelompokkan secara logis dan sistematis, untuk kemudian dilakukan analisa dengan mempergunakan metode deskriptif analitis dan ditafsirkan atau diinterpretasikan, sehingga nantinya akan diperoleh jawaban atas permasalahan dalam penelitian ini. Metode penelitian secara deskriptif adalah penelitian yang dilakukan dengan memberikan gambaran secara sistematis terhadap objek yang diteliti. Penelitian deskriptif ini dimaksudkan untuk memberikan data yang seteliti mungkin tentang manusia, keadaan, atau gejala-gejala

yang lainnya. Maksudnya adalah untuk mempertegas hipotesa agar dapat membantu di dalam memperkuat teori-teori lama atau di dalam teori-teori baru.<sup>5</sup>

## PEMBAHASAN

### A. Pembaruan Hukum

Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) mengartikan kata 'pembaruan' sebagai proses, cara, perbuatan membarui. Membarui itu sendiri menurut KBBI bermakna (1) memperbaiki supaya menjadi baru, (2) mengulangi sekali lagi, memulai lagi dan (3) mengganti dengan yang baru, memodernkan. Bila dikaitkandengan kata 'hukum' maka akan muncul frasa yang berbunyi : proses pelaksanaan pembaruan hukum melalui cara memperbaiki, memodernkan, atau mengganti dengan yang baru.<sup>6</sup>

Dalam bahasa Arab pembaruan adalah terjemahan dari kata *tajdid*. AbdulManan, Guru Besar dan Hakim Agung dalam bukunya 'Aspek Pengubah Hukum' menjelaskan panjang lebar tentang pengertian *tajdid* ini berdasarkan sumber-sumber yang akurat. Arti terminology *tajdid* berdasarkan pandangan Muhammadiyah diuraikan pula secara panjang lebar oleh Rifyal Ka'bah, Guru Besar

---

<sup>5</sup> *Ibid*, hlm 10.

<sup>6</sup> Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, Jakarta, 2005. Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of The Sociology of Law*, Russel & Russel Inc. New York, 1962

dan Hakim Agung dalam bukunya <sup>3</sup>Hukum Islam di Indonesia'. Berdasarkan pengertian yang diberikan oleh Muhammadiyah, Rifyal Ka'bah menyimpulkan bahwa pembaruan hukum menurut Muhammadiyah adalah gabungan dari tajdid dan ijihad.

Ada juga yang menggunakan istilah lain untuk pembaruan hukum. Menurut Satjipto Rahardjo ada yang menggunakan istilah-istilah pembangunan hukum, perubahan hukum, pembinaan hukum, atau modernisasi hukum. Terakhir banyak pula yang menggunakan istilah reformasi hukum yang merupakan terjemahan dari legal reform. Walau bermacam-macam istilah yang digunakan, Satjipto sepakat dengan Sudargo Gautama untuk menggunakan istilah pembaruan hukum, karena istilah ini lebih dekat untuk menggambarkan bagaimana menyusun suatu tata hukum yang dapat menyesuaikan diri pada perubahan yang terjadi pada masyarakat.

Menurut RPJP Nasional 2005-2025 pembangunan hukum dilaksanakan melalui :<sup>3</sup>Pembaruan materi hukum dengan tetap memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku dan pengaruh globalisasi sebagai upaya untuk meningkatkan kepastian dan perlindungan hukum, penegakan hukum dan hak-hak asasi manusia, kesadaran hukum, serta pelayanan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran, ketertiban dan kesejahteraan dalam

rangka penyelenggaraan negara yang makin tertib, teratur, lancar, serta berdaya saing global'

Pada bagian lain pernyataan seperti ini muncul lagi dengan perubahan sedikit kata (ditandai dengan cetak tebal) seperti dibawah ini :<sup>3</sup>Pembangunan hukum dilaksanakan melalui pembaruan hukum dengan tetap memperhatikan kemajemukan tatanan hukum yang berlaku dan pengaruh globalisasi sebagai upaya untuk meningkatkan kepastian dan perlindungan hukum, penegakan hukum dan hak-hak asasi manusia, kesadaran hukum, serta pelayanan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran, ketertiban dan kesejahteraan dalam rangka penyelenggaraan negara yang makin tertib dan teratur, sehingga penyelenggaraan pembangunan nasional akan makin lancar'.

