

JILID I

Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.

PENGANTAR **ILMU HUKUM**
TATA NEGARA



SEKRETARIAT JENDERAL DAN KEPANITERAAN
MAHKAMAH KONSTITUSI RI

**PENGANTAR ILMU
HUKUM TATA NEGARA
JILID I**

TIDAK DIPERJUALBELIKAN

Persembahan
**MAHKAMAH KONSTITUSI
REPUBLIK INDONESIA**

Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.

**PENGANTAR ILMU
HUKUM TATA NEGARA
JILID I**

Penerbit
**Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan
Mahkamah Konstitusi RI**
Jakarta, 2006

**PENGANTAR ILMU
HUKUM TATA NEGARA
JILID I**

Asshiddiqie, Jimly
Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MK RI
Cetakan Pertama, Juli 2006
xvi + 381 hlm; 14 x 21 cm

1. Hukum Tata Negara 2. Konstitusi

Hak cipta dilindungi oleh Undang-undang
All right reserved

Hak Cipta @ Jimly Asshiddiqie
Cetakan Pertama, Juli 2006

Koreksi naskah:
Muchamad Ali Safa'at dan Pan Mohamad Faiz
Rancang Sampul : Abiarsya
setting layout : Ery SP, M. Azis Hakim, Irvan A.
Indeks : Subhan Hariri

Penerbit:
**Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan
Mahkamah Konstitusi RI**
Jl. Medan Merdeka Barat No. 7 Jakarta Pusat 10110
Telp. (021) 3520173, 3520787 Ext. 213
www.mahkamahkonstitusi.go.id

DARI PENERBIT



Pasca perubahan UUD 1945, Ilmu Hukum Tata Negara mengalami perkembangan yang sangat pesat. Berbagai perubahan ketatanegaraan mengharuskan adanya pengkajian yang lebih luas dan mendalam. Apalagi saat ini norma-norma tersebut berada dalam proses konsolidasi untuk menyesuaikan sistem aturan dan sistem kelembagaan yang telah ada dan dibuat sebelum perubahan UUD 1945.

Proses pelaksanaan norma-norma dasar dalam UUD 1945 dalam praktik membutuhkan wawasan dan medan pengalaman. Oleh karena itu diperlukan perspektif keilmuan yang merupakan sublimasi dari pengalaman berbagai negara sebagai kerangka dan alternatif pilihan pelaksanaan norma-norma dasar dalam UUD 1945.

Berdasarkan pemikiran tersebut, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI menerbitkan buku yang menjadi pintu masuk untuk mempelajari Ilmu Hukum Tata Negara ini. Buku karya Bapak Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H. ini terdiri dari Jilid I dan Jilid II yang sesungguhnya merupakan satu kesatuan naskah. Dengan penerbitan buku ini diharapkan dapat ikut mendukung terwujudnya konstitusionalitas Indonesia dan budaya sadar berkonstitusi.

Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI mengucapkan terima kasih kepada Sdr. Muchamad Ali Safa'at dan Sdr. Pan Mohammad Faiz yang telah dengan tekun membaca dan mengedit naskah buku ini, Sdr. Ery Satria Pamungkas, M. Azis Hakim dan Irvan Aprialdi yang telah membantu *me-*lay out** buku ini, Sdr. Subhan

Hariri yang telah membuat indeks buku ini, dan semua pihak yang turut membantu hingga terbitnya buku ini.

Akhirnya, kami sampaikan selamat membaca dan semoga membawa manfaat bagi perkembangan ketatanegaraan di Indonesia.

Jakarta, Juli 2006
Sekretaris Jenderal
Mahkamah Konstitusi RI

Janedjri M. Gaffar

KATA PENGANTAR

Bismilahirrahmanirrahim,

Buku ini saya persembahkan sebagai bahan kajian bagi para mahasiswa dan pemula, para dosen, pemerhati hukum, serta para peminat pada umumnya yang tertarik untuk mempelajari seluk-beluk mengenai hukum tata negara sebagai ilmu pengetahuan hukum. Sebenarnya, banyak buku yang sudah ditulis oleh para ahli mengenai hal ini sebelumnya. Akan tetapi, di samping tidak dimaksudkan sebagai buku teks yang bersifat menyeluruh, pada umumnya buku-buku tersebut ditulis pada kurun waktu sebelum reformasi. Oleh karena itu, buku-buku teks yang sampai sekarang masih dipakai sebagai pegangan dalam perkuliahan hukum tata negara di berbagai fakultas hukum di tanah air kita dewasa ini sudah banyak yang ketinggalan zaman.

Buku-buku dimaksud dapat dikatakan ketinggalan zaman, karena dua sebab utama. *Pertama*, dunia pada umumnya di abad ke-21 sekarang ini telah berubah secara sangat mendasar, sehingga menyebabkan struktur dan fungsi-fungsi kekuasaan negara juga mengalami perubahan yang sangat *significant* apabila dibandingkan dengan masa-masa sebelumnya. Perubahan-perubahan mendasar itu tidak hanya terjadi di lapangan perekonomian global, tetapi juga di bidang kebudayaan dan di bidang sosial politik yang mau tidak mau telah pula mempengaruhi format dan fungsi kekuasaan di hampir semua negara di dunia.

Dikarenakan perubahan-perubahan yang bersifat global atau mondial itu, hubungan saling pengaruh

mempengaruhi antara sistem konstitusi menjadi suatu keniscayaan. Dikotomi antara nasionalisme *versus* internasionalisme sistem hukum dan konstitusi juga semakin tipis batasan-batasannya. Bahkan, karena perkembangan Uni Eropa yang semakin menguat tingkat kohesi dan integrasinya, maka kedaulatan sistem hukum dan konstitusi masing-masing negara anggotanya juga semakin cair. Apalagi, sebagai akibat kuat dan luasnya pengaruh gelombang liberalisme di hampir semua negara di dunia, peran pemerintah dan negara pada umumnya terus menerus dituntut untuk dikurangi melalui kebijakan demokratisasi, privatisasi, deregulasi, debirokratisasi, dan pemajuan hak asasi manusia di semua sektor kehidupan. Akibatnya, format organisasi negara dan fungsi-fungsi kekuasaan negara juga dipaksa oleh keadaan untuk berubah secara mendasar.

Kedua, setelah era reformasi, Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) juga telah mengalami perubahan yang sangat mendasar di hampir semua aspeknya. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai hukum dasar dan hukum tertinggi dalam sistem hukum Indonesia telah mengalami perubahan secara besar-besaran. Jumlah ketentuan yang tercakup dalam naskah UUD 1945 yang asli mencakup 71 butir ketentuan. Sekarang, setelah mengalami empat kali perubahan dalam satu rangkaian proses perubahan dari tahun 1999 sampai dengan tahun 2002, butir ketentuan yang tercakup di dalamnya menjadi 199 butir. Dari ke-199 butir ketentuan itu, hanya 25 butir ketentuan yang berasal dari naskah asli yang disahkan oleh Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) pada tanggal 18 Agustus 1945. Selebihnya, yaitu sebanyak 174 butir ketentuan, dapat dikatakan merupakan ketentuan yang baru sama sekali.

Banyak pihak yang merasa kecewa atau bahkan menentang perubahan secara besar-besaran dan menda-

sar tersebut. Bahkan di kalangan guru besar hukum tata negara sendiri banyak juga yang terlibat dalam gerakan politik yang berusaha untuk mengubah atau bahkan mengembalikan hasil perubahan yang sudah ditetapkan itu ke naskah UUD 1945 yang asli sebagaimana disahkan pada tahun 1945. Namun, terlepas dari perbedaan-perbedaan pendapat yang demikian, naskah Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sudah berubah dan perubahannya itu sudah disahkan secara konstitusional. Oleh karena itu, sekarang bukan lagi saatnya untuk menyatakan setuju atau tidak setuju. Akan tetapi, sekarang adalah saatnya untuk melaksanakan segala ketentuan UUD 1945 pasca perubahan itu secara konsekuen.

Jikapun perbedaan pendapat yang terjadi dapat dikembangkan dalam tataran ilmiah, maka tentunya perbedaan-perbedaan itu justru dapat memperkaya perspektif bagi perkembangan ilmu hukum tata negara positif di Indonesia. Akan tetapi, para *jurist* dan para calon *jurist* di bidang hukum tata negara harus pula memahami bahwa norma hukum dasar sebagai hukum yang tertinggi sebagaimana tertuang dalam ketentuan UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 adalah sah dan mengikat secara konstitusional sejak ditetapkan. Oleh karena itu, sistem hukum dan ketatanegaraan Indonesia pasca Perubahan UUD 1945 harus pula berubah secara mendasar sesuai dengan tuntutan baru UUD 1945. Bersamaan dengan itu, buku-buku teks dan buku-buku pelajaran lainnya yang berkenaan dengan sistem hukum dan ketatanegaraan Indonesia dewasa ini juga harus diubah dan disesuaikan secara besar-besaran pula. Oleh sebab itulah, buku ini dipersembahkan dengan harapan agar dapat membantu para mahasiswa, para dosen, dan para peminat pada umumnya yang berusaha untuk memahami segala seluk-beluk hukum tata negara sebagai satu cabang ilmu pengetahuan hukum.

Oleh karena luasnya masalah yang perlu dibahas, saya sengaja membagi dua buku ini menjadi (i) Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara, dan (ii) Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia. Buku pertama adalah pengantar bagi kajian hukum tata negara pada umumnya sebagai satu cabang ilmu pengetahuan hukum. Materi buku pertama inilah yang biasa disebut sebagai Hukum Tata Negara Umum. Sedangkan buku yang kedua berkenaan dengan materi Hukum Tata Negara Positif yang berlaku di Indonesia. Oleh karena banyaknya materi yang penting, maka pada Buku kedua ini juga diberi judul “Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia”, karena sifatnya hanya sebagai pengantar saja. Artinya, bagi mereka yang berminat untuk mengkaji materi tertentu secara lebih mendalam lagi, perlu membaca buku yang tersendiri mengenai hal-hal dimaksud. Karena luasnya pembahasan dalam buku pertama, maka buku pertama tersebut dibagi menjadi dua Jilid. Buku ini adalah Jilid I yang khusus membahas masalah bidang Ilmu Hukum Tata Negara mulai dari sisi definisi, metode, hingga pada pergeseran dalam orientasinya.

Namun sebenarnya, buku mengenai apa saja yang berkenaan dengan buku Hukum Tata Negara, baik yang bersifat umum ataupun yang bersifat positif, sangat terasa masih sangat kurang di Indonesia. Terlebih lagi, buku-buku yang sengaja diabdikan untuk membahas hukum tata negara sebagai ilmu pengetahuan di antara sedikit buku tentang hukum tata negara, pada umumnya hanya membahas mengenai hukum tata negara positif yang berlaku di Indonesia. Sangat sedikit yang secara khusus membahas teori umum tentang hukum tata negara. Oleh sebab itu, saya berusaha mengisi kekosongan tersebut dengan menerbitkan buku ini sebagaimana mestinya.

Lahirnya buku ini tentunya juga atas dukungan dan keterlibatan dari berbagai pihak. Untuk itu saya ucapkan terima kasih kepada seluruh pihak yang telah

ikut membidani dalam penyusunan buku ini. Besar harapan saya bahwa kiranya buku ini dapat dijadikan sebagai salah satu buku pedoman Hukum Tata Negara bagi siapapun. Syukur-syukur buku ini dapat pula dijadikan sebagai buku pegangan bagi setiap mahasiswa Fakultas Hukum dalam mempelajari seluk-beluk ilmu hukum tata negara.

Semoga Tuhan Yang Maha Kuasa memberkati kita semua. Amiin.

Jakarta, Juli 2006

Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.

DAFTAR ISI

Dari Penerbit ~ v
Kata Pengantar ~ vii
Daftar Isi ~ xiii

BAB I PENDAHULUAN

- A. Latar Belakang ~ 1
- B. Ruang Lingkup Pembahasan ~ 7
- C. Pendekatan Pembahasan ~ 8

BAB II DISIPLIN ILMU HUKUM TATA NEGARA

- A. Negara sebagai Objek Ilmu Pengetahuan ~ 11
- B. Ilmu Hukum Tata Negara ~ 15
 - 1. Peristilahan ~ 15
 - 2. Definisi Hukum Tata Negara ~ 23
 - 3. Hukum Tata Negara Formil dan Materiel ~ 37
 - 4. Hukum Tata Negara Umum dan Hukum Tata Negara Positif ~ 39
 - 5. Hukum Tata Negara Statis dan Dinamis ~ 41
- C. Keluarga Ilmu Hukum Kenegaraan ~ 42
 - 1. Keluarga Ilmu Hukum Kenegaraan Pada Umumnya ~ 42
 - 2. Hukum Tata Negara dan Ilmu Politik serta Ilmu Sosial Lainnya ~ 44

- 3. Hukum Tata Negara dan Ilmu Negara ~ 46
- 4. Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara ~ 50
- 5. Hukum Tata Negara dan Hukum Internasional Publik ~ 65
- 6. Kecenderungan Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi Negara, dan Hukum Internasional Publik ~ 66
- D. Objek dan Lingkup Kajian Hukum Tata Negara ~ 70
- E. Objek Dan Lingkup Kajian Hukum Administrasi Negara ~ 80

BAB III KONSTITUSI SEBAGAI OBJEK KAJIAN HUKUM TATA NEGARA

- A. Sejarah Konstitusi ~ 89
 - 1. Terminologi Klasik: *Constitutio*, *Politeia*, dan *Nomoi* ~ 89
 - 2. Warisan Yunani Kuno (Plato dan Aristoteles) ~ 95
 - 3. Warisan Cicero (Romawi Kuno) ~ 102
 - 4. Warisan Islam: Konstitusionalisme dan Piagam ~ 106
 - 5. Gagasan Modern: Terminologi Konstitusi ~ 113
- B. Arti dan Pengertian Konstitusi ~ 119
- C. Nilai dan Sifat Konstitusi ~ 135
 - 1. Nilai Konstitusi ~ 135
 - 2. Konstitusi Formil dan Materiel ~ 137
 - 3. Luwes (*Flexible*) atau Kaku (*Rigid*) ~ 142
 - 4. Konstitusi Tertulis dan Tidak Tertulis ~ 148
- D. Tujuan dan Hakikat Konstitusi ~ 149

BAB IV
SUMBER HUKUM TATA NEGARA

- A. Sumber Hukum Tata Negara ~ 151
 - 1. Pengertian Sumber Hukum ~ 151
 - 2. Sumber Hukum Tata Negara ~ 158
 - 3. Contoh Sumber Hukum Tata Negara Inggris ~ 182
 - 4. Sumber Hukum Primer, Sekunder, dan Tertier ~ 193
- B. Sumber Hukum Tata Negara Indonesia ~ 197
 - 1. Sumber Materiel dan Formil ~ 197
 - 2. Peraturan Dasar dan Norma Dasar ~ 199
 - 3. Peraturan Perundang-undangan ~ 202
 - 4. Konvensi Ketatanegaraan ~ 228
 - 5. Traktat (Perjanjian) ~ 230
- C. Konvensi Ketatanegaraan ~ 236
 - 1. Hakikat Konvensi Ketatanegaraan ~ 236
 - 2. Pengakuan Hakim terhadap Konvensi (*Judicial Recognition*) ~ 249
 - 3. Fungsi Konvensi Ketatanegaraan ~ 254
 - 4. Beberapa Contoh Konvensi di Indonesia ~ 256

BAB V
PENAFSIRAN DALAM HUKUM TATA NEGARA

- A. Penafsiran dan Anatomi Metode Tafsir ~ 273
- B. Hermeneutika Hukum ~ 308

BAB VI
PRAKTIK HUKUM TATA NEGARA

- A. Pergeseran Orientasi Politis ke Teknis ~ 315
- B. Lahan Praktik Hukum Tata Negara ~ 323
- C. Praktik Peradilan Tata Negara ~ 332

- 1. Peradilan Tata Negara ~ 332
- 2. Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang ~ 335
- 3. Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara ~ 336
- 4. Pembubaran Partai Politik ~ 338
- 5. Perselisihan Hasil Pemilu ~ 339
- 6. Pemakzulan Presiden dan/atau Wakil Presiden ~ 341
- 7. Kebutuhan akan Sarjana Hukum Tata Negara ~ 342

Daftar Pustaka ~ 349
Daftar Indeks ~ 369
Tentang Penulis ~ 377

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Terdapat tiga hal yang melatarbelakangi penulisan buku ini. *Pertama*, dunia pustaka di tanah air sangat miskin dengan buku-buku yang berisi informasi yang luas dan mendalam dengan perspektif yang bersifat alternatif. Informasi dan hasil analisis kritis mengenai berbagai soal dalam bidang ilmu hukum tata negara dalam buku ini merupakan alternatif pilihan terhadap semua buku dan karya yang sudah ada selama ini. Kadang-kadang buku-buku yang tersedia hanyalah buku yang berisi kumpulan peraturan perundang-undangan di bidang politik dan ketatanegaraan dengan tambahan komentar dan catatan yang serba *sumir*, tanpa kedalaman analisis dengan berbasis teori-teori yang telah berkembang pesat di lingkungan negara-negara maju. Oleh karena itu, buku dengan kedalaman pengertian tentang berbagai aspek ilmiah tentang hukum tata negara sungguh diperlukan.