Kutipan-kutipan di atas ini menggambarkan RPJP Nasional 2005-2025 menghendaki adanya pembaruan hukum, terutama dalam bentuk pembaruan materi hukum, yang maksudnya tidak lain ialah pembaruan peraturan perundang-undangan. Hal ini dibuktikan dengan sering munculnya undang-undang baru yang merevisi undang-undang sebelumnya. Walaupun demikian, meminjam istilah Soetandyo Wignjosoebroto pembaruan hukum yang dipandu oleh RPJP Nasional 2005-2025 masih termasuk kategori legal reform Satu-satunya harapan terjadinya

pembaruan hukum dalam arti law reform ada ditangan para hakim, karena berdasarkan Pasal 5 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 hakim diberi kewenangan mutlak untuk menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat.<sup>7</sup>

### **A. Pembaruan Hukum Di Lingkungan Peradilan**

Tidak dapat disangkal bahwa di lingkungan Peradilan sudah banyak terjadi pembaruan hukum. Pembaruan hukum di lingkungan Peradilan juga mencakup bidang hukum formil dan hukum materil. Dalam hukum formil, diskursus tentang kesetaraan laki-laki dengan perempuan untuk menjadi hakim, peranan hakim perempuan dalam majelis, kebolehan perempuan menjadi ketua pengadilan, peranan dan jumlah perempuan sebagai saksi dalam persidangan telah menjadisejarah masa lalu. Pembaruan dalam hukum formil juga terdapat dalam buku Pedoman Teknis Administrasi dan Teknis Peradilan yang biasa disebut dengan Buku II. Sebagai contoh dapat disebut di sini ialah kewajiban bagi para pemohon izin poligami untuk mengajukan penetapan harta bersama

dengan isteri atau isteri-isteri sebelumnya. Apabila permohonan penetapan harta bersama ini tidak dilakukan oleh pihak suami, maka isteri dapat mengajukan dalam bentuk rekonvensi. Pembaruan dalam bidang hukum materil secara umum dapat di lihat dalam UU Nomor 1 Tahun 1974 Tentang Perkawinan, dan lebih signifikan dalam Kompilasi Hukum Islam. Akan tetapi saat ini dalam bidang hukum keluarga, para hakim Peradilan Agama umumnya memperhatikan juga undang-undang yang berkaitan dengan HAM dan perlindungan anak. Dalam bidang kewarisan, Mahkamah Agung juga telah mengeluarkan beberapa yurisprudensi tentang ahli waris beda agama

Telah diuraikan diatas, berdasarkan Pasal 5 ayat (1) UU Nomor 48 Tahun 2009 Tentang Kekuasaan Kehakiman, peranan dan peluang pembaruan hukum terbesar berada di tangan hakim. Terkait dengan hakim di Peradilan Agama, tugas menggali, mengikuti, dan memahami nilai-nilai hukum dan rasa keadilan yang hidup dalam masyarakat menjadi tidak sederhana tetapi sangat menarik. Setidaknya ada dua hal yang mengindikasikan hal ini :

Pertama karena terbesar materi hukum yang menjadi kewenangan Peradilan Agama adalah Hukum Islam sebagaimana terdapat dalam kitab-kitab fiqih, maka setiap langkah pembaruan akan terkendala oleh justifikasi Wahbah Zuhaili diatas, karena dari lima

---

<sup>7</sup> Kontroversi Pembaruan Fiqih Penerjemah : Ahmad Mulyadi, Erlangga, Jakarta, 2002



metode yang ada, hanya satu yang dibenarkan. Melihat das sein yang terjadi dalam masyarakat Islam diluar negara-negara Timur Tengah, bila hanyamelalui metode mutadil mutawazin atau metode moderat, maka pembaruan hukummenjadi hampir mustahil sama sekali.