Kedua, dari segi jumlahnya, buku-buku yang tersedia di perpustakaan dan di toko buku juga sangat terbatas. Oleh sebab itu, dibutuhkan lebih banyak buku untuk mendorong peningkatan pengkajian-pengkajian yang lebih intensif oleh para mahasiswa dan peminat masalah ketatanegaraan.

Budaya baca di kalangan masyarakat kita sangatlah lemah, dan demikian pula budaya menulis juga sangat terbatas, apalagi untuk menjadi penulis buku-buku yang bermutu. Menjadi penulis yang baik saja pun sekarang ini belumlah dapat dijadikan andalan untuk

hidup. Karena tidak ada orang yang mampu hidup hanya dengan mengandalkan kemampuan menulis.

Oleh karena itu, buku yang bermutu juga menjadi sangat kurang jumlahnya. Kata kuncinya tidak lain adalah bahwa konsumen dan konsumsi buku di masyarakat kita masih sangat tipis jumlahnya, sehingga tidak dapat menggerakkan roda industri buku untuk dapat tumbuh sehat. Untuk itu, sebagai seorang guru dalam pendidikan hukum yang kebetulan mendapat kepercayaan menjadi Ketua Mahkamah Konstitusi, di tengah kesibukan kerja sehari-hari, saya merasa bertanggung jawab secara moral untuk terus menulis buku untuk kepentingan mahasiswa dan masyarakat peminat lainnya.

Ketiga, perkembangan ketatanegaraan Indonesia sendiri sesudah terjadinya reformasi nasional sejak tahun 1998 yang kemudian diikuti oleh terjadinya Perubahan UUD 1945 secara sangat mendasar sebanyak empat kali, yaitu pada tahun 1999, 2000, 2001, dan 2002, telah mengubah secara mendasar pula cetak biru (*blue-print*) ketatanegaraan Indonesia di masa yang akan datang. Oleh karena itu, diperlukan banyak buku baru yang dapat menggambarkan perspektif-perspektif baru itu, tidak saja di dunia teori, tetapi juga di bidang hukum positif yang sekarang berlaku.

Sampai sekarang, pemasyarakatan UUD 1945 pasca Perubahan Keempat relatif masih sangat terbatas. Padahal, isinya telah mengalami perubahan lebih dari 300 persen. Sebagai gambaran, sebelum diadakan Perubahan, naskah UUD 1945 berisi 71 butir ketentuan ayat atau pasal. Akan tetapi sekarang, setelah mengalami 4 (empat) kali perubahan, ketentuan yang terkandung di dalamnya menjadi 199 butir. Dari rumusan ketentuan yang asli, hanya tersisa 25 butir saja yang sama sekali tidak berubah. Sedangkan selebihnya, yaitu 174 butir, sama sekali merupakan butir-butir ketentuan baru dalam

UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Artinya, meskipun namanya masih menggunakan nama lama dengan penegasan kembali dengan nama resmi “Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945”, tetapi isinya sudah lebih dari 300 persen baru. Untunglah bahwa pembukaannya tidak mengalami perubahan, dan naskah standar yang dijadikan pegangan dalam melakukan perubahan itu adalah naskah UUD 1945 sebagaimana Dekrit Presiden 5 Juli 1959. Dengan demikian, meskipun isinya sudah mengalami perubahan lebih dari 300 persen, tetapi jiwanya tetap jiwa proklamasi, dan orisinalitas ideologinya tetap terpelihara sesuai naskah aslinya yang diwarisi dari tahun 1945.

Namun, sebagai akibat dari perubahan yang sangat mendasar dan bersifat besar-besaran itu, tidak ada jalan lain, harus ada upaya bersengaja untuk menyebarluaskan pengertian-pengertian baru dalam UUD 1945, terutama di kalangan para calon ahli hukum sendiri, yaitu para mahasiswa hukum di seluruh tanah air. Untuk itu, penulisan buku ini termasuk dalam rangka kebutuhan yang amat mendesak mengenai pemasyarakatan kesadaran akan konstitusi “baru” Indonesia, yaitu UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 pasca perubahan. Banyak kalangan dosen dan bahkan banyak pula para guru besar hukum tata negara sendiri serta para ahli hukum pada umumnya yang belum sungguh-sungguh memahami pengertian-pengertian baru dalam substansi perubahan yang terjadi dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Lagi pula, di kalangan para sarjana hukum Indonesia sejak dulu, terdapat pula kebiasaan buruk mengenai cara berpikir politis tentang hukum. Para sarjana hukum sering berpikir mengenai apa yang ia inginkan dengan suatu ketentuan hukum, bukan apa yang diinginkan oleh perumusan norma hukum itu sendiri. Orang

sering terjebak dalam keinginannya sendiri mengenai apa yang semestinya diatur, bukan apa yang dikehendaki oleh peraturan itu sendiri. Para sarjana hukum kita cenderung bersikap sebagai politisi hukum daripada bersikap sebagai *jurist*. Perhatian para sarjana hukum kebanyakan tertuju kepada politik hukum (*legal policy*) daripada norma hukum itu sendiri. Para sarjana hukum, apalagi di kalangan aktivis di lapangan, para advokat, ataupun para dosen yang terlibat aktif sebagai pengamat, cenderung bertindak sebagai sarjana patriotis yang ingin memperjuangkan nilai agar dapat turut memperbaiki hukum.

Kecenderungan demikian biasanya dibungkus pula oleh alasan yang bersifat pseudo-ilmiah, dengan mendasarkan diri pada teori-teori ilmiah yang secara salah kaprah dipergunakan. Misalnya, dikatakan bahwa sarjana hukum tidak boleh berpikir dogmatis-positivistik, atau sarjana hukum sudah seharusnya mengutamakan perasaan keadilan yang hidup dalam masyarakat, sehingga tidak perlu terpaku kepada bunyi teks. Padahal, ukuran perasaan keadilan itu sangat relatif dan cenderung menyebabkan penerapan hukum menjadi sangat dipengaruhi oleh faktor-faktor kekuatan politik majoritarian.

Apabila dipandang dari segi kebutuhan akan pembaruan hukum di negara kita yang dewasa ini sedang berubah menjadi lebih demokratis dan berkeadilan, hal itu tentu merupakan fenomena yang baik dan positif. Upaya melakukan perombakan memerlukan sikap kritis dari banyak kalangan, terutama dari kalangan para ahli hukum sendiri. Namun, kebiasaan semacam itu jika tidak terkendali, justru dapat menyebabkan terjadinya destabilisasi dan disharmoni dalam diskursus publik (*public discourse*) yang pada gilirannya menyebabkan semakin kacaunya tertib hukum nasional kita.

Demikian pula dalam memahami ketentuan undang-undang dasar, sarjana hukum banyak yang tidak berusaha memahami apa yang terkandung di dalam UUD 1945, melainkan mengajukan pikirannya sendiri yang seharusnya ada dalam UUD 1945. Pikiran dan harapannya itulah yang dijadikan bahan dalam memahami apa yang diatur dalam pasal-pasal UUD 1945. Akibatnya, yang berkembang di antara para ahli hukum bukanlah pengertian-pengertian yang terkandung di dalam rumusan-rumusan naskah UUD 1945, melainkan apa yang mereka setuju atau yang mereka ingin untuk dirumuskan dalam naskah UUD 1945.

Hal inilah sebenarnya yang membedakan seorang ilmuwan hukum dari seorang politisi hukum. Norma hukum bagi *jurist* dan ilmuwan hukum adalah apa adanya (*das sein*), sedangkan bagi para politisi hukum merupakan norma yang seharusnya (*das sollen*). Para *jurist* lebih mengutamakan norma hukum yang mengikat atau *ius constitutum*, sedangkan para politisi hukum lebih menekankan *ius constituendum* atau hukum yang dicita-citakan. Kebiasaan demikian itu pada gilirannya dapat semakin mempersulit upaya kita untuk memasyarakatkan kesadaran dan menyebarkan pengertian-pengertian baru dalam Undang-Undang Dasar 1945 pasca Perubahan Pertama, Kedua, Ketiga, dan Perubahan Keempat.

Keempat, keadaan dunia dewasa ini juga telah mengalami perubahan yang sangat pesat dan mendasar, apabila dibandingkan dengan keadaan di masa-masa lalu pada abad ke-20. Kehidupan kenegaraan di seluruh dunia dewasa ini juga berubah dengan sangat fundamental sehingga teori-teori dan konsep-konsep hukum yang berlaku di masa lalu juga banyak yang menjadi tidak relevan lagi dengan kebutuhan zaman sekarang. Demikian pula halnya dengan bidang hukum tata negara, banyak sekali konsep-konsep baru yang muncul dan pe-

ngertian-pengertian lama yang sudah tidak cocok lagi untuk dijadikan pegangan ilmiah.

Misalnya saja, teori mengenai susunan organisasi negara yang selama berabad-abad dipahami terdiri atas tiga kemungkinan bentuk, yaitu negara kesatuan (*unitary state* atau *eenheidsstaat*), negara serikat atau federal (*bondstaat*), dan negara konfederasi (*confederation*). Sekarang kita menyaksikan terbentuknya wadah Uni Eropa (*European Union*) di antara negara-negara Eropa Bersatu yang dari waktu ke waktu terus menguat derajat integrasinya menjadi suatu komunitas kenegaraan yang sama sekali tidak dapat dikategorikan sebagai salah satu dari ketiga bentuk susunan organisasi negara tersebut di atas.

Kelima, sebagai akibat dari gelombang globalisasi ekonomi dan kebudayaan umat manusia, meluas pula hubungan saling pengaruh mempengaruhi mengenai pola-pola kehidupan bernegara dan aspek-aspek ketatanegaraan di berbagai negara, sehingga hukum tata negara sebagai bidang ilmu pengetahuan juga tidak lagi terkungkung dalam ruang-ruang nasionalisme norma konstitusi masing-masing negara. Para mahasiswa hukum harus menangkap pula kecenderungan baru dimana hukum tata negara sebagai bidang hukum yang bersifat internal suatu negara mulai menyatu atau setidaknya saling pengaruh mempengaruhi dengan bidang kajian hukum internasional publik. Hukum tata negara meluas dari sempitnya orientasi selama ini yang hanya bersifat internal ke arah orientasi eksternal, sehingga ilmu hukum tata negara di samping harus dipelajari sebagai bidang ilmu hukum tata negara positif, juga harus dipelajari sebagai bidang ilmu hukum tata negara umum.

Hukum tata negara positif hanya berkisar kepada norma-norma hukum dasar yang berlaku di satu negara, sedangkan hukum tata negara umum mempelajari juga fenomena hukum tata negara pada umumnya. Hukum

Tata Negara Positif hanya mempelajari hukum yang berlaku di Indonesia saja dewasa ini. Tetapi Hukum Tata Negara Umum mempelajari gejala-gejala ilmiah hukum tata negara pada umumnya. Oleh karena itu, judul yang dipilih untuk buku ini bukanlah “Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia”, melainkan “Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara” saja.

B. Ruang Lingkup Pembahasan

Buku ini dimaksudkan sebagai bacaan bagi mahasiswa Strata-1 dan para pemula yang ingin mengetahui mengenai garis besar ruang lingkup ilmu pengetahuan hukum yang dinamakan ilmu Hukum Tata Negara. Oleh karena itu buku ini diberi judul “Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara”. Dari judul ini, *pertama* dapat diketahui bahwa buku ini hanyalah merupakan bagian pengantar untuk pengkajian yang lebih mendalam mengenai ilmu hukum tata negara. Artinya, yang dibahas dalam buku ini barulah kulit atau hal-hal yang belum merupakan substansi pokok ilmu hukum tata negara itu. Pada jilid I ini belum dibahas mengenai prinsip-prinsip dasar dalam hukum tata negara seperti konsep pembatasan kekuasaan dan implikasinya terhadap struktur kekuasaan yang biasanya dibagi dalam cabang-cabang legislatif, eksekutif, dan yudisial, yang akan dibahas pada jilid II. Buku ini benar-benar baru bersifat pengantar ke arah studi yang lebih mendalam mengenai materi ilmu hukum tata negara itu.

Kedua, dalam judul ini, juga tergambar bahwa isi buku ini merupakan pengantar terhadap kajian ilmu hukum tata negara yang bersifat umum, yang tidak hanya terbatas kepada hukum tata negara positif, dalam arti hukum tata negara Indonesia yang dewasa ini sedang berlaku. Oleh karena itu, lingkup pembahasan dalam buku ini bersifat mengantarkan studi yang lebih luas dan

mendalam mengenai berbagai aspek hukum tata negara sebagai bidang ilmu pengetahuan hukum. Di dalamnya dapat saja tercakup pula aspek-aspek hukum tata negara positif yang berlaku di Indonesia, tetapi hal itu bukanlah menjadi muatan utamanya.

Sebagai buku Pengantar, maka tentulah tidak semua aspek pengantar itu akan diuraikan di sini. Dalam buku ini, hanya diuraikan beberapa aspek pembahasan yang berkenaan dengan (i) disiplin ilmu hukum tata negara sebagai salah satu cabang ilmu pengetahuan hukum kenegaraan, (ii) gagasan umum tentang konstitusi, (iii) sumber-sumber hukum tata negara atau *the laws of the constitution*, (iv) konvensi ketatanegaraan atau *the conventions of the constitution*, dan (v) metode-metode penafsiran yang dikenal dalam hukum tata negara; serta (vi) berbagai aspek mengenai praktik hukum tata negara.

Dengan demikian, dalam buku ini, belum diuraikan mengenai persoalan-persoalan pokok yang biasa dibahas dalam ilmu hukum tata negara, seperti bentuk dan susunan organisasi negara, fungsi-fungsi kekuasaan legislatif, eksekutif, dan yudisial, sistem kepartaian dan pemilihan umum, kewarganegaraan, dan sebagainya. Pada saatnya, hal-hal yang dimaksud itu akan dibahas dalam Jilid II.

C. Pendekatan Pembahasan

Dalam menyusun buku ini, penulis sangat menyadari bahwa banyak buku-buku teks yang biasa dipakai sehari-hari sebagai buku wajib oleh mahasiswa dan dosen hukum di tanah air kita, banyak yang sudah ketinggalan atau *obsolete*. Akan tetapi, saya sendiri tidak bermaksud meniadakan atau menafikan sumbangan yang telah diberikan oleh buku-buku tersebut sebelumnya. Buku-buku lama itu menurut saya masih tetap berguna

dan bagi mereka yang memilikinya masih tetap dapat menggunakannya sebagai bahan perbandingan.

Misalnya saja, di lingkungan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, buku karya Mohammad Kusnardi dan Harmaily Ibrahim (keduanya sudah almarhum) dengan judul “Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia” masih terus dipakai sebagai buku pegangan mahasiswa sampai sekarang. Isinya jelas sudah sangat banyak ketinggalan, tetapi tetap penting untuk dijadikan pegangan bagi dosen dan mahasiswa. Bahkan, oleh sebab itu, buku ini juga ditulis dengan berpatokan pada apa yang ditulis oleh Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim tersebut. Dengan demikian, buku teks yang lama ini tidak perlu seluruhnya dihapuskan, karena banyak bagian yang masih tetap dapat dipakai sampai sekarang.