Kedua, masih ada aliran pemikiran di kalangan hakim Peradilan Agama yangmemang tidak disiapkan untuk pembaruan hukum yang memang benar-benar dibutuhkan dalam hukum keluarga. Kaidah-kaidah konkrit hukum keluargasebagaimana terdapat dalam kitab-kitab fiqh dianggap telah final karena bertolakdari paradigma Ushul Fiqih yang telah disakralkan, sehingga pendekatanepistemologis menjadi sesuatu yang haram. Ada sebuah ironi yang memprihatinkan,sementara orang-orang Islam mengecam hukum sekuler yang memisahkan hukumdengan moral, ternyata mereka melupakan bahwa penyusunan fiqh juga hanyamempedomani ayat-ayat muhkamat, dan tidak sedikit yang not care terhadap moral yang banyak terdapat dalam ayat-ayat mutasyabihat.

Belajar dari kekalahan partai-partai Islam dalam setiap pemilihan umum di tanahair sementara mayoritas pemilih adalah orang-orang Islam, para hakim Peradilan Agama harus mendalami tema-tema pokok Hukum Islam dengan memperhatikantema-tema

pokok Al-Quran, dan itu tidak lepas dari sosio-historis turunya Al-Quran.Orang-orang Islam Indonesia, meminjam istilah Savigny, mempunyai volksgeist atau spirit of the people sendiri yang berbeda dengan orang-orang Islam di penjuru duniayang lain. Tema-tema pokok Al-Quranlah yang akan menjustifikasi apakah volkgeist itu Islami atau tidak

Dalam bidang hukum keluarga, penerapan tema-tema pokok Al-Quran sepertipenghormatan terhadap martabat kemanusiaan (QS. 17 : 70), persamaan derajat(QS. 49 : 13) penghapusan diskriminasi (QS. 41 : 44), kesetaraan pria-wanita (QS. 4: 7 ; 16 : 97 ; 40 : 40) , pengutamaan keselamatan dan kesejahteraan anak (QS. 4 :9), penegakkan prinsip-prinsip moral (QS. 68 : 4) dan lain sebagainya akanmerupakan faktor yang membuat putusan Pengadilan Agama dinilai sebagaiputusan yang memiliki kekuatan whenever it is true (kebenaran yang berlaku kapanpun), karena putusan ini telah memenuhi pesyaratan yang disarankan EugenEhrlich . Pesyaratan tersebut berbunyi :In order to be true, it must bebased on the inner nature of things, and must be in accord with the volksgeist

#### I. Institusi Pembuat Hukum

Menurut teori Montesquie, bahwa kekuasaan Negara dibagi dalam menjadi 3, yaitu:

1. legislatif (DPR);
2. eksekutif (Pemerintah).
3. yudikatif (Pengadilan);

Pada dasarnya ketiga institusi tersebut terlibat dalam proses pembentukan atau pembuatan hukum. Di bawah ini akan diuraikan dasar hukum yang memberikan kewenangan institusi tersebut;

#### a. DPR

DPR merupakan lembaga legislatif yang memegang kekuasaan membentuk undang-undang. Kewenangan DPR demikian diatur dalam Pasal 20 ayat (1) UUD Amandemen yang berbunyi, “Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang”. Kewenangan DPR tersebut berbeda dengan kewenangan DPR sebelum Amendemen UUD 1945. Jika dilihat dalam UUD 1945, DPR tidak diberikan kewenangan membentuk undang-undang, melainkan hanya diberikan kewenangan memberikan persetujuan terhadap rancangan undang-undang yang dibuat oleh Pemerintah.[4] Ini artinya bahwa inisiatif pembentukan undang-undang adalah ditangan Pemerintah. Namun setelah UUD Amandemen, DPR

diberikan kewenangan legislasi (membentuk undang-undang). Dengan diberikan kewenangan legislasi pada DPR, maka UUD Amandemen telah mendudukan DPR sebagaimana lembaga legislatif pada umumnya.<sup>8</sup>

#### b. Pemerintah

Dalam UUD 1945, Presiden diberikan kewenangan antara lain membentuk undang-undang, membuat peraturan pemerintah.[5] Namun setelah amendemen UUD 1945, Presiden menurut Pasal 5 ayat (1) dan ayat (2) UUD Amandemen diberikan kewenangan untuk membuat rancangan undang-undang dan membuat peraturan pemerintah. Pemerintah sebelum amendemen UUD 1945 merupakan produsen hukum terbesar di sepanjang sejarah. Kenyataan ini mengakibatkan peran pemerintah menjadi sentral, dan ini bisa juga menimbulkan eksekutif, yaitu organisasi pemerintah menjadi sangat berkuasa di atas fungsi-fungsi organisasi di luar pemerintahan.

---

<sup>8</sup>Nina M. Armando (et al), Ensiklopedia Islam, Ichtiar baru Van Hoeve Jakarta, 2005-RifyalKabah, Hukum Islam di Indonesia, Universitas Yarsi, Jakarta, 1999

Untuk menghindari pemusatan kekuasaan di tangan organisasi pemerintah, muncul ide untuk mengadakan pemisahan kekuasaan (separation of power, misalnya dari Montesquieu) dan pembagian kekuasaan (division of power). Munculnya ide-ide konstitusionalisme, gagasan negara hukum (Rechtsstaat dan the Rule of Law) pada dasarnya berusaha membatasi kekuasaan pemerintah supaya tidak terlalu dominan. Oleh karena itu setelah amendemen UUD 1945 Pemerintah tidak lagi diberikan kewenangan membentuk undang-undang, melainkan diberikan kewenangan untuk membuat rancangan undang-undang.

### c. Pengadilan

Dalam sistem “civil law”, peran pemerintah dan parlemen sangat dominan dalam pembuatan hukum, tetapi dalam sistem “common law” (“judge-made law”), justru pengadilanlah yang lebih dominan pengaruhnya. Tetapi dewasa ini, ada kecenderungan kuat di lingkungan negara-negara yang menganut sistem judge-made law’ ini untuk memberi peran lebih besar pada Undang-

Undang seperti dalam sistem “civil law”. Sebaliknya di lingkungan “civil law” ada pula keinginan untuk memperbesar peran pengadilan sebagai institusi pembentuk hukum (gejala konvergensi antar sistem hukum). Dalam sistem “civil law” seperti di Eropa dan Indonesia, putusan pengadilan juga diakui sebagai sumber hukum, yaitu disebut yurisprudensi. Akan tetapi, peranannya selama ini bersifat sekunder, tidak seperti di lingkungan negara yang menganut sistem “judge-made law”. Tetapi, di masa depan, atas pengaruh sistem hukum Anglo-Amerika di dunia Internasional, maka apresiasi terhadap sistem “judge-made law” (common law) ini meningkat pula di lingkungan negara-negara dengan sistem “civil law”. Apalagi, kita mengetahui bahwa peranan Amerika Serikat dalam “global market economy” maupun dalam sistem demokrasi global terus meningkat. Lagi pula hampir semua negara tetangga Indonesia, seperti Malaysia, Singapura, Brunei Darussalam, Philipina, Australia, Selandia Baru, Papua Nugini, Korea Selatan, Taiwan, dan Jepang semuanya mengatur sistem common law. Dengan demikian, sistem hukum yang dianut Indonesia di kawasan Asia