Hanya saja, jika buku teks lama ini dibaca tanpa dilengkapi dengan buku baru, pemahaman pembacanya dapat tergelincir kepada kesalahan fatal. Banyak sekali pengertian-pengertian baru yang telah berubah secara fundamental baik karena pengaruh perubahan global, nasional, regional, maupun perubahan yang bersifat lokal. Semua itu memerlukan keterangan-keterangan dan penjelasan-penjelasan baru yang hanya dapat dibaca dalam buku-buku yang baru pula.

Di samping itu, pembahasan dalam buku ini tidak dilakukan semata-mata secara normatif ataupun menurut peraturan hukum positif, melainkan melalui deskriptif-analitis. Pembahasan dilakukan melalui pendeskripsian pendapat ahli mengenai persoalan yang dibahas dengan contoh-contoh yang dipraktikkan di berbagai negara. Baru setelah itu, pembahasan dikaitkan pula dengan pengalaman praktik ketatanegaraan di Indonesia.

BAB II DISIPLIN ILMU HUKUM TATA NEGARA

A. Negara Sebagai Objek Ilmu Pengetahuan

Negara merupakan gejala kehidupan umat manusia di sepanjang sejarah umat manusia. Konsep negara berkembang mulai dari bentuknya yang paling sederhana sampai ke yang paling kompleks di zaman sekarang. Sebagai bentuk organisasi kehidupan bersama dalam masyarakat, negara selalu menjadi pusat perhatian dan obyek kajian bersamaan dengan berkembangnya ilmu pengetahuan umat manusia. Banyak cabang ilmu pengetahuan yang menjadikan negara sebagai objek kajiannya. Misalnya, ilmu politik, ilmu negara, ilmu hukum kenegaraan, ilmu Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi Negara, dan ilmu Administrasi Pemerintahan (*Public Administration*), semuanya menjadikan negara sebagai pusat perhatiannya.

Namun demikian, apa sebenarnya yang diartikan orang sebagai negara tentulah tidak mudah untuk didefinisikan. Meskipun diakui merupakan istilah yang sulit didefinisikan, O. Hood Phillips, Paul Jackson, dan Patricia Leopold mengartikan negara atau *state* sebagai:

*“An independent political society occupying a defined territory, the members of which are united together for the purpose of resisting external force and the preservation of internal order.”*¹

Dikatakan pula oleh Phillips, Jackson, dan Leopold:

¹ O. Hood Phillips, Paul Jackson and Patricia Leopold, *Constitutional and Administrative Law*, 8th edition, (London: Sweet and Maxwell, 2001), hal. 4.

*“No independent political society can be termed as state unless it professes to exercise both these functions; but no modern state of any importance contents itself with this narrow range of activity. As civilisation becomes more complex, population increases and social conscience arises, the needs of the governed call for increased attention; taxes have to be levied to meet these needs; justice must be administered, commerce regulated, educational facilities and many other social services provided.”*²

Selanjutnya dikemukakan juga oleh ketiga sarjana Inggris tersebut:

*“A fully developed modern state is expected to deal with a vast mass of social problems, either by direct activity or by supervision, or regulation. In order to carry out these functions, the state must have agents or organs through which to operate. The appointment or establishment of these agents or organs, the general nature of their functions and powers, their relations inter and between them and the private citizen, form a large part of the constitution of a state.”*³

Secara sederhana, oleh para sarjana sering diuraikan adanya 4 (empat) unsur pokok dalam setiap negara,⁴ yaitu (i) *a definite territory*, (ii) *population*, (iii) *a Government*, dan (iv) *Sovereignty*. Namun demikian, untuk menguraikan pengertian negara dalam tataran yang lebih filosofis, dapat pula merujuk kepada pendapat Hans Kelsen dalam bukunya *“General Theory of Law and State”*.⁵ yang menguraikan pandangannya tentang

² *Ibid.*, hal. 4-5.

³ *Ibid.*, hal. 5.

⁴ A. Appadorai, *The Substance of Politics*, (India: Oxford University Press, 2005), hal. 11.

⁵ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (New York: Russel and Russel, 1961), hal. 188-191.

negara atau *state a juristic entity* dan *state as a politically organized society* atau *state as power*. Elemen negara menurut Kelsen mencakup: (i) *The Territory of the State*, seperti mengenai pembentukan dan pembubarannya negara, serta mengenai pengakuan atas negara dan pemerintahan;⁶ (ii) *Time Element of the State*, yaitu waktu pembentukan negara yang bersangkutan; (iii) *The People of the State*, yaitu rakyat negara yang bersangkutan; (iv) *The Competence of the State as the Material Sphere of Validity of the National Legal Order*, misalnya yang berkaitan dengan pengakuan internasional; (v) *Conflict of Laws*, pertentangan antar tata hukum; (vi) *The so-called Fundamental Rights and Duties of the States*, soal jaminan hak dan kebebasan asasi manusia; dan (vii) *The Power of the State*, aspek-aspek mengenai kekuasaan negara.⁷

Negara sebenarnya merupakan konstruksi yang diciptakan oleh umat manusia (*human creation*) tentang pola hubungan antar manusia dalam kehidupan bermasyarakat yang diorganisasikan sedemikian rupa untuk maksud memenuhi kepentingan dan mencapai tujuan bersama. Apabila perkumpulan orang bermasyarakat itu diorganisasikan untuk mencapai tujuan sebagai satu unit pemerintahan tertentu, maka perkumpulan itu dapat dikatakan diorganisasikan secara politik, dan disebut *body politic* atau negara (*state*) sebagai *a society politically organized*.⁸

Negara sebagai *body politic* itu oleh ilmu negara dan ilmu politik sama-sama dijadikan sebagai objek uta-

⁶ Pengakuan atas suatu negara meliputi persoalan *recognition of a community as a state*, pengakuan *de facto* atau *de jure*, pengakuan dengan kekuatan yang bersifat retroaktif, pengakuan melalui penerimaan oleh organisasi PBB, pengakuan terhadap pemerintahan dan pengakuan terhadap *insurgents* sebagai *a belligerent power*. *Ibid.* hal. 221-231.

⁷ *Ibid.*, hal. 207-267.

⁸ Appadorai, *Op. Cit.*, hal. 3.

ma kajiannya. Sementara, ilmu Hukum Tata Negara mengkaji aspek hukum yang membentuk dan yang dibentuk oleh organisasi negara itu. Ilmu politik melihat negara sebagai *a political society* dengan memusatkan perhatian pada 2 (dua) bidang kajian, yaitu teori politik (*political theory*) dan organisasi politik (*political organization*). Ilmu Politik sebagai bagian dari ilmu sosial lebih memusatkan perhatian pada negara sebagai realitas politik. Seperti dikatakan oleh M.G. Clarke:

“... *politics can only be understood through the behaviour of its participants and that this behaviour is determined by 'social forces': social, economic, racial factions, etc*”.⁹

Ilmu politik hanya dapat dimengerti melalui perilaku para partisipannya yang ditentukan oleh kekuatan-kekuatan sosial, ekonomi, kelompok-kelompok rasial, dan sebagainya. Lebih lanjut, Clarke menyatakan bahwa legalisme itu bersifat *redundant* dalam studi ilmu politik, tetapi bahwa *the rules of the constitution* dan, lebih penting lagi, struktur-struktur institusional pemerintahan negara, bukanlah hal yang relevan untuk dipersoalkan dalam ilmu politik. Struktur kelembagaan negara itu, menurut Clarke, tidak mempunyai pengaruh yang berarti perilakulah yang menjadi subjek utama dalam ilmu politik.¹⁰ Orang boleh menerima begitu saja pendapat Clarke ini dalam kerangka studi ilmu politik, tetapi di lingkungan negara-negara yang sedang berkembang, banyak studi ilmu sosial lainnya yang justru menunjukkan gejala yang sebaliknya, yaitu bahwa peranan institusi

⁹ Pengantar M.G. Clarke sebagai editor buku C.F. Strong, *Modern Political Constitutions: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Forms*, (London: Sidgwick & Jackson, 1973), hal.xvi.

¹⁰ *Ibid.* “What they are saying is not just that legalism is redundant in the study of politics, but that the rules of the constitution and, more important, the institutional structures of government, are irrelevant because they don't significantly affect that behaviour which is the only subject worthy of study”.

kenegaraan itu justru sangat signifikan pengaruhnya terhadap perilaku politik warga masyarakat.

Bagi disiplin ilmu politik, pendapat Clarke itu tidak aneh. Bahkan, Robert Dahl dalam bukunya “*Preface to Democratic Theory*” (1956) juga menyatakan bahwa bagi para ilmuwan sosial yang lebih penting adalah *social not constitutional*.¹¹ Ilmu politik lebih mengutamakan dinamika yang terjadi dalam masyarakat daripada norma-norma yang tertuang dalam konstitusi negara. Hal itu tentunya sangat berbeda dari kecenderungan yang terdapat dalam ilmu hukum, khususnya ilmu hukum tata negara (*constitutional law*). Dalam studi ilmu hukum tata negara (*the study of the constitution* atau *constitutional law*), yang lebih diutamakan justru adalah norma hukum konstitusi yang biasanya tertuang dalam naskah undang-undang dasar. Di situlah letak perbedaan mendasar antara ilmu Hukum Tata Negara dari ilmu politik.

B. Ilmu Hukum Tata Negara

1. Peristilahan

Ilmu Hukum Tata Negara adalah salah satu cabang ilmu hukum yang secara khusus mengkaji persoalan hukum dalam konteks kenegaraan. Kita memasuki bidang hukum tata negara, menurut Wirjono Prodjodikoro, apabila kita membahas norma-norma hukum yang mengatur hubungan antara subjek hukum orang atau bukan orang dengan sekelompok orang atau badan hukum yang berwujud negara atau bagian dari negara.¹² Dalam bahasa Perancis, hukum tata negara disebut *Droit Constitutionnel* atau dalam bahasa Inggris

¹¹ Robert A. Dahl, *Preface to Democratic Theory*, (Chicago: University of Chicago Press, 1956), hal. 83.

¹² Wirjono Prodjodikoro, *Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia*, cet. keenam, (Jakarta: Dian Rakyat, 1989), hal. 2.

disebut *Constitutional Law*. Dalam bahasa Belanda dan Jerman, hukum tata negara disebut *Staatsrecht*, tetapi dalam bahasa Jerman sering juga dipakai istilah *verfassungsrecht* (hukum tata negara) sebagai lawan perkataan *verwaltungsrecht* (hukum administrasi negara).

Dalam bahasa Belanda, untuk perkataan hukum tata negara juga biasa dipergunakan istilah *staatsrecht* atau hukum negara (*state law*). Dalam istilah *staatsrecht* itu terkandung 2 (dua) pengertian, yaitu *staatsrecht in ruimere zin* (dalam arti luas), dan *staatsrecht in engere zin* (dalam arti sempit). *Staatsrecht in engere zin* atau Hukum Tata Negara dalam arti sempit itulah yang biasanya disebut Hukum Tata Negara atau *Verfassungsrecht* yang dapat dibedakan antara pengertian yang luas dan yang sempit. Hukum Tata Negara dalam arti luas (*in ruimere zin*) mencakup Hukum Tata Negara (*verfassungsrecht*) dalam arti sempit dan Hukum Administrasi Negara (*verwaltungsrecht*).¹³

Prof. Dr. Djokosoetono lebih menyukai penggunaan *verfassungslehre* daripada *verfassungsrecht*. Dalam berbagai kuliahnya yang dikumpulkan oleh salah seorang mahasiswanya, yaitu Harun Alrasid, pada tahun 1959,¹⁴ dan diterbitkan pertama kali pada tahun 1982, Djokosoetono berusaha mengambil jalan tengah antara Carl Schmitt yang menulis buku *Verfassungslehre* dan Hermann Heller dengan bukunya *Staatslehre*. Istilah yang tepat untuk Hukum Tata Negara sebagai ilmu (*constitutional law*) adalah *Verfassungslehre* atau teori konstitusi. *Verfassungslehre* inilah yang nantinya akan menjadi dasar untuk mempelajari *verfassungsrecht*, teru-

¹³ Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*, cet. kelima, (Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1983), hal. 22.

¹⁴ Djokosoetono, *Hukum Tata Negara*, Himpunan oleh Harun Alrasid, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982).

tama mengenai hukum tata negara dalam arti positif, yaitu hukum tata negara Indonesia.

Istilah “Hukum Tata Negara” dapat dianggap identik dengan pengertian “Hukum Konstitusi” yang merupakan terjemahan langsung dari perkataan *Constitutional Law* (Inggris), *Droit Constitutionnel* (Perancis), *Diritto Constitutionale* (Italia), atau *Verfassungsrecht* (Jerman). Dari segi bahasa, istilah *Constitutional Law* dalam bahasa Inggris memang biasa diterjemahkan sebagai “Hukum Konstitusi”. Namun, istilah “Hukum Tata Negara” itu sendiri jika diterjemahkan ke dalam bahasa Inggris, niscaya perkataan yang dipakai adalah *Constitutional Law*.¹⁵ Oleh karena itu, Hukum Tata Negara dapat dikatakan identik atau disebut sebagai istilah lain belaka dari “Hukum Konstitusi”.¹⁶

Di antara para ahli hukum, ada pula yang berusaha membedakan kedua istilah ini dengan menganggap bahwa istilah Hukum Tata Negara itu lebih luas cakupan pengertiannya dari pada istilah Hukum Konstitusi. Hukum Konstitusi dianggap lebih sempit karena hanya membahas hukum dalam perspektif teks undang-undang dasar, sedangkan Hukum Tata Negara tidak hanya terbatas pada undang-undang dasar. Perbedaan ini sebenarnya terjadi karena kesalahan dalam mengartikan perkataan konstitusi (*verfassung*) itu sendiri yang seakan-akan diidentikkan dengan undang-undang dasar (*grundgesetz*). Karena kekeliruan ter-

¹⁵ Lihat dan bandingkan Sri Soemantri, *Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia*, (Jakarta: Sinar Harapan, 1993), hal. 29. Lihat juga dalam Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1992), hal. 95

¹⁶ Lihat dan bandingkan pula pendapat dari Bagir Manan yang membedakan antara Konstitusi (UUD) dengan Hukum Konstitusi (Hukum Tata Negara). Lihat Bagir Manan, *Perkembangan UUD 1945*, (Yogyakarta: FH-UII Press, 2004), hal. 5.

sebut, Hukum Konstitusi dipahami lebih sempit daripada Hukum Tata Negara.¹⁷

Perkataan “Hukum Tata Negara” berasal dari perkataan “hukum”, “tata”, dan “negara”, yang di dalamnya dibahas mengenai urusan penataan negara. Tata yang terkait dengan kata “tertib” adalah *order* yang biasa juga diterjemahkan sebagai “tata tertib”. Tata negara berarti sistem penataan negara, yang berisi ketentuan mengenai struktur kenegaraan dan substansi norma kenegaraan. Dengan perkataan lain, ilmu Hukum Tata Negara dapat dikatakan merupakan cabang ilmu hukum yang membahas mengenai tatanan struktur kenegaraan, mekanisme hubungan antar struktur-struktur organ atau struktur kenegaraan, serta mekanisme hubungan antara struktur negara dengan warga negara.

Hanya saja, yang dibahas dalam Hukum Tata Negara atau Hukum Konstitusi itu sendiri hanya terbatas pada hal-hal yang berkenaan dengan aspek hukumnya saja. Oleh karena itu, lingkup bahasannya lebih sempit daripada Teori Konstitusi sebagaimana yang dianjurkan untuk dipakai oleh Prof. Dr. Djokosoetono, yaitu *Verfassungsslehre* atau *Theorie der Verfassung*.¹⁸ Istilah *Verfassungsslehre* itu, menurut Djokosoetono lebih luas daripada *Verfassungsrecht*. *Theorie der Verfassung* lebih luas daripada *Theorie der Verfassungsrecht*. Untuk kepentingan ilmu pengetahuan, Djokosoetono menganggap lebih tepat untuk menggunakan istilah “Teori Konstitusi” daripada “Hukum Konstitusi” ataupun “Hukum Tata Negara”. Sebab yang dibahas di dalamnya adalah persoalan konstitusi dalam arti yang luas dan tidak hanya terbatas kepada aspek hukumnya, maka yang lebih penting adalah *Theorie der Verfassung* atau *Verfassungsslehre* (Teori Konstitusi), bukan *Theorie der Verfassungsrecht*, *The-*

¹⁷ *Ibid.*, hal. 23.