Pasifik ini relatif sangat langka, padahal dalam pergaulan ekonomi regional bangsa Indonesia harus berhubungan erat dengan bangsa-bangsa di sekitar kawasan ini. Karena itu, ada kebutuhan bahwa di masa mendatang, peranan hakim dan lembaga pengadilan dalam membentuk hukum Indonesia perlu terus ditingkatkan.[6] Latar belakang Pengadilan sebagai pembentuk hukum didasarkan pada Pasal 22 AB yang pada pokoknya menyatakan bahwa Hakim dilarang untuk menolak perkara dengan alasan tidak ada hukumnya. Hakim dituntut untuk mencari hukum dengan cara menggali hukum tersebut. Ketentuan Pasal 22 AB tersebut kemudian dituangkan dalam Pasal 14 ayat (1) Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. Ini artinya bahwa hakim bukanlah corong undang-undang, melainkan Hakim sebagai organ pengadilan dianggap memahami hukum.<sup>9</sup> Pencari keadilan

datang padanya untuk mohon keadilan. Andai kata ia tidak menemukan hukum tertulis, ia wajib menggali hukum tidak tertulis untuk memutus berdasarkan hukum sebagai seorang yang bijaksana dan bertanggung-jawab penuh kepada Tuhan Yang Maha Esa, diri sendiri, masyarakat, Bangsa dan Negara.

## II. Proses Pembuatan Hukum

Masing-masing institusi tersebut diatas, mempunyai cara tersendiri dalam membentuk hukum. Dalam sistem hukum Indonesia berdasarkan UUD 1945, proses pembentukan hukum dapat diuraikan sebagai berikut.

### a. Pembentukan Hukum Perundang-Undangan

Dalam sistem hukum nasional Indonesia berdasarkan UUD 1945, hukum perundangan-undangan meliputi UUD, TAP MPR, UU, PP, Keppres, Keputusan Menteri, Keputusan Dirjen dan seterusnya.<sup>10</sup> UUD, dan TAP MPR ditetapkan oleh MPR, sedangkan UU dibentuk oleh DPR. Perpu ditetapkan oleh Presiden,

---

<sup>9</sup>Satjipto Rahardjo, Membangun dan Merombak Hukum Indonesia, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009. Hukum dan

---

Perubahan Sosial, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.

<sup>10</sup> Wacana Pembaharuan Hukum di Indonesia Ford Foundation & HuMa, Jakarta, 2007. Wahbah Zuhaili dan Jamal Athiyah,

tetapi dalam satu tahun harus sudah dimintakan persetujuan DPR. Jika disetujui Perpu meningkat statusnya menjadi Undang-undang, dan jika ditolak oleh DPR, maka Perpu itu harus dicabut dan tidak dapat lagi diajukan ke DPR dalam masa persidangan berikutnya. Peraturan Pemerintah ditetapkan sendiri oleh Pemerintah tanpa harus disetujui DPR. Peraturan Pemerintah biasanya dibuat atas perintah undang-undang atau untuk melaksanakan suatu undang-undang. Karena itu, Peraturan Pemerintah tidak bisa berdiri sendiri tanpa pendelegasian materiil dari undang-undang yang sudah ada lebih dahulu. Keputusan Presiden, dibentuk oleh Presiden tanpa perlu dikaitkan dengan pendelegasian materiil dari Undang-Undang. Artinya, materi yang dimuat dalam Keppres dapat sepenuhnya bersifat mandiri dalam rangka kewenangan Presiden, baik sebagai Kepala Negara maupun Kepala Pemerintahan. Keputusan Presiden dapat saja dibuat untuk melaksanakan perintah UUD, perintah GBHN, perintah UU, ataupun perintah Peraturan Pemerintah. Di bawah Keppres, ada Keputusan Menteri, dan Keputusan Direktur Jenderal yang semuanya bersifat operasional dalam