¹⁸ Djokosoetono, *Op. Cit.*, hal. 45.

orie der Constitutionnel Recht (Teori Hukum Konstitusi atau Teori Hukum Tata Negara), ataupun *Theorie der Gerundgesetz* (Teori Undang-Undang Dasar).¹⁹

Sejalan dengan penggunaan kata *theorie* dan *lehre* tersebut, dapat dibandingkan pula antara *staatsrecht* dengan *staatslehre*. Dalam *staatslehre* dibahas mengenai persoalan negara dalam arti luas, sedangkan *staatsrecht* hanya mengkaji aspek hukumnya saja, yaitu hukum negara (*state law*). Dapat disebut beberapa sarjana yang mempopulerkan istilah *staatslehre* ini, misalnya adalah Hans Kelsen dalam buku "*Algemeine Staatslehre*" dan Herman Heller dalam bukunya "*Staatslehre*". Cakupan pengertiannya jelas lebih luas daripada *staatsrecht*, seperti halnya *verfassunglehre* lebih luas daripada *verfassungsrecht*.

Konstitusi atau *verfassung* itu sendiri, menurut Thomas Paine dibuat oleh rakyat untuk membentuk pemerintahan, bukan sebaliknya ditetapkan oleh pemerintah untuk rakyat. Bahkan, lebih lanjut dikatakan oleh Paine bahwa "*A constitution is a thing antecedent to a government and a government is only the creature of a constitution*". Konstitusi itu mendahului pemerintahan, karena pemerintahan itu justru dibentuk berdasarkan konstitusi. Oleh karena itu, konstitusi lebih dulu ada daripada pemerintahan.²⁰

Pengertian bahwa konstitusi mendahului pemerintahan tetap berlaku, meskipun dalam praktik banyak negara sudah lebih dulu diproklamasikan baru undang-undang dasarnya disahkan. Misalnya, *the Federal Con-*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ "*A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government, and a government without a constitution is power without right*". Lihat "Rights of Man in the Complete Works of Thomas Paine", p. 302-303 dalam Michael Allen and Brian Thompson, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, 7th edition, (London: Oxford University Press, 2003), hal. 1.

stitution of the United States of America baru disahkan pada tanggal 17 September 1787, yaitu 11 tahun setelah deklarasi kemerdekaan Amerika Serikat dari Inggris pada tanggal 4 Juli 1776. Bekas negara federasi Uni Soviet mengesahkan undang-undang dasarnya (Konstitusi Federal) pada tahun 1924, setelah 2 tahun berdirinya, yaitu pada 30 Desember 1922.²¹ Kerajaan Belanda yang sekarang juga baru mengesahkan *Grondwet* pada tanggal 2 Februari 1814, yaitu setelah 2 bulan dan 11 hari sejak proklamasi kemerdekaannya dari Perancis pada tanggal 21 November 1813. Republik Indonesia sendiri yang sudah diproklamasikan sebagai negara merdeka dan berdaulat pada tanggal 17 Agustus 1945, baru mengesahkan Undang-Undang Dasar 1945 pada tanggal 18 Agustus 1945.

Dalam ilmu hukum tata negara juga berlaku doktrin "teori fiktie hukum" (*legal fiction theory*) yang menyatakan bahwa suatu negara dianggap telah memiliki konstitusi sejak negara itu terbentuk. Terbentuknya negara itu terletak pada tindakan yang secara resmi menyatakannya terbentuk, yaitu melalui penyerahan kedaulatan (*transfer of authority*) dari negara induk seperti penjajah kepada negara jajahannya, melalui pernyataan deklarasi dan proklamasi, ataupun melalui revolusi dan perebutan kekuasaan melalui kudeta. Secara juridis formal, negara yang bersangkutan atau pemerintahan tersebut dapat dinyatakan *legal* secara formal sejak terbentuknya. Namun, legalitas tersebut masih bersifat formal dan sepihak. Oleh karena itu, derajat legitimasinya masih tergantung kepada pengakuan pihak-pihak lain.

²¹ Menurut Andrei Y. Vyshinsky, Undang-Undang Dasar Soviet menggambarkan perkembangan historis yang dialami oleh negara Soviet. Lihat dalam Andrei Y. Vyshinsky, *The Law of Soviet State*, diterjemahkan dari *the Russian* oleh Rugh W. Babb, (New York: The Macmillan Company, 1961).

Istilah *constitution*²² dalam bahasa Inggris sepadan dengan perkataan *grondwet* dalam bahasa Belanda dan *grundgesetz* dalam bahasa Jerman. *Grond* dalam bahasa Belanda memiliki makna yang sama dengan *Gerund* dalam bahasa Jerman yang berarti “dasar”. Sedangkan, *wet* atau *gesetz* biasa diartikan undang-undang. Oleh sebab itu, dalam bahasa Indonesia, *grondwet* itu disebut dengan istilah undang-undang dasar. Namun, para ahli pada umumnya sepakat bahwa pengertian kata konstitusi itu lebih luas daripada undang-undang dasar. Sarjana Belanda seperti L.J. van Apeldoorn juga menyatakan bahwa *constitutie* itu lebih luas daripada *grondwet*. Menurut Apeldoorn, *grondwet* itu hanya memuat bagian tertulis saja dari *constitutie* yang cakupannya meliputi juga prinsip-prinsip dan norma-norma dasar yang tidak tertulis. Demikian pula di Jerman, *verfassung* dalam arti konstitusi dianggap lebih luas pengertiannya daripada *grundgesetz* dalam arti undang-undang dasar.

Oleh karena itu, sampai sekarang, dalam bahasa Jerman, dibedakan antara istilah *grundrecht* (hak dasar), *verfassung*, dan *grundgesetz*. Kemudian dalam bahasa Belanda juga dibedakan antara *grond-recht* (hak dasar), *constitutie*, dan *grondwet*. Demikian pula dalam bahasa Perancis, dibedakan antara *Droit Constitutionnel* dan *Loi Constitutionnel*. Istilah yang pertama identik dengan pengertian konstitusi, sedang yang kedua adalah

²² Sebagai perbandingan, di dalam *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, *Constitution* diartikan sebagai “*The fundamental and organic law of a nation or state that establishes the institutions and apparatus of government, defines the scope of governmental sovereign powers, and guarantees individual civil rights and civil liberties*”. Sedangkan, di dalam *Oxford Dictionary of Law*, Fifth Edition, *Constitution* diartikan “*The rules and practices that determine the composition and functions of the organs of central and local government in a state and regulate the relationship between the individual and the state*”.

undang-undang dasar dalam arti konstitusi yang tertuang dalam naskah tertulis.²³ Untuk pengertian konstitusi dalam arti undang-undang dasar, sebelum dipakainya istilah *grondwet*, di Belanda pernah dipakai juga istilah *staatsregeling*. Atas prakarsa Gijsbert Karel van Hogendorp pada tahun 1813, istilah *grondwet* dipakai untuk menggantikan istilah *staatsregeling*.²⁴

Oleh sebab itu, di negeri Belanda, seperti dikatakan oleh Sri Soemantri, istilah *grondwet* itu baru digunakan pada tahun 1813.²⁵ Artinya, yang dapat diidentikkan dengan Undang-Undang Dasar negara jajahan Hindia Belanda adalah *Indische Staatsregeling*. Oleh sebab itu, dengan terbentuknya negara Republik Indonesia berdasarkan UUD 1945 pada tahun 1945, sudah seharusnya undang-undang dasar zaman Hindia Belanda ini dianggap tidak lagi mempunyai kekuatan hukum mengikat. Kalaupun berbagai peraturan perundang-undangan yang diwarisi dari zaman Hindia Belanda itu masih diberlakukan berdasarkan Aturan Peralihan UUD 1945, maka daya ikatnya tidak lagi berdasarkan ketentuan *Indische Staatsregeling*, melainkan karena UUD 1945 sendiri tetap memberlakukannya ke dalam wilayah negara Republik Indonesia yang merdeka dan berdaulat berdasarkan undang-undang dasar yang baru, semata-mata untuk mengatasi kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) yang dapat timbul karena situasi perubahan transisional sebagai negara yang baru merdeka.

Semua produk hukum masa lalu, sepanjang memang masih diperlukan haruslah dilihat sebagai produk hukum Indonesia sendiri yang memang diperlukan untuk negara hukum Indonesia. Seperti halnya di zaman

²³ Dalam bahasa Italia disebut *Diritto Constitutionale*; sedangkan dalam bahasa Arab disebut *Masturiyah*, *Dustuur*, atau *Qanun Asasi*.

²⁴ Sri Soemantri Martosoewignjo, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*, (Bandung: Alumni, 1987), hal. 1-2.

²⁵ *Ibid.*

kemerdekaan sekarang ini, cukup banyak produk peraturan perundang-undangan yang sebagian atau seluruh materinya berasal dari contoh-contoh praktik hukum di negara-negara lain yang dinilai patut untuk dicontoh.²⁶ Atas dasar alasan inilah, maka pemberlakuan produk-produk hukum peninggalan zaman Hindia Belanda dapat dibenarkan, meskipun hal itu tetap tidak menutup keharusan untuk melakukan upaya pembaruan besar-besaran terhadap produk-produk hukum masa lalu itu disesuaikan dengan kehendak perubahan zaman.

Apalagi, Indonesia dewasa ini berada dalam alam modern yang sangat ditentukan oleh (i) perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi modern, (ii) sistem demokrasi yang terus tumbuh, dengan (iii) tuntutan sistem ekonomi pasar yang semakin kuat, serta (iv) diiringi pula oleh pengaruh globalisasi dan gejolak kedaerahan yang sangat kuat. Semua ini memerlukan respons sistem hukum dan konstitusi yang dapat menjalankan fungsi kontrol dan sekaligus fungsi pendorong ke arah pembaruan terus menerus menuju kemajuan bangsa yang semakin cerdas, damai, sejahtera, demokratis, dan berkeadilan.

2. Definisi Hukum Tata Negara

Di antara para ahli hukum, dapat dikatakan tidak terdapat rumusan yang sama tentang definisi hukum dan demikian pula dengan definisi hukum tata negara sebagai hukum dan sebagai cabang ilmu pengetahuan hukum. Perbedaan-perbedaan itu sebagian disebabkan oleh faktor-faktor perbedaan pandangan di antara para ahli hukum itu sendiri, dan sebagian lagi dapat disebabkan oleh perbedaan sistem yang dianut oleh negara yang dija-

²⁶ Sebagian besar dari hal tersebut seringkali kita temukan pada peraturan perundang-undangan dalam ranah hukum perdata dan pidana baik itu dalam praktik maupun ilmu hukumnya masing-masing.

dikan objek penelitian oleh sarjana hukum itu masing-masing. Misalnya, di negara-negara yang menganut tradisi *common law* tentu berbeda dari apa yang dipraktikkan di lingkungan negara-negara yang menganut tradisi *civil law*.

Bahkan, dalam perkembangan praktik selama berabad-abad, di antara negara-negara yang menganut tradisi hukum yang sama pun dapat timbul perbedaan-perbedaan karena latar belakang sejarah antara satu negara dengan negara lain yang juga berbeda-beda. Misalnya, meskipun sama-sama menganut tradisi *common law*, antara Inggris dan Amerika Serikat jelas mempunyai sejarah hukum yang berbeda, sehingga konsep-konsep hukum dan konstitusi yang dipraktikkan di kedua negara ini juga banyak sekali yang tidak sama. Apalagi, di Inggris sendiri tidak terdapat naskah konstitusi yang bersifat tertulis dalam satu naskah UUD, sedangkan Amerika Serikat memiliki naskah UUD tertulis yang dapat dikatakan sebagai negara modern pertama yang memilikinya.

Berbagai pandangan para sarjana mengenai definisi hukum tata negara itu dapat dikemukakan antara lain sebagai berikut:

a. Christian van Vollenhoven

Menurut van Vollenhoven, hukum tata negara mengatur semua masyarakat hukum atasan dan masyarakat hukum bawahan menurut tingkatan-tingkatannya, yang masing-masing menentukan wilayah atau lingkungan rakyatnya sendiri-sendiri, dan menentukan badan-badan dalam lingkungan masyarakat hukum yang bersangkutan beserta fungsinya masing-masing, serta me-

nentukan pula susunan dan kewenangan badan-badan yang dimaksud.²⁷

Sebagai murid Oppenheim, van Vollenhoven juga mewarisi pandangan gurunya itu yang membedakan antara hukum tata negara dan hukum administrasi negara. Perbedaan itu digambarkannya dengan perumpamaan dalam hukum tata negara, melihat negara dalam keadaan diam (*in rust*), sedangkan dalam hukum administrasi negara, melihat negara dalam keadaan bergerak (*in beweging*).²⁸

b. Paul Scholten

Menurut Paul Scholten, hukum tata negara itu tidak lain adalah *het recht dat regelt de staatsorganisatie*, atau hukum yang mengatur mengenai tata organisasi negara. Dengan rumusan demikian, Scholten hanya menekankan perbedaan antara organisasi negara dari organisasi non-negara, seperti gereja dan lain-lain. Scholten sengaja membedakan antara hukum tata negara dalam arti sempit sebagai hukum organisasi negara di satu pihak dengan hukum gereja dan hukum perkumpulan perdata di pihak lain dengan kenyataan bahwa kedua jenis hukum yang terakhir itu tidak memancarkan otoritas yang berdiri sendiri, melainkan suatu otoritas

²⁷ Christian van Vollenhoven, *Staatsrecht Overzee*, (Leiden: Stenfert Kroese, 1934), hal. 30, “*Het staatsrecht heeft vooreerst alle hogere en lagere rechtsgemeenschappen met hun hierarchie te tekenen, dan van elke diergemeenschappen het grond en personen gebied te omschrijven en vervolgens aan te geven, over welke organen de verschillende overheidsfuncties verdeeld zijn bij elke dier gemeenschappen (samenstelling en bevoegdheid dier organen ter regelen)*”. Lihat Prof. Mr. J. Oppenheim, “*Nederlandsch Administratiefrecht*”, 1912, dan “*Omtrek van het Administratiefrecht*” dalam *Verhandelingen voor Gedragen in de Koninklijke Academie van Wetenschappen*.

²⁸ Djokosoetono, *Op. Cit.*, hal. 47-48.

yang berasal dari negara.²⁹ Jika yang diatur adalah organisasi negara, maka hukum yang mengaturnya itulah yang disebut sebagai hukum tata negara (*constitutional law*). Mengenai hubungan antara organisasi negara dengan warga negara, seperti mengenai soal hak asasi manusia, belum dipertimbangkan oleh Paul Scholten.

c. van der Pot

Menurut van der Pot, hukum tata negara adalah peraturan-peraturan yang menentukan badan-badan yang diperlukan beserta kewenangannya masing-masing, hubungannya satu sama lain, serta hubungannya dengan individu warga negara dalam kegiatannya.³⁰ Pandangan van der Pot ini mencakup pengertian yang luas, di samping mencakup soal-soal hak asasi manusia, juga menjangkau pula berbagai aspek kegiatan negara dan warga negara yang dalam definisi sebelumnya dianggap sebagai objek kajian hukum administrasi negara.

d. J.H.A. Logemann

Mirip dengan pendapat Paul Scholten, menurut J.H.A. Logemann, hukum tata negara adalah hukum yang mengatur organisasi negara. Negara adalah organisasi jabatan-jabatan.³¹ Jabatan merupakan pengertian yuridis dari fungsi, sedangkan fungsi merupakan penger-

²⁹ Lihat Asser-Scholten, “*Algemeen Deel*”, cetakan kedua, 1934, hal. 42 dalam J.H.A. Logemann, *Over de Theorie van Een Stellig Staatsrecht* (1948), diterjemahkan menjadi *Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif*, (Jakarta: Ichtiar Baru-Van Hoeve, 1975), hal. 88.

³⁰ van der Pot, *Handboek van het Nederlands Staatsrecht*, (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1968), hal. 5, “*Die regelen stellen de nodige organen in, regelen de bevoegdheden dier organen, hun orderlinge verhouding, hun verhouding tot de individuen (en zijn werkzaam hed)*”. Lihat juga dalam Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*, hal. 25.

³¹ “*Het staatsrecht als het recht dat betrekking heeft op de staat –die gezagsorganisatie– blijkt dus functie, dat is staatsrechtelijk gesproken het ambt, als kernbegrip, als bouwsteen te hebben*”. Logemann, *Op. Cit.*, hal. 81.

tian yang bersifat sosiologis. Karena negara merupakan organisasi yang terdiri atas fungsi-fungsi dalam hubungannya satu dengan yang lain maupun dalam keseluruhannya, maka dalam pengertian juridis, negara merupakan organisasi jabatan. Hukum tata negara meliputi baik *persoonsleer* maupun *gebiedsleer*, dan merupakan suatu kategori historis, bukan kategori sistematis. Artinya, hukum tata negara itu hanya bersangkut-paut dengan gejala historis negara.³²

e. van Apeldoorn

Hukum tata negara (*verfassungsrecht*) disebutkan oleh van Apeldoorn sebagai *staatsrecht* dalam arti yang sempit. Sedangkan dalam arti yang luas, *staatsrecht* meliputi pula pengertian hukum administrasi negara (*verwaltungsrecht* atau *administratiefrecht*). Sebenarnya, van Apeldoorn sendiri dalam karyanya tidak banyak membahas soal-soal yang berkenaan dengan hukum tata negara (*verfassungsrecht*), kecuali mengenai tugas-tugas dan kewenangan atau kewajiban dan hak-hak alat-alat perlengkapan negara. Dalam berbagai bukunya, van Apeldoorn malah tidak menyinggung sama sekali mengenai pentingnya persoalan kewarganegaraan dan hak asasi manusia.³³

f. Mac-Iver

Hukum Tata Negara (*constitutional law*) adalah hukum yang mengatur negara, sedangkan hukum yang oleh negara dipergunakan untuk mengatur sesuatu selain negara disebut sebagai hukum biasa (*ordinary law*). Menurut Mac Iver:

³² *Ibid.*, hal. 88.

³³ Lihat "Inleiding tot de Studie van het Nederlandsrecht", diterjemahkan menjadi *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1968), hal. 240.

"... within the sphere of the State, there are two kinds of law. There is the law which governs the state and there is the law by means of which the state governs. The former is constitutional law, the latter we may for the sake of distinction call ordinary law".³⁴

Baginya, hanya ada dua golongan hukum, yaitu hukum tata negara atau *constitutional law* dan hukum yang bukan hukum tata negara, yaitu yang disebutnya sebagai *ordinary law*. Hukum Tata Negara (*Constitutional Law*) merupakan hukum yang memerintah negara, sedangkan Hukum Biasa (*Ordinary Law*) dipakai oleh negara untuk memerintah.³⁵

g. Wade and Phillips

Dalam bukunya "*Constitutional Law*" yang terbit pada tahun 1939, Wade and Phillips merumuskan "*Constitutional law is ... body of rules which prescribes (a) the structure, (b) the functions of the organs of central and local government*". Dalam buku yang sama terbitan tahun 1960, dinyatakan:

"In the generally accepted of the term it means the rules which regulate the structure of the principal organs of government and their relationship to each other, and determine their principal functions".³⁶

Dalam kedua rumusan tersebut, Wade and Phillips, yang bukunya terkenal sebagai buku teks yang sangat luas dipakai di Inggris, menentukan bahwa hukum tata negara mengatur alat-alat perlengkapan ne-

³⁴ MacIver, R.M., *The Modern State*, First Edition, (London: Oxford University Press, 1955), hal. 250.

³⁵ Lihat Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia*, (Jakarta: Dian Rakyat, 1989), hal. 9.

³⁶ Bandingkan Wade and Phillips, *Constitutional Law*, edisi tahun 1939, hal. 4, dan edisi tahun 1960 hal 3.

gara, tugas dan wewenangnya, serta mekanisme hubungan di antara alat-alat perlengkapan negara itu. Dengan perkataan lain, Wade and Phillips juga tidak mencantumkan pentingnya persoalan kewarganegaraan dan hak asasi manusia sebagai objek kajian hukum tata negara.

h. Paton George Whitecross

Dalam bukunya yang berjudul "*Textbook of Jurisprudence*", Paton George Whitecross merumuskan bahwa "*Constitutional law deals with the ultimate questions of distribution of legal power and the functions of the organs of the state*".³⁷ Hukum Tata Negara itu berhubungan dengan persoalan distribusi kekuasaan hukum dan fungsi organ-organ negara. Lebih jauh, ia menyatakan:

"In a wide sense, it includes administrative law, but it is convenient to consider as a unit for many purposes of the rules which determine the organization, power, and duties of administrative authorities".³⁸

Dalam arti luas, Hukum Tata Negara itu meliputi juga pengertian Hukum Administrasi Negara, tetapi untuk lebih mudahnya, Hukum Tata Negara itu dapat dianggap sebagai suatu cabang ilmu yang dapat dipakai untuk berbagai macam kegunaan hukum yang menentukan organisasi, kekuasaan, dan tugas-tugas otoritas administrasi.

i. A.V. Dicey

A.V. Dicey dalam bukunya "*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*" tahun 1968,

³⁷ Paton George Whitecross, *Textbook of Jurisprudence*, (Oxford: The Clarendon Press, 1951).

³⁸ *Ibid.*

menyebutkan bahwa Hukum Tata Negara mencakup semua peraturan yang secara langsung atau tidak langsung mempengaruhi distribusi atau pelaksanaan kekuasaan yang berdaulat dalam negara. Dalam hal ini, A.V. Dicey menitikberatkan mengenai persoalan distribusi atau pembagian kekuasaan dan pelaksanaan kekuasaan tertinggi dalam suatu negara.³⁹ Semua aturan (*rules*) yang mengatur hubungan-hubungan antar pemegang kekuasaan negara yang tertinggi satu dengan yang lain disebut olehnya sebagai hukum tata negara atau *constitutional law*.⁴⁰

j. Maurice Duverger

Menurut sarjana Perancis, Maurice Duverger, hukum tata negara adalah salah satu cabang hukum publik yang mengatur organisasi dan fungsi-fungsi politik suatu lembaga negara. Seperti halnya para sarjana lainnya, Maurice Duverger juga hanya memberikan tekanan pada aspek keorganisasian serta tugas-tugas dan kewenangan lembaga-lembaga sebagai alat perlengkapan negara. Hal yang lebih diutamakan oleh Maurice Duverger dalam definisi yang dikembangkannya tersebut adalah bahwa hukum tata negara itu (*droit constitutionnel*) termasuk cabang hukum publik.

k. Michael T. Molan

Dalam bukunya "*Constitutional Law: The Machinery of Government*", Michael T. Molan berpendapat bahwa ruang lingkup hukum tata negara biasanya dirumuskan secara kurang tegas batasan-batasannya apabila dibandingkan dengan bidang-bidang hukum

³⁹ Kusnardi dan Ibrahim, *Op.Cit.*, hal. 27.

⁴⁰ "*As the term is used in England, appears to include all rules which directly or indirectly affect the distribution or exercise of the sovereign power in the state*". A.V. Dicey, *An Introduction to Study of the Law of the Constitution*, (London: Macmillan, 1968), hal. 23.

yang lain,⁴¹ seperti dalam hukum perjanjian ataupun “*the law of torts*”, sebagaimana diuraikan olehnya sebagai berikut:

“The scope of constitutional law as an academic discipline is, therefore, somewhat less clearly defined than might be the case with other areas of law such as the law of contract or the law of torts”.

Oleh karena itu, secara umum, ia berpendapat bahwa:

“The subject is concerned with the functions discharged by the organs of government, the distribution of power between the organs of government, the law-making process, the relationship between individuals and the state in terms of the power of the state to interfere with the exercise of individual rights and freedoms, and the protection that the state can afford to its citizens”.

I. O. Hood Phillips, Paul Jackson, dan Patricia Leopold

Dalam bukunya “*Constitutional and Administrative Law*”, ketiga sarjana ini menyatakan:

“The constitutional law of a state is the law relating to its constitution. Where the constitution is written, even though it may have to be supplemented by other materials, it is fairly easy to distinguish the constitutional law of a state from the rest of its legal system; but where, as in Britain, the constitution is unwritten, it is largely a matter of convenience what topics one includes what in constitutional law, and there is no strict scientific distinction between that and the rest of the law. Thus the United Kingdom constitution can well be said to be marked by three striking features: it is indeterminate, in-

⁴¹ Michael T. Molan, *Textbook: Constitutional and Administrative Law: The Machinery of Government*, 4th edition, (London: Old Bailey Press, 2003), hal. 2.

*distinct, and unentrenched.*⁴² *It follows from what has been said that constitutional law deals, in general, with the distribution and exercise of the functions of government, and the relations of the government authorities to each other and to the individual citizen. It includes the rules –though the nature of these is difficult to define– which identify the law-making authorities themselves, e.g. the legislature and the courts”.*⁴³

m. A.W. Bradley dan K.D. Ewing

Menurut kedua sarjana ini, tidak ada jawaban yang dapat diberikan dengan mudah dan segera atas pertanyaan mengenai apa definisi hukum tata negara. Pengertian hukum tata negara yang paling luas mencakup bagian dari hukum nasional yang mengatur sistem administrasi publik (negara) dan hubungan antara individu dengan negara. Oleh karena itu, hukum tata negara mengandaikan bahwa adanya aturan yang mendahului keberadaan negara, dan di dalamnya tercakup pengaturan mengenai struktur dan fungsi-fungsi organ-organ utama dari negara, dan hubungan di antara organ-organ itu satu sama lain, serta hubungan antara organ-organ negara itu dengan warga negara. Di negara yang memiliki konstitusi tertulis, maka norma-norma yang terkandung di dalamnya lebih diutamakan keberlakuannya beserta hal-hal yang timbul dalam praktik sebagai hasil penafsiran hakim tertinggi yang menjalankan fungsi peradilan konstitusi.⁴⁴

⁴² Phillips, Jackson, and Leopold, *Op Cit.*, hal. 8. Lihat juga S.E. Finer, Vernon Bogdanor, dan Bernard Rudden, *Comparing Constitutions*, (London: Oxford University Press, 1995), hal. 40.

⁴³ Lihat juga H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Tenth Impression, (Oxford: Oxford University Press, 1979).

⁴⁴ “*There is no hard and fast definition of constitutional law. According to one wide definition, constitutional law is that part of national law which govern the systems of public administration and the relationships between the individual and the state. Constitutional law presupposes the existence of*

n. Kusumadi Pudjosewojo

Kusumadi Pudjosewojo, dalam bukunya “Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia” merumuskan definisi yang panjang tentang Hukum Tata Negara. Menurutnya, Hukum Tata Negara adalah hukum yang mengatur bentuk negara dan bentuk pemerintahan, yang menunjukkan masyarakat hukum yang atasan maupun yang bawahan, beserta tingkatan-tingkatannya yang selanjutnya menegaskan wilayah dan lingkungan rakyat dari masyarakat-masyarakat hukum itu dan akhirnya menunjukkan alat-alat perlengkapan yang memegang kekuasaan penguasa dari masyarakat hukum itu, beserta susunan, wewenang, tingkatan imbalan dari dan antara alat perlengkapan itu.⁴⁵

n. Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim

Menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, dalam buku “Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia”, dinyatakan bahwa:

“Hukum Tata Negara dapat dirumuskan sebagai sekumpulan peraturan hukum yang mengatur organisasi dari pada negara, hubungan antar alat perlengkapan negara dalam garis vertikal dan horizontal, serta kedudukan warga negara dan hak azasinya”.⁴⁶

the state and includes those laws which regulate the structure and functions of the principal organs of government and their relationship to one another and to the citizen. Where there is a written constitution, emphasis is placed on the rules which it contains and on the way in which they have been interpreted by the highest court with constitutional jurisdiction”. A.W. Bradley and K.D. Ewing, Constitutional and Administrative Law, 13th edition, (Pearson Education Ltd., 2003), hal. 9.

⁴⁵ Kusumadi Pudjosewojo, *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, cet. ke-10, (Jakarta: Sinar Grafika, 2004), hal. 86.

⁴⁶ Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*, hal. 29.

Dalam definisi kedua sarjana ini, bidang kajian hukum tata negara mencakup pula soal kedudukan warga negara dan hak-hak asasinya. Menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, warga negara merupakan salah satu unsur yang penting bagi berdirinya suatu negara. Oleh karena itu, dalam Hukum Tata Negara perlu dibahas tentang asas-asas dan syarat-syarat kewarganegaraan serta perlindungan yang diberikan kepadanya, yang lazim disebut sebagai perlindungan terhadap hak-hak asasi.⁴⁷ Dengan demikian, Hukum Tata Negara tidak hanya mengatur wewenang dan kewajiban alat-alat perlengkapan negaranya saja, tetapi juga mengatur mengenai warga negara dan hak-hak asasi warga negara.

Setelah mempelajari rumusan-rumusan definisi tentang Hukum Tata Negara dari berbagai sumber tersebut di atas, dapat diketahui bahwa di antara para ahli tidak terdapat kesatuan pendapat mengenai hal ini. Dari pendapat yang beragam itu kita dapat mengetahui bahwa sebenarnya:

- (a) hukum tata negara itu adalah ilmu yang termasuk salah satu cabang ilmu hukum, yaitu hukum kenegaraan yang berada di ranah hukum publik;
- (b) definisi hukum tata negara telah dikembangkan oleh para ahli sehingga tidak hanya mencakup kajian mengenai organ negara, fungsi dan mekanisme hubungan antar organ negara itu, tetapi mencakup pula persoalan-persoalan yang terkait dengan mekanisme hubungan antara organ-organ negara itu dengan warga negara;
- (c) hukum tata negara tidak hanya merupakan *Recht* atau hukum dan apalagi hanya sebagai *Wet* atau norma hukum tertulis, tetapi juga adalah *lehre* atau teori, sehingga pengertiannya mencakup apa yang

⁴⁷ *Ibid.*, hal. 30.

disebut sebagai *verfassungsrecht* (hukum konstitusi) dan sekaligus *verfassungslehre* (teori konstitusi); dan

- (d) hukum tata negara dalam arti luas mencakup baik hukum yang mempelajari negara dalam keadaan diam (*staat in rust*) maupun yang mempelajari negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*).

Oleh sebab itu, saya sendiri berpendapat ke dalam pengertian hukum tata negara itu harus dimasukkan pula faktor konstitusi sebagai objek kajian yang pokok. Konstitusi, baik dalam arti materiel, formil, administratif, ataupun tekstual, dalam arti *collective minds* ataupun dalam arti *civic behavioral realities*, adalah pusat perhatian yang sangat penting dari ilmu hukum tata negara atau *the study of the constitutional law*. Konstitusi yang dijadikan objek kajian itu dapat mencakup tiga pengertian, yaitu:

- (a) *Constitutie in materiele zin* yang dikualifikasikan karena isinya, misalnya berisi jaminan hak asasi, bentuk negara, dan fungsi-fungsi pemerintahan, dan sebagainya;
- (b) *Constitutie in formele zin* yang dikualifikasikan karena pembuatnya, misalnya oleh MPR; atau
- (c) Konstitusi dalam arti naskah *Grondwet* sebagai *geschreven document*, misalnya harus diterbitkan dalam Lembaran Negara, supaya dapat menjadi alat bukti dan menjamin stabilitas satu kesatuan sistem rujukan.⁴⁸

Di samping itu, konstitusi yang dijadikan objek kajian itu dapat berupa nilai-nilai dan norma yang terkandung dalam teks konstitusi itu sendiri, ataupun nilai-nilai dan norma yang hidup dalam kesadaran kog-

⁴⁸ Djokosoetono, *Op. Cit.*, hal. 47-48.

nitif atau *collective minds* dan perilaku segenap warga negara (*civic behaviors*). Oleh karena itu, menurut pendapat saya, hukum tata negara itu haruslah diartikan sebagai hukum dan kenyataan praktik yang mengatur tentang:

- 1) nilai-nilai luhur dan cita-cita kolektif rakyat suatu negara;
- 2) format kelembagaan organisasi negara;
- 3) mekanisme hubungan antar lembaga negara; dan
- 4) mekanisme hubungan antara lembaga negara dengan warga negara.