rangka pelaksanaan tugas Menteri menurut bidang tugasnya masing-masing. Sedangkan Peraturan Daerah Tingkat I, Peraturan Daerah Tingkat II, Keputusan Gubernur, Keputusan Bupati, Keputusan Walikota, dan sebagainya. Ketentuan mengenai pembuatan hukum di tingkat daerah ini, seyogyanya juga mengikuti pola di tingkat pusat. Misalnya, Peraturan Daerah dibuat oleh Gubernur dengan persetujuan DPRD. Tetapi DPRD sendiri dapat pula berinisiatif mengajukan Rancangan Perda seperti hak inisiatif DPR Pusat untuk mengajukan RUU tertentu kepada Pemerintah.

#### b. Pembentukan Hukum Yurisprudensi

Yurisprudensi terbentuk atas dasar keputusan hakim yang telah mendapatkan kekuatan hukum yang tetap. Putusan hakim yang demikian dapat dijadikan sandaran bagi hakim berikutnya dalam menyelesaikan kasus-kasus hukum sejenis di kemudian hari dengan mempertimbangkan fakta-fakta baru, baik karena perbedaan ruang dan waktu maupun karena perbedaan subjek hukum yang terlibat. Asas-asas

dan prinsip-prinsip hukum yang dapat ditemukan dalam kasus-kasus yang diselesaikan dapat diambil menjadi dasar hukum untuk memutuskan perkara yang dihadapi. Para hakim dituntut bertindak aktif dan proaktif dalam menafsirkan asas-asas dan prinsip-prinsip hukum yang terkandung dalam keputusan--keputusan terdahulu, baik oleh hakim yang bersangkutan ataupun hakim-hakim lain di tempat yang berbeda. Untuk di Indonesia, tidak ada keharusan hakim mengikuti putusan telah menjadi yurisprudensi.

### III. Institusi Pengubah Hukum

Sebagaimana telah diuraikan diatas bahwa DPR dan Presiden mempunyai tugas antara lain membuat peraturan perundang-undangan, hanya saja bedanya DPR membuat undang-undang, sedangkan Presiden membuat peraturan di bawah undang-undang. Apabila kedua lembaga tersebut mempunyai kewenangan membentuk undang-undang dan atau peraturan, maka dengan sendirinya ia juga mempunyai kewenangan untuk mengubah atau merevisi dan/atau mencabut undang-undang dan peraturan tersebut. Revisi dan/atau

pencabutan undang-undang dan peraturan dilakukan dengan alasan sebagai berikut:

- Undang-undang dan peraturan tersebut sudah tidak sesuai lagi dengan situasi dan kondisi jaman (ketinggalan jaman);
- Undang-undang dan peraturan tersebut bertentangan dengan peraturan yang lebih tinggi tingkatannya;

Untuk mencabut undang-undang dan peraturan yang karena alasan tersebut diatas, dapat dilakukan dengan dua cara, yaitu:

- Jika undang-undang dan peraturan tidak sesuai lagi dengan perkembangan jaman, dapat dicabut sendiri oleh yang membuat undang-undang dan peraturan, baik untuk diadakan revisi atau dibuat undang-undang dan peraturan yang baru.
- Jika undang-undang dan peraturan bertentangan dengan undang-undang yang lebih tinggi, dapat dicabut sendiri oleh lembaga yang membuatnya, namun ini jarang terjadi dan biasanya lembaga yang membuat peraturan enggan untuk mencabutnya. (asas: selama

peraturan itu tidak ada yang mempersoalkan, maka peraturan dimaksud dianggap sah berlakunya);

Sebelum amandemen UUD 1945 tidak dikenal adanya judicial review undang-undang. Kalau toh ada itu judicial review peraturan dibawah undang-undang yang hal tersebut merupakan kewenangan Mahkamah Agung. Setelah amandemen UUD 1945 telah terjadi perubahan kelembagaan di negara Indonesia yang salah satunya adanya lahirnya Mahkamah Konstitusi. Keberadaan Mahkamah Konstitusi dimaksudkan sebagai sarana checks and balances dan menjaga konstitusionalitas hukum. Di negara-negara yang menganut prinsip supremasi parlemen, yang pada umumnya adalah negara-negara yang sistem hukumnya mengadopsi tradisi civil law, pada mulanya tidak dikenal lembaga judicial review. Hal tersebut juga terjadi di Indonesia pada masa orde lama dan orde baru, dimana undang-undang tidak dapat diuji. Dasar pemikiran undang-undang tidak dapat diuji, karena undang-undang adalah produk parlemen, sedangkan parlemen adalah lembaga yang merupakan pengejawantahan kedaulatan rakyat.

Oleh karena itu undang-undang tidak dapat dinilai oleh lembaga lain, jikapun akan dinilai maka yang berhak adalah perleman sendiri. Jika suatu undang-undang dianggap bertentangan dengan konstitusi maka parlemen sendirilah yang memiliki kewenangan untuk mengubah melalui legislatif review. Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan langsung oleh UUD 1945 dan bagian dari kekuasaan kehakiman selain Mahkamah Agung.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi diatur dalam Pasal 24C UUD 1945 juncto Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi yang berbunyi:

(1) Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk:

a. menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

b. memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;

c. memutus pembubaran partai politik;  
dan

d. memutus perselisihan tentang hasil  
pemilihan umum.

(2) Mahkamah Konstitusi wajib  
memberikan putusan atas pendapat  
DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil  
Presiden diduga telah melakukan  
hukum berupa pengkhiatan terhadap  
negara, korupsi, penyuapan, tindak  
pidana berat lainnya, atau perbuatan  
tercela, dan/atau tidak lagi memenuhi  
syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil  
Presiden sebagaimana dimaksud dalam  
Undang-Undang Dasar Negara  
Republik Indonesia Tahun 1945.<sup>11</sup>

Pengujian undang-undang di  
Mahkamah Konstitusi dapat dibeda  
dua macam, yaitu:

- pengujian formil, yaitu pengujian  
yang terkait dengan pembentukan  
undang-undang dianggap  
bertentangan dengan UUD  
1945;[11]
- Pengujian materiil, yaitu pengujian  
yang terkait dengan isi dari  
undang-undang, yang mencakup

materi muatan dalam ayat, pasal,  
dan/atau bagian undang-undang  
dianggap bertentangan dengan  
UUD 1945;[12]

Seiring dengan perkembangan  
dalam praktek, pengujian materiil tidak  
hanya meliputi pengujian "ayat, pasal,  
dan/atau bagian undang-undang",  
namun juga meliputi pengujian "Frase"  
dari ayat, dan pasal" dari undang-  
undang. Mahkamah Konstitusi  
sebelum mempertimbangkan pokok  
permohonan Pemohon, terlebih dahulu  
akan menilai apakah Pemohon  
mempunyai kedudukan hukum (legal  
standing) untuk mengajukan  
permohonan, yaitu:

- perorangan warga negara  
Indonesia;
- kesatuan hukum adat sepanjang  
masih hidup dan sesuai dengan  
perkembangan masyarakat dan  
prinsip Negara Kesatuan Republik  
Indonesia yang diatur dalam  
undang-undang;
- badan hukum publik atau privat;  
atau
- lembaga negara.

Setelah menilai kapasitas Pemohon  
tersebut diatas, selanjutnya Mahkamah  
Konstitusi akan melihat apakah

---

<sup>11</sup> Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah  
Hukum*, Prenada Media, Jakarta, 2005.