Dengan demikian, Ilmu Hukum Tata Negara dapat dirumuskan sebagai cabang ilmu hukum yang mempelajari prinsip-prinsip dan norma-norma hukum yang tertuang secara tertulis ataupun yang hidup dalam kenyataan praktik kenegaraan berkenaan dengan (i) konstitusi yang berisi kesepakatan kolektif suatu komunitas rakyat mengenai cita-cita untuk hidup bersama dalam suatu negara, (ii) institusi-institusi kekuasaan negara beserta fungsi-fungsinya, (iii) mekanisme hubungan antar institusi itu, serta (iv) prinsip-prinsip hubungan antara institusi kekuasaan negara dengan warga negara. Keempat unsur dalam definisi hukum tata negara tersebut di atas, pada pokoknya adalah hakikat konstitusi itu sendiri sebagai objek utama kajian hukum tata negara (*constitutional law*). Karena pada dasarnya, konstitusi itu sendiri berisi (i) konsensus antar rakyat untuk hidup bersama dalam suatu komunitas bernegara dan komunitas kewarganegaraan, (ii) konsensus kolektif tentang format kelembagaan organisasi negara tersebut, dan (iii) konsensus kolektif tentang pola dan mekanisme hubungan antar-institusi atau kelembagaan negara, serta (iv) konsensus kolektif tentang prinsip-prinsip dan mekanisme hubungan antara lembaga-lembaga negara tersebut dengan warga negara.

3. Hukum Tata Negara Formil dan Materiel

J.H.A. Logemann, dalam bukunya “*Staatsrecht*”, membedakan antara *formeele stelselmatigheid* dan *materieele stelselmatigheid*.⁴⁹ Istilah yang pertama adalah hukum tata negara, sedangkan yang kedua adalah asas-asas hukum tata negara. Perbedaan keduanya sea-kan-akan adalah perbedaan antara bentuk dan isi, antara *vorm en inhoud*, atau antara *stelsel en beginsel*. *Vorm* adalah bentuk, sedangkan *inhoud* adalah isinya. *Beginsel* adalah asas-asasnya, sedangkan *stelsel* adalah pelem-bagaannya. Istilah *vorm en inhoud* dipakai oleh van Vollenhoven seperti dalam *Vorm en Inhoud van het Internationale Recht*.⁵⁰ Sedangkan Ter Haar Bzn meng-gunakan istilah *beginsel en stelsel* seperti dalam *Beginsel en Stelsel van het Adatrecht*.⁵¹

Oleh karena itu, berbagai buku hukum tata ne-gara dan juga silabus perkuliahan hukum tata negara yang menggunakan judul “Asas-Asas Hukum Tata Ne-gara”, “Pengantar Hukum Tata Negara”, ataupun “Po-kok-Pokok Hukum Tata Negara”, mestinya tidak gegabah dengan istilah-istilah. Pengertian kata “asas-asas” hanya berkaitan dengan *inhoud* atau *materieele stelsel-matigheid*, yaitu aspek materiel belaka dari hukum tata negara. Oleh karena itu, perkataan “Pokok-Pokok” atau-pun “Pengantar” dapat dipahami lebih luas cakupan pe-ngertiannya, meskipun hanya bersifat garis besar atau-pun hanya bersifat pengantar (*introduction*) saja.

Seperti halnya undang-undang, menurut Djoko-soetono, konstitusi yang menjadi objek kajian hukum

⁴⁹ Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih, *Ilmu Negara*, edisi revisi, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000), hal. 10.

⁵⁰ Christian van Vollenhoven, *H.D. Tjeenk Willink & Zoon*, (Haarlem: Mar-tinus Nyhoof & Gravenhage, 1934).

⁵¹ Lihat terjemahan Soebakti Poesponoto, *Asas dan Susunan Hukum Adat*, (Jakarta: Pradnya Paramita, 1992).

tata negara materiel dan formil juga mempunyai tiga arti, yaitu dalam arti materiel, dalam arti formil, dan dalam arti naskah yang terdokumentasi. Menurutnnya, undang-undang dapat dilihat:⁵²

- a. dalam arti materiel, *algemene verbindende voors-chriften*;
- b. dalam arti formil, yaitu bahwa undang-undang itu telah mendapat persetujuan (*wilsovereen-stemming*) bersama antara Pemerintah dan DPR; dan
- c. dalam arti naskah hukum yang harus terdokumentasi (*gedocumenteerd*) dalam Lembaran Negara supaya bersifat *bewijsbaar* atau dapat menjadi alat bukti dan stabil sebagai satu kesatuan rujukan.

Demikian pula konstitusi yang menjadi objek kajian hukum tata negara juga mempunyai tiga pe-ngertian, yaitu:⁵³

- a. *Constitutie in materiele zin* dikualifikasikan karena isinya (*gequalificerd naar de inhoud*), misalnya berisi jaminan hak asasi, bentuk negara, dan fungsi-fungsi pemerintahan, dan sebagainya;
- b. *Constitutie in formele zin*, dikualifikasikan karena pembuatnya (*gequalificerd naar de maker*), misal-nya oleh MPR;
- c. Naskah *Grondwet*, sebagai *geschreven document*, misalnya harus diterbitkan dalam Lembaran Negara, *voor de bewijsbaarheid en voor de stabiliteit* sebagai satu kesatuan rujukan, yaitu sebagai naskah kenega-raan yang penting atau *belangrijke staatkundige stukken*.

⁵² Djokosoetono, *Op. Cit.*, hal. 47-48.

⁵³ *Ibid.*

4. Hukum Tata Negara Umum dan Hukum Tata Negara Positif

Hukum Tata Negara juga dapat dibedakan antara Hukum Tata Negara Umum dan Hukum Tata Negara Positif. Hukum Tata Negara Umum membahas asas-asas, prinsip-prinsip yang berlaku umum, sedangkan Hukum Tata Negara Positif hanya membahas hukum tata negara yang berlaku pada suatu tempat dan waktu tertentu, sesuai dengan pengertian hukum positif. Misalnya, hukum tata negara Indonesia, Hukum Tata Negara Inggris, ataupun Hukum Tata Negara Amerika Serikat yang dewasa ini berlaku di masing-masing negara yang bersangkutan, adalah merupakan hukum tata negara positif. Sedangkan prinsip-prinsip teoritis yang berlaku umum atau universal di seluruh negara tersebut adalah merupakan materi kajian Hukum Tata Negara Umum atau disebut sebagai Hukum Tata Negara saja.

Kadang-kadang dalam istilah Hukum Tata Negara Indonesia juga tercakup 2 (dua) pengertian, yaitu (i) hukum tata negara positif yang sedang berlaku di Indonesia dewasa ini, dan (ii) berbagai kajian mengenai hukum tata negara Indonesia di masa lalu dan yang akan datang, meskipun belum ataupun sudah tidak berlaku lagi sebagai norma hukum positif. Oleh karena itu, kita dapat membedakan pula antara Hukum Tata Negara sebagai Ilmu Hukum (*the science of constitutional law*) dan Hukum Tata Negara sebagai Hukum Positif (*the positive constitutional law*). Jika hal ini ditambahkan kepada kedua unsur bentuk (*vorm*) dan isi (*inhoud*) seperti dikemukakan di atas, maka Hukum Tata Negara yang kita bahas di sini dapat dibedakan dalam tiga aspek, yaitu:

- a. Hukum Tata Negara Umum yang berisi asas-asas hukum yang bersifat universal.

- b. Hukum Tata Negara yang berisi asas-asas yang berkembang dalam teori dan praktik di suatu negara tertentu, seperti misalnya Indonesia.
- c. Hukum Tata Negara Positif yang berlaku di Indonesia yang mengkaji mengenai hukum positif di bidang ketatanegaraan di Indonesia.

Pada umumnya, aspek hukum tata negara yang kebanyakan mewarnai pemikiran para ahli hukum tata negara kita seperti yang tercermin dalam berbagai buku yang diterbitkan dan menjadi bahan bacaan di berbagai perguruan di Indonesia adalah yang disebutkan terakhir, yaitu Hukum Tata Negara Positif. Sudah tentu hal ini tidak ada salahnya, karena nyatanya pada aspek ketiga ini, buku-buku yang ditulis dan diterbitkan juga terbilang masih sangat sedikit. Namun demikian, jika semua ahli hukum tata negara dan semua sarjana hukum tata negara di tanah air kita hanya terpaku kepada fenomena hukum tata negara positif saja, maka kita sebagai bangsa akan ketinggalan zaman di bidang ini.

Sekarang dunia sudah sangat pesat berubah. Ilmu pengetahuan dan teknologi di semua cabang dan rantingnya juga bergerak cepat menyesuaikan diri dengan perubahan zaman. Dalam bidang ilmu hukum tata negara, tidak terkecuali, juga telah mengalami perubahan yang fundamental di era globalisasi sekarang ini. Oleh karena itu, teori-teori umum tentang hukum tata negara yang berkembang di dunia juga penting untuk diikuti dengan seksama oleh para sarjana hukum, khususnya oleh para ahli hukum tata negara kita. Oleh karena itu, sudah saatnya, studi hukum tata negara di berbagai fakultas hukum di tanah air hendaklah mengembangkan ketiga aspek hukum tata negara tersebut secara bersama-sama dan seimbang.

Kita tidak boleh membiarkan bidang hukum tata negara hanya dikembangkan sebagai ilmu kata-kata dan

upaya pengkajian terhadap konstitusi dipersempit hanya sebagai studi tentang perumusan kata-kata dalam pasal-pasal konstitusi belaka. Hukum Tata Negara, pertamanya haruslah dikembangkan sebagai ilmu pengetahuan hukum yang bersifat universal. Setelah itu, Hukum Tata Negara baru dapat dipahami sebagai persoalan hukum dan konstitusi yang tumbuh dalam praktik ketatanegaraan Indonesia dari waktu ke waktu, sehingga untuk selanjutnya dapat pula dimengerti sebagai persoalan hukum positif di negara kita yang berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

5. Hukum Tata Negara Statis dan Dinamis

Hukum Tata Negara juga dapat dibedakan antara sifatnya yang statis dan dinamis. Ilmu Hukum Tata Negara itu disebut sebagai ilmu yang statis apabila negara yang dijadikan objek kajiannya berada dalam keadaan statis atau keadaan diam (*staat in rust*). Hukum Tata Negara yang bersifat statis inilah yang biasa disebut sebagai Hukum Tata Negara dalam arti sempit. Sedangkan Hukum Tata Negara dalam arti luas, mencakup Hukum Tata Negara dalam arti dinamis, yaitu manakala negara sebagai objek kajiannya ditelaah dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*). Pengertian yang terakhir inilah yang biasa disebut sebagai bidang Ilmu Hukum Administrasi Negara (*Administrative Law, Verwaltungsrecht*).

Perhatian pokok ilmu Hukum Tata Negara (*Verfassungsrecht, Constitutional Law, Droit Constitutionnel*) adalah menyangkut struktur hukum dan kehidupan bernegara, sedangkan ilmu Hukum Administrasi Negara memusatkan perhatian pada substansi sistem pengambilan keputusan dalam kegiatan berpemerintahan.⁵⁴

⁵⁴ *Ibid.*

Materi yang terkait dengan fungsi-fungsi administrasi negara atau tata usaha negara tersebut sangatlah luas cakupannya. Seperti dikatakan oleh Profesor Kusumadi Pudjosewojo, yaitu:

“Hukum tatausaha meliputi keseluruhan aturan hukum yang menentukan secara bagaimana alat-alat perlengkapan negara yang bersangkutan hendaknya bertingkah laku dalam mengusahakan tugas-tugas pemerintahan, perundang-undangan, pengadilan, keuangan, hubungan luar negeri, dan pertahanan negara beserta keamanan umum”.⁵⁵

Norma hukum yang mengatur kesemua aktifitas demikian itu disebut sebagai hukum administrasi negara atau biasa disebut pula dengan istilah hukum tata usaha negara, dan ilmu yang membahasnya disebut ilmu Hukum Administrasi Negara atau ilmu Hukum Tata Usaha Negara (*Verwaltungsrechtlehre*).

C. Keluarga Ilmu Hukum Kenegaraan

1. Keluarga Ilmu Hukum Kenegaraan pada umumnya

Ilmu Hukum Tata Negara termasuk keluarga ilmu hukum kenegaraan (*staatslehre*). Seperti dikemukakan di atas, *staatslehre* atau *theorie der staat* dapat dibagi 2 (dua), yaitu *staatslehre in ruimere zin* atau teori negara dalam arti luas dan *staatslehre in engere zin* atau teori negara dalam arti sempit. *Staatslehre* dalam arti sempit itulah yang dapat diidentikkan dengan *staatsrecht* yang dapat lagi dibagi dua, masing-masing dalam arti luas dan sempit.

Dalam bukunya yang terkenal berjudul “*Allgemeine Staatslehre*”, Georg Jellineck, ahli hukum kenamaan dari

⁵⁵ Pudjosewojo, *Op. Cit.*, hal. 176.

Austria menguraikan pohon ilmu kenegaraan atau *staatswissenschaft* dalam arti luas yang mencakup cabang-cabang dan ranting-ranting ilmu pengetahuan sebagai berikut. *Staatswissenschaft* mencakup *staatswissenschaft* dalam arti sempit dan *rechtswissenschaft*. *Staatswissenschaft* dalam arti yang sempit meliputi:

- a. *beschreibende staatswissenschaft*, yaitu *staatenkunde*;
- b. *theoretische staatswissenschaft* atau *staatsleer*; dan
- c. *praktische staatswissenschaft* atau *angewandte staatswissenschaft*;

Sementara itu, cabang ilmu pengetahuan hukum yang biasa disebut dengan istilah *rechtswissenschaft* meliputi:

- a. *verfassungsrecht*;
- b. *verwaltungsrecht*; dan
- c. *internationale recht*.

Sedangkan *Teoritishe Staatswissenschaft* atau *Staatsleer* dibagi ke dalam:

- a. *allgemeine staatslehre* atau ilmu negara umum; dan
- b. *besondere staatslehre* atau ilmu negara khusus.

Termasuk kategori *algemeine staatslehre* adalah (a) *allgemeine soziale staatslehre* dan (b) *allgemeine staatsrechtslehre*. Sedangkan yang termasuk *besondere staatslehre* adalah (a) *individuele staatslehre* dan (b) *speziale staatslehre*.

Apabila yang dijadikan penekanan utamanya adalah *recht* atau hukum, maka Hukum Tata Negara (*Constitutional Law*) yang kita pahami dewasa ini dapat dilihat dalam pengertian *verfassungsrecht*. Akan tetapi, apabila yang diutamakan adalah aspek keilmuannya, maka Hukum Tata Negara (*Constitutional Law*) itu dapat pula dipahami dalam pengertian *allgemeine*

staatsrechtslehre atau Hukum Tata Negara Umum. Oleh karena itu, buku ini kita beri judul “Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara” dengan maksud akan berisi pengantar terhadap pengertian *allgemeine staatsrechtslehre* itu.

Dalam konteks *verfassungsrecht* atau hukum konstitusi, dapat pula dibedakan antara teori hukum ilmiah dengan hukum positif (*positive law*). Misalnya, dalam istilah Hukum Tata Negara Indonesia dapat dibedakan antara pengertiannya sebagai cabang ilmu hukum yang berorientasi pada teori ilmiah yang bersifat umum, atau dapat pula diartikan sebagai hukum positif di bidang ketatanegaraan yang berlaku dewasa ini berdasarkan konstitusi tertulis (*schreven constitutie, written constitution*).

2. Hukum Tata Negara dan Ilmu Politik serta Ilmu Sosial Lainnya

Dalam bukunya “*Wetenschap der Politiek*”, Prof. Barents secara khusus menyatakan:

“Een van de meest actuele afbakenningsproblemen, welke wij uit moeten als wij deze wetenschap een plaats trachten te geven tussen de andere, is de grensbepaling met de jurische vakken; het staats en administratiefrecht, het volkens-recht en de rechtsfilosofie...”

“De scheiding tussen de juridische vakken en de wetenschap der politiek is dan ook de belangrijkste reden, waarom deze laatste beter niet ‘algemeine staatsleer’ og kortweg staatsleer kan heten”.

“Voor de samengang tussen de studie het jurische geraamte onderzocht, en de andere die helt vlees er omheen beziet”.⁵⁶

⁵⁶ Barents, *De Wetenschap der Politiek*, een terreinverkenning, derde druk, (Gravenhage: A.A.M. Stols’s, 1952), hal. 78, 82, dan 83.

Ibarat tubuh manusia, maka ilmu hukum tata negara diumpamakan oleh Barent sebagai kerangka tulang belulang, sedangkan ilmu politik ibarat daging-daging yang melekat di sekitarnya (*het vlees er omheen beziet*). Oleh sebab itu, untuk mempelajari hukum tata negara, terlebih dulu kita memerlukan ilmu politik, sebagai pengantar untuk mengetahui apa yang ada di balik daging-daging di sekitar kerangka tubuh manusia yang hendak diteliti. Dalam hal ini, negara sebagai objek studi hukum tata negara dan ilmu politik juga dapat diibaratkan sebagai tubuh manusia yang terdiri atas daging dan tulang.

Bagaimanapun juga, organisasi negara itu sendiri merupakan hasil konstruksi sosial tentang kehidupan bersama dalam suatu komunitas hidup bermasyarakat. Oleh karena itu, ilmu hukum yang mempelajari dan mengatur negara sebagai organisasi tidak mungkin memisahkan diri secara tegas dengan kehidupan bermasyarakat. Oleh karena itu, menurut Profesor Wirjono Prodjodikoro:

“... seorang sarjana hukum, untuk memperdalam pengetahuannya dalam bidang Hukum Tata Negara, ada baiknya mempelajari juga ilmu sosiologi sebagai ilmu penunjang (*hulpwetenschap*) bagi ilmu Hukum Tata Negara.”⁵⁷

Bagi sarjana hukum tata negara, di samping sosiologi, ilmu sosial lainnya juga sangat penting sebagai penunjang, seperti ilmu sejarah, ilmu politik, ilmu ekonomi, antropologi, dan sebagainya.

Dikarenakan eratnya hubungan antara hukum dan negara di satu pihak dengan masyarakat pada umumnya, maka studi tentang gejala kemasyarakatan itu tumbuh

⁵⁷ Wirjono Prodjodikoro, *Op. Cit.*, hal. 3.

dan berkembang sesuai dengan kebutuhan, sehingga melahirkan ilmu sosial pada umumnya. Ilmu yang menyelidiki gejala-gejala kemasyarakatan pada umumnya disebut sosiologi, dan yang mengkhususkan kajiannya mengenai gejala kekuasaan disebut ilmu politik, dan demikian pula dengan cabang-cabang ilmu sosial lainnya. Bahkan, di berbagai perguruan tinggi, dibentuk program-program studi ilmu sosial dan politik yang berdiri sendiri di program studi ilmu hukum yang sudah berkembang sejak sebelumnya.

Bahkan, dalam sejarah perkembangan perguruan tinggi di Indonesia, fakultas-fakultas ilmu sosial dan politik memang dikembangkan dari cikal bakal program-program yang terdapat di lingkungan fakultas-fakultas hukum. Fakultas Hukum Universitas Indonesia sendiri-pun dulunya adalah Fakultas Hukum dan Pengetahuan Kemasyarakatan. Baru kemudian Fakultas Ilmu Sosial dan Politik dibentuk tersendiri di luar Fakultas Hukum.

3. Hukum Tata Negara dan Ilmu Negara

Ilmu Negara atau *Staatsleer* (bahasa Belanda) atau *Staatslehre* (bahasa Jerman) adalah ilmu pengetahuan yang menyelidiki asas-asas pokok dan pengertian-pengertian pokok mengenai negara dan hukum tata negara.⁵⁸ Oleh karena itu, ilmu negara merupakan ilmu pengantar untuk mempelajari ilmu Hukum Tata Negara, ilmu Hukum Administrasi Negara, dan juga ilmu Hukum Internasional Publik. Kedudukannya dapat dibandingkan dengan mata kuliah Pengantar Ilmu Hukum yang mengantarkan mahasiswa untuk mempelajari ilmu hukum publik dan hukum privat. Sebab, posisinya bersifat *prerequisite*. Mahasiswa Fakultas Hukum diharuskan mengambil mata kuliah Pengantar Ilmu Hukum dan Ilmu Negara lebih dulu sebelum mengikuti perkuliahan Hu-

⁵⁸ Kusnardi dan Saragih, *Op. Cit.*, hal.8.

kum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara. Sebab, dalam perkuliahan Hukum Tata Negara, tidak akan dibahas lagi mengenai teori asal mula terbentuknya negara, apa tujuan orang bernegara, dan lain sebagainya, yang sudah dibahas secara tuntas dalam Ilmu Negara.

Dalam ilmu negara yang diutamakan adalah nilai teoritis-ilmiahnya, sedangkan dalam ilmu Hukum Tata Negara dan ilmu Hukum Administrasi Negara terkait pula dengan norma hukumnya dalam arti positif. Oleh karena itu, ilmu negara disebut sebagai *seinwissenschaft*, sedangkan Hukum Tata Negara dan juga Hukum Administrasi Negara merupakan *normwissenschaft*. Demikian pula dengan ilmu hukum pidana, ilmu hukum perdata, ilmu hukum ekonomi, dan lain sebagainya, sudah dikaitkan dengan persoalan norma hukum yang berlaku di bidang masing-masing.

Dalam kedudukannya sebagai ilmu pengetahuan pengantar bagi Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara, Ilmu Negara tidak mempunyai nilai yang praktis seperti halnya dengan Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara. Orang yang mempelajari Ilmu Negara tidak memperoleh hasil yang dapat langsung dipergunakan dalam praktik. Sedangkan mempelajari Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara dapat langsung menghasilkan sesuatu pengetahuan yang bernilai praktis. Perbedaan ini dapat dilihat dari penggunaan istilah “ilmu” yang dikaitkan pada Ilmu Negara, sedangkan pada Hukum Tata Negara (*verfassungsrecht*) dan Hukum Administrasi Negara (*verwaltungsrecht*), meskipun dapat saja dilakukan, tidak lazim orang menggunakan istilah “Ilmu” Hukum Tata Negara atau “Ilmu” Hukum Administrasi Negara.

Dari segi kemanfaatannya, hubungan antara Ilmu Negara dan Hukum Tata Negara sebagai ilmu, jika dipe-

lajari, dapat dikaitkan dengan pendapat Rengers Hora Siccama yang membedakan antara kebenaran hakikat dari kenyataan sejarah.⁵⁹ Menurut Rengers Hora Siccama, tugas ahli hukum dapat digolongkan, di satu pihak sebagai penyelidik yang hendak mendapatkan kebenaran obyektif, dan untuk itu ia tidak melaksanakan hukum itu sendiri. Sedangkan, di lain pihak ada pula tugas ahli hukum sebagai pelaksana yang akan mempergunakan hukum itu dalam keputusan-keputusan konkrit. Golongan pertama disebut oleh Rengers Hora Siccama yaitu seorang ahli hukum sebagai penonton (*de jurist als toeschouwer*), sedangkan yang kedua disebutnya ahli hukum sebagai pemain (*de jurist als medespeler*). Sebagai penonton, seorang ahli hukum lebih mengetahui kekurangan atau kesalahan-kesalahan yang dilakukan oleh para pemain dan mencoba mencari sebab musababnya dengan mengadakan analisa-analisa tentang sesuatu peristiwa hukum untuk menentukan cara yang lebih baik dan lebih sempurna mengenai bagaimana hukum dilaksanakan. Sedangkan dalam golongan kedua, seorang ahli hukum diandaikan sebagai pemain (*de jurist als medespeler*) yang harus memutuskan, baik yang bersifat pengaturan (*regeling*), penetapan administratif (*beschikking*), ataupun putusan peradilan (*vonnis*).

Oleh karena keputusan-keputusan dimaksud tergantung kepada para pelaksananya, maka tidak jarang terjadi bahwa keputusan yang dianggap baik oleh pelaksana, tetapi sebaliknya dianggap tidak baik atau kurang

⁵⁹ Rengers Hora Siccama, *Naturlijke waarheid en historische bepaaldheid*, Zwollw, 1985; *Ibid.*, “Au Commencement”, de la theorie du droit, dalam *Revue Internationale de la theorie du droit*, 1938, hal. 22. Lihat juga “Het Recht naar gelang van het staanpunt van het welk men het ziet,” dalam *Themis*, 1938, hal. 99.

memuaskan bagi penerima keputusan itu, hal mana disebabkan karena adanya sifat subyektifisme dalam setiap keputusan tersebut. Sehubungan dengan pendapat Rengers Hora Siccama itu, kita dapat mengumpamakan yang pertama itu dengan tugas Ilmu Negara yang tidak mementingkan bagaimana caranya hukum dijalankan, karena Ilmu Negara mementingkan nilai teoritisnya.⁶⁰ Sedangkan sebaliknya, Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara lebih berkaitan dengan tugas ahli hukum sebagai pemain (*the player*). Hal yang lebih dipentingkan adalah nilai-nilai praktis dari kedua cabang ilmu ini, karena hasil penelitian ilmiah dalam bidang hukum tata negara dan hukum administrasi negara itu secara langsung dapat dipergunakan dalam praktik oleh para ahli hukum yang duduk sebagai pejabat-pejabat negara dan pejabat pemerintahan menurut bidang tugasnya masing-masing.

Di samping itu, perbedaan antara Ilmu Negara dengan Hukum Tata Negara juga dapat dilihat dari segi obyek penyelidikannya. Jika obyek penyelidikan Ilmu Negara adalah asas-asas pokok dan pengertian-pengertian pokok tentang negara dan hukum negara pada umumnya, maka obyek Hukum Tata Negara sebagai ilmu adalah hukum positif yang berlaku pada suatu waktu di suatu tempat. Oleh karena itu lazim disebut Hukum Tata Negara positif sebagai Hukum Tata Negara Indonesia atau Hukum Tata Negara Inggris, Amerika, Jepang, Be-

⁶⁰ Dalam Ilmu Negara pada umumnya dipelajari mengenai Teori-Teori tentang Asal Mula Negara, Hakekat Negara, Tujuan Negara, Pengertian Negara, Bentuk Negara, dan lain sebagainya. Lihat dan bandingkan buku-buku teks mengenai Ilmu Negara, seperti misalnya Padmo Wahjono, *Ilmu Negara*, Indo Hill Co., Jakarta, 1999; Djokosoetono, *Ilmu Negara*, Himpunan oleh Harun Alrasid, (Jakarta: Ind Hill. Co., 2006); Soehino, *Ilmu Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 1998); dan lain-lain.

landa dan sebagainya. Sehingga, pada umumnya, di kalangan ahli hukum tata negara timbul kecenderungan sangat nasionalistis dan dogmatis karena sangat terpaku kepada norma hukum dasar positif yang berpuncak kepada konstitusi. Hukum Tata Negara cenderung hanya dilihat dalam konteks yang positivistik dengan agak mengabaikan pentingnya penyelidikan ilmiah yang bersifat universal yang biasa dibahas dalam konteks Hukum Tata Negara Umum.

Dikarenakan Ilmu Negara sangat penting bagi ilmu Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara, maka dengan bantuan Ilmu Negara, Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara dapat memperoleh ciri ilmiahnya yang penting. Ilmu Negara sangat mementingkan nilai teoritisnya sehingga disebut sebagai suatu *Seinswissenschaft*, sedangkan Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara merupakan suatu *Normativen Wissenschaft*. Bagi mereka yang mempelajari Hukum Tata Negara atau Hukum Administrasi Negara sudah tidak perlu diterangkan lagi secara mendalam mengenai arti dan asas dari negara dan hukum negara, karena semua hal itu sudah dianggap diketahui ketika mempelajari Ilmu Negara. Oleh karena itulah oleh para ahli dikatakan bahwa Ilmu Negara merupakan ilmu pengetahuan pengantar bagi mereka yang hendak mempelajari Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara.

4. Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara

Di berbagai negara, kedua cabang ilmu hukum ini seringkali disebutkan secara bersama-sama secara berangkai. Di berbagai universitas di negeri Belanda, misalnya, cabang ilmu ini disebut dengan perkataan "*Staats*

en Administratief Recht” sebagai mata kuliah tersendiri yang diajarkan oleh seorang guru besar. Di Amerika Serikat dan Inggris, banyak pula dijumpai buku-buku teks hukum yang diberi judul “*Constitutional and Administrative Law*”, atau bahkan “*Textbook on Constitutional and Administrative Law*”. Namun, kedua bidang ilmu hukum ini biasa juga dibedakan sebagai dua cabang ilmu yang tersendiri. Sedangkan di Jerman, biasa dikenal ada istilah *Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht*.

Namun demikian, keduanya tetap dapat dibedakan antara satu sama lain. Dalam arti luas, Hukum Tata Negara itu sendiri memang mencakup juga pengertian hukum tata negara dalam arti sempit dan hukum administrasi negara. Bagi mereka yang menyetujui pendapat Oppenheim, perbedaan di antara keduanya dikaitkan dengan perbedaan antara objek negara yang dikaji, yaitu negara dalam keadaan diam (*staat in rust*) atau dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*). Akan tetapi, hukum tata negara di samping mempelajari aspek statisnya, juga mempelajari berbagai aspek dinamis dari negara. Dengan istilah yang berbeda, Fritz Werner menyatakan, “*Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*”,⁶¹ yaitu bahwa hukum administrasi negara itu adalah hukum tata negara yang diletakkan dalam keadaan yang konkrit.⁶² Mantan Ketua Mahkamah Administrasi Federal Jerman ini menganggap “*administrative law as constitutional law put into concrete terms*”.⁶³ Menurut Meinhard Schroder:

⁶¹ Fritz Werner, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, hal. 527.

⁶² Meinhard Schroder, “Administrative Law in Germany”, dalam Rene Seerden dan Frits Stroink (eds.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, (Groningen: Intersentia Uitgevers Antwerpen, 2002), hal. 91-92.

⁶³ *Ibid.* hal. 91.

“*The decisions about the State, its duties and competences and its relationship with its citizens as expressed in the constitution must have an implication in administration and administrative law*”.⁶⁴

Jika tidak demikian, maka seperti dikatakan oleh H. Maurer, ketentuan konstitusi tidak akan pernah menjadi kenyataan (*reality*).⁶⁵ Oleh karena itu, administrasi dapat digambarkan sebagai tindakan pengundangan konstitusi (*enacting the constitution*) atau *tatig werden-de Verfassung*.

Selain itu, menurut Profesor Wirjono Prodjodikoro, perbedaan antara Hukum Tata Negara dengan Hukum Perdata dan Hukum Pidana sebenarnya mudah terlihat. Secara negatif, dapat dikatakan bahwa Hukum Tata Negara itu tidak seperti Hukum Perdata yang mengatur hubungan-hubungan perdata antara pelbagai oknum atau badan, dan tidak seperti Hukum Pidana yang berisi atau mengatur penentuan mengenai hukuman-hukuman pidana untuk setiap pelanggaran hukum. Sedangkan perbedaan antara Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara tidak begitu nampak dengan jelas.⁶⁶ Oleh karena itu, perbedaan keduanya membutuhkan lebih dari sekedar penjelasan biasa.⁶⁷

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13th edition, (Munich: Beck, 2000,) catatan 1 dan 12.

⁶⁶ Prodjodikoro, *Op. Cit.*, hal. 7.

⁶⁷ Lihat dan pelajari Phillipus M. Hadjon, dkk, *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesian Administrative Law)*, cet. ke-9, (Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005).