Pemohon merasa dirugikan oleh berlakunya undang-undang. Untuk dapat menilai apakah Pemohon mengalami kerugian harus memenuhi lima syarat, yaitu: a. adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945;

b. hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;

c. kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi;

d. adanya hubungan sebab-akibat (causal verband) antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian;

e. adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan, maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi;

Apabila Pemohon mempunyai kedudukan hukum (legal standing)

sebagaimana tersebut diatas, selanjutnya Mahkamah Konstitusi akan menilai pokok permohonan Untuk lebih memudahkan pemahaman tersebut, dibawah ini akan diambikkan contoh kasus pengujian undang-undang, baik formil dan materiil yang telah diputus oleh Mahkamah Konstitusi.

## **PENUTUP**

Perubahan UUD 1945 yang dilakukan dalam empat tahap, yaitu tahun 1999, 2000, 2001, dan 2002, berpengaruh besar pada perubahan susunan, kedudukan, kelembagaan di Indonesia. Perubahan UUD 1945 telah melahirkan lembaga baru, misalnya Mahkamah Konstitusi yang merupakan salah satu kekuasaan kehakiman, selain Mahkamah Agung. Lahirnya Mahkamah Konstitusi dimaksudkan sebagai *checks and balances* terhadap lembaga legislatif. Sebelum perubahan UUD 1945 produk legislatif berupa undang-undang tidak dapat diganggu gugat, artinya apabila undang-undang tersebut bertentangan dengan UUD 1945 tidak dapat dinilai oleh pengadilan. Sedangkan apabila tidak ada lembaga yang dapat menilai undang-undang, maka sulit untuk diketahui apakah undang-undang tersebut konstitusional

atau inkonstitusional. Oleh karena itu keberadaan Mahkamah Konstitusi sangat diperlukan untuk *rol of law*.

Dengan lahirnya Mahkamah Konstitusi, hal tersebut berarti telah menambah satu lembaga pengubah hukum, disamping legislatif, eksekutif, dan Mahkamah Agung. Berbeda dengan legislatif, eksekutif, bahwa hukum dapat diubah oleh Mahkamah Konstitusi bilamana hukum tersebut dimintakan *judicial review*, artinya hukum dapat diubah oleh Mahkamah Konstitusi apabila ada kasus. Perubahan hukum oleh Mahkamah konstitusi dilakukan dengan beberapa cara, yaitu pasal, ayat, dan/atau bagian dari undang-undang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat. Dengan demikian pasal, ayat dan/atau bagian undang-undang tersebut tidak berlaku. Berbeda dengan jika yang dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat tersebut "Frase" dari pasal, ayat undang-undang, maka pasal dan ayat tersebut masih tetap berlaku sepanjang frase dalam pasal atau ayat undang-undang itu tidak dinyatakan bertentangan.

#### DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Manan, *Aspek-Aspek Pengubah Hukum*, Prenada Media, Jakarta, 2005
- Asri Umar, *Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005-2025*, Citra Utama, Jakarta, 2007
- Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, Jakarta, 2005. Eugen Ehrlijk, *Fundamental Principles of The Sociology of Law*, Russel & Russel Inc. New York, 1962.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Pusat Studi Wawasan Nusantara, Hukum dan Pembangunan & Alumni, Bandung, 2002.
- Nina M. Armando (et al), *Ensiklopedia Islam*, Ihtiar baru Van Hoeve Jakarta, 2005-Rifyal Kabah, *Hukum Islam di Indonesia*, Universitas Yarsi, Jakarta, 1999
- Satjipto Rahardjo, *Membangun dan Merombak Hukum Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009. *Hukum dan Perubahan Sosial*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2009.
- Soetandyo Wignjosoebroto, *Pembaruan Hukum Masyarakat Indonesia Baru* Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000
- Wacana Pembaharuan Hukum di Indonesia Ford Foundation & HuMa, Jakarta, 2007.
- Wahbah Zuhaili dan Jamal Athiyah, *Kontroversi Pembaruan Fiqih* Penerjemah : Ahmad Mulyadi, Erlangga, Jakarta, 2002