Menurut van Vollenhoven,⁶⁸ Hukum Tata Negara adalah rangkaian peraturan hukum yang mendirikan badan-badan sebagai alat (*organ*) suatu negara dengan memberikan wewenang kepada badan-badan itu, dan membagi-bagi pekerjaan pemerintah kepada banyak alat-alat negara, baik yang tinggi maupun yang rendah kedudukannya. Sedangkan, Hukum Tata Usaha Pemerintahan digambarkan oleh van Vollenhoven sebagai serangkaian ketentuan yang mengikat alat-alat negara, baik yang tinggi maupun yang rendah, pada waktu alat-alat negara itu mulai menjalankan pekerjaan dalam menunaikan tugasnya, seperti yang ditetapkan dalam Hukum Tata Negara. Uraian van Vollenhoven ini melanjutkan saja pandangan Oppenheim selaku gurunya mengenai fenomena negara dalam keadaan diam dan negara dalam keadaan bergerak seperti yang telah diuraikan di atas.⁶⁹

John Alder, dalam bukunya "*Constitutional and Administrative Law*" juga menyatakan:

"Many of the standard texts, and indeed many courses, are called constitutional and administrative law. There are also separate courses on administrative law. The difference between the two subjects is really one of practical convenience and thus a rough and ready one. Administrative Law is an aspect of constitutional law. It deals with the work of the executive branch of government and how it is controlled. Administrative law can be subdivided into particular branches of executive activity, for example public health, immigration con-

⁶⁸ van Vollenhoven menjelaskan panjang lebar pandangannya mengenai ruang lingkup Hukum Administrasi Negara (*Omtrek van het Administratief Recht*) dalam satu uraian (*verhandeling*) di muka "Koninklijke Academie van Wetenschappen" di Amsterdam pada tahun 1926. Ketika itu, ia menggambarkan kelahiran dan perkembangan mata pelajaran "Hukum Administrasi Negara" di Perancis dan berbagai negara lain.

⁶⁹ Prodjodikoro, *Op. Cit.*, hal. 8.

trol, housing, education, each of which can be studied in its own right".⁷⁰

Dua sarjana Inggris, A.W. Bradley and K.D. Ewing, menyatakan:

"There is no precise demarcation between constitutional law and administrative law in Britain. Administrative law may be defined as the law which determines the organisation, powers and duties of administrative authorities. Like constitutional law, administrative law deals with the exercise and the control of governmental power. A rough distinction is that constitutional law is mainly concerned with the structure of the primary organs of government, whereas administrative law is concerned with the work of official agencies in providing services and in regulating the activities of citizens. Within the vast field of government, questions often arise as to the sources of administrative power, the adjudication of disputes arising out of the public services and, above all, the means of securing a system of legal control over the activities of government which takes account of both public needs and the private interests of the individual".⁷¹

Jika kita menelaah perbedaan di kalangan para ahli mengenai lingkup masing-masing kedua cabang ilmu Hukum Tata Negara dan Administrasi Negara itu, menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, pendapat-pendapat tersebut di atas pada garis besarnya dapat dibedakan dalam dua kelompok. Kelompok yang pertama membedakan ilmu Hukum Tata Negara dan ilmu Hukum Administrasi Negara secara prinsipil, karena

⁷⁰ John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, (London: Macmillan, 1989), hal. 6.

⁷¹ A.W. Bradley and K.D.Ewing, *Constitutional and Administrative Law*, 13th edition, (Pearson Education Ltd., 2003), hal. 10.

menurut mereka kedua ilmu pengetahuan ini dapat dibagi secara tajam baik mengenai sistematikanya maupun isinya. Sedangkan, banyak ahli hukum lain yang beranggapan bahwa antara Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara tidak terdapat perbedaan yang bersifat asasi, melainkan hanya karena pertimbangan manfaat praktisnya saja. Hukum Administrasi Negara tidak lain merupakan Hukum Tata Negara dalam arti luas dikurangi dengan Hukum Tata Negara dalam arti sempit. Inilah yang disebut sebagai teori residu dalam memahami dan membedakan definisi ilmu hukum administrasi negara dari ilmu hukum tata negara.⁷²

Menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, yang termasuk ke dalam golongan yang membedakan kedua cabang ilmu hukum ini secara prinsipil antara lain adalah Christian van Vollenhoven. Tulisannya mengenai hal tersebut yang pertama adalah *“Thorbecke en het Administratiefrecht”*. Dalam buku ini, van Vollenhoven mendefinisikan Hukum Tata Negara sebagai sekumpulan peraturan-peraturan hukum yang menentukan badan-badan kenegaraan serta memberi wewenang kepadanya, dan bahwa kegiatan suatu pemerintahan modern adalah membagi-bagikan wewenang itu kepada badan-badan tersebut dari yang tertinggi sampai yang terendah. Sesuai dengan pandangan Oppenheim, Hukum Tata Negara diibaratkan sebagai kondisi negara dalam keadaan tidak bergerak (*staat in rust*). Sedangkan, Hukum Administrasi Negara sebagai sekumpulan peraturan hukum yang mengikat badan-badan negara baik yang tinggi maupun yang rendah jika badan-badan itu mulai menggunakan wewenangnya yang ditentukan dalam Hukum Tata Negara. Oleh Oppenheim, kondisi demikian itu diibaratkan-

⁷² Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*, hal. 35.

nya seperti Negara di dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*). Selanjutnya ia katakan:⁷³

“Ter eener zijde vindt men, als staatsrecht dat complex van rechtsvoorschriften toekent, dat de werkzaamheden van een moderne overheid distribueert over tal van hoeger, en lagere organen, het houdt zich bezig naar Oppenheim's woord, meet de staat in rust. Anderzijds staat alles Administratiefrecht dat complex van bepalingen, waaraan hogere en lagere organen gebonden zijn, zoodra ze van hun reeds vaststaande staatsrechtelijke bevoegheid gebruik gaan maken; het betreft naar Oppenheim's verdere woord, de staat in beweging”.⁷⁴

Dalam bukunya yang lain, van Vollenhoven membagi Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara agak berbeda dari bukunya yang terdahulu. Menurut pendapatnya, semua peraturan yang sejak berabad-abad lamanya tidak termasuk ke dalam lingkup hukum tata negara materil, hukum perdata materil, ataupun hukum pidana materil seharusnya dimasukkan dalam cabang hukum administrasi negara. Dengan demikian, van Vollenhoven mengartikan Hukum Administrasi Negara meliputi seluruh kegiatan negara dalam arti luas, tidak hanya terbatas pada tugas pemerintahan dalam arti sempit saja. Hukum Administrasi Negara itu, menurutnya, juga meliputi tugas peradilan, polisi, dan tugas

⁷³ C. van Vollenhoven, “Thorbecke en het Administratiefrecht” dalam J. Oppenheims bundel, *Nederlandsch Administratiefrecht*, 1921, hal. 21.

⁷⁴ van Vollenhoven, *Omtrek van het Administratiefrecht, verbandelingen voorgedragen in de Koninklijke Academie van Wetenschappen*, Deel 62, atau dalam “Verspreide Geschriften”, jilid I hal. 88, “alle recht, dat niet sinds eeuwen gelijkt is als materieel staatsrecht, materieel privaatrecht of materieel staatrecht, krijgt op natuurlijke wijze een welgevoed onderdak in het administratiefrecht”.

membuat peraturan. Menurutnnya, Hukum Administrasi Negara dalam arti luas itu dapat dibagi dalam 4 (empat) bidang, yaitu:

- 1) *bestuursrecht* (hukum pemerintahan) ;
- 2) *justitierecht* (hukum peradilan);
- 3) *politierrecht* (hukum kepolisian); dan
- 4) *regelaarsrecht* (hukum perundang-undangan).

Menurut para sarjana, pandangan van Vollenhoven mengenai Hukum Administrasi Negara tersebut sebenarnya dapat dibagi dalam 2 (dua) pengertian yaitu:

- 1) Hukum Administrasi Negara dalam arti klasik; dan
- 2) Hukum Administrasi Negara dalam arti modern.

Pada perumusan pertama, yaitu Hukum Administrasi Negara dalam arti klasik, van Vollenhoven masih diliputi oleh suasana kehidupan kenegaraan yang menganut paham liberal (*liberale rechtstaatsgedachte*) yang dipengaruhi oleh Emmanuel Kant di mana negara tidak boleh mencampuri kepentingan-kepentingan individu, melainkan tugas negara hanyalah sebagai penjaga malam (*nachtwachersstaat* atau *l'etat Gendarm*). Sementara itu, ketika van Vollenhoven mengembangkan pandangan kedua, praktik kenegaraan tengah diliputi oleh suasana baru dengan berkembangnya pemikiran mengenai negara kesejahteraan atau *welfare state* (*welvaartsstaat-gedachter*). Dalam bukunya yang kedua, dinyatakan:

“*Staatsorganen zonder staatsrecht is vleugellam, want hun bevoegheid ontbreek of is onzeker Staatsorganen zonder Administratiefrecht is vluegelvrij, want zij kunnen hun bevoegdheid niet zo toepassen als zii zelf it liefst willen*”.⁷⁵

⁷⁵ *Ibid.*

Badan atau organ-organ negara tanpa hukum tata negara akan lumpuh bagaikan tanpa sayap, sebab organ-organ itu tidak mempunyai wewenang sehingga keadaannya tidak menentu. Sebaliknya, badan-badan negara tanpa Hukum Administrasi Negara menjadi bebas tanpa batas, sehingga mereka dapat berbuat menurut apa yang mereka kehendaki.⁷⁶

Di sini dapat kita ketahui maksud van Vollenhoven pada karangannya yang pertama itu bahwa badan Hukum Administrasi Negara diadakan untuk mengekang pemerintah sesuai dengan prinsip liberal yang hidup pada waktu itu. Sedangkan pada bukunya yang kedua, Hukum Administrasi Negara tidak bermaksud hanya mengekang pemerintah agar jangan bertindak sewenang-wenang dengan kekuasaannya, melainkan memberi keleluasaan kepada pemerintah untuk menyelenggarakan kepentingan rakyat, bahkan juga menentukan kewajiban-kewajiban kepada rakyat sesuai dengan faham kesejahteraan yang dianut oleh negara (*welvaartstaatsgedachte*).

Dalam menyelenggarakan kepentingan umum, ada kalanya Negara harus melanggar hak rakyat, misalnya menyita untuk kepentingan umum (*onteigening ten algemene nutte*).

Dikarenakan negara memerlukan pembuatan jalan agar hubungan antara dua tempat itu lebih lancar, maka

⁷⁶van Vollenhoven, *Staatrecht Oversee*. Lihat buku-buku, Kontjoro Purbo-pranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, (Bandung: Alumni, 1978), hal. 14 dan 15; Amrah Muslimin, *Beberapa Azas-Azas Dan Pengertian-Pengertian Pokok tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*, (Bandung: Alumni, 1980), hal. 8-13; dan Djenal Hoesen Koesoemaatmadja, *Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara*, (Bandung: Alumni, 1979), hal. 12-14

Negara terpaksa mengambil sebagian tanah rakyat untuk kepentingan tersebut. Lazimnya penyitaan ini dilakukan dengan ganti rugi kepada rakyat yang bersangkutan. Dapat juga misalnya Pemerintah memberi konsesi atas nama perusahaan-perusahaan (*nuts-bedrijven*) untuk kepentingan umum.

Sementara itu, Logemann dalam bukunya “*Over de theorie van en stellig staatsrecht*” mengadakan perbedaan yang tajam antara Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara. Untuk membedakannya, Logemann bertitik tolak dari sistematika hukum pada umumnya yang meliputi tiga hal, yaitu:

- 1) ajaran tentang status (*persoonsleer*);
- 2) ajaran tentang lingkungan (*gebiedsleer*);
- 3) ajaran tentang hubungan hukum (*leer de rechtsbetrekking*).

Berhubung Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara merupakan suatu jenis hukum yang tersendiri (*als byzonder soort van recht*) yang mempunyai obyek penyelidikan hukum, maka sistematika hukum pada umumnya dapat diterapkan pula terhadap Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara. Sistematika yang dibuat oleh Logemann dalam bukunya itu, dibagi sebagai berikut:

- 1) Hukum Tata Negara dalam arti sempit meliputi:
 - a. *persoonsleer* yaitu mengenai *persoon* dalam arti hukum yang meliputi hak dan kewajiban manusia, personifikasi, pertanggungjawaban, lahir dan hilangnya hak dan kewajiban tersebut, hak organisasi, batasan-batasan dan wewenang;
 - b. *gebiedsleer*, yang menyangkut wilayah atau lingkungan di mana hukum itu berlaku dan yang

termasuk dalam lingkungan dimaksud adalah waktu, tempat, manusia atau kelompok, dan benda.

- 2) Hukum Administrasi Negara meliputi ajaran mengenai hubungan-hubungan hukum (*leer der rechtsbetrekkingen*).

Dengan demikian, menurut J.H.A. Logemann,⁷⁷ dapat dikatakan bahwa ilmu Hukum Tata Negara itu mempelajari:⁷⁸

- a. susunan dari jabatan-jabatan;
- b. penunjukan mengenai pejabat-pejabat;
- c. tugas dan kewajiban yang melekat pada jabatan itu;
- d. kekuasaan dan wewenang yang melekat pada jabatan;
- e. batas wewenang dan tugas dari jabatan terhadap daerah dan orang-orang yang dikuasainya;
- f. hubungan antar jabatan;
- g. penggantian jabatan;

⁷⁷ Lihat juga J.H.A. Logeman, *Tentang Teori Suatu Hukum Tata Negara Positif* (terjemahan, disertai pengantar G.J. Resink), (Jakarta: Ichtiar Baru - Van Hoeve, tanpa tahun).

⁷⁸ Logemann, *Over de theorie van een stelling Staatsrecht*, (Jakarta: Saksama, 1954), hal. 54, “*Tot de persoonsleer behoren dan, om samen te vatten en aan te vullen, niet het verwantschaps en huwelijksrecht, maar wie de problemen van de mens als plichten subject (toerekenbaarheid, mondigheid, handelingbevoegdheid), de personifikatie, de vertegenwoordiging, ontstaan en tenietgaan van persoonlijkheid, het organisatie recht, de competentie-afbakening*”; hal. 59, “*De term ‘gebieg’ word hier zoals baven bleek, gebruik als aanduiding van de sfeer waarbinnen de norm geldt, in abstracte zin met de vraag, op welke wijze tijd, ruimte, personen groep, als gedingbegrenzing van de a stelligrechtelijke norm kunnen optreden*”; hal. 85, “*mij schynt atgende wat aan de juridiche dogamatische pogingen tot ondersheid voor zweeft, met de stof die naast de persoonsleer en de gebiedsleer behandeling vraagt, dus met de leer der rechtsbetrekkingen, nu als descriptie van een duidelijk aangewesen problemkring te mogen opeisen*”.

h. hubungan antara jabatan dan pemegang jabatan.

Hukum Administrasi Negara mempelajari jenis, bentuk, serta akibat hukum yang dilakukan oleh para pejabat dalam melakukan tugasnya.

Selain van Vollenhoven dan Logemann, sarjana ketiga yang biasa dijadikan rujukan dalam persoalan ini adalah Stellinga yang membedakan Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara secara tegas. Dalam pidatonya yang berjudul “*Systematische Staatsrechtstudie*”,⁷⁹ dikemukakan bahwa tidak hanya di dalam Hukum Tata Negara saja diadakan sistematika, tapi juga dalam Hukum Administrasi Negara.

Dalam bukunya yang lain yaitu yang berjudul “*Grondtrekken van het Nederlandsch Administratiefrecht*”, Stellinga berusaha untuk menemukan perbedaan prinsipil antara Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara, seperti yang sudah dilakukan oleh gurunya yaitu van Vollenhoven. Stellinga mengemukakan bahwa kebanyakan penyelidikan tentang Hukum Administrasi Negara tidak meliputi keseluruhannya, melainkan hanya membicarakan beberapa bagian tertentu saja. Bagian-bagian itu dibicarakan secara terpisah yang hanya sebagai monographi. Ia baru menjadi sistematika, jika bagian-bagian di dalamnya diletakkan pada tempatnya yang tepat. Dengan demikian, Hukum

⁷⁹ J.R. Stellinga, *Systematische Staatrectstudie*, hal. 15 “*de systematische studie schijnt ook voor het administratiefrecht aangewezen*”; *Ibid.* “*Grondtrekken van het Administratiefrecht*”, hal. 1, “*de enige betekenis welke de onderscheid tussen staatrecht en administratiefrecht kan heben is een wetenschappelijke beoefening van het staatrecht en het administratiefrecht dien de grens tussen deze beide zo te behandelen krijgen welke door hun overeenkomstige aard bijeen horen*”; hal. 3, “*warnar inzicht bestaat ten aanzien van de juiste plaats welke zij in het kader van het geheel innemen*”.

Administrasi Negara tidak lagi merupakan suatu kumpulan monographi-monographi, melainkan merupakan sistematika yang menghubungkan bagian satu dengan bagian yang lainnya, yang masing-masing bagian itu diletakkan dalam tempatnya yang tepat. Arti sistematika di sini adalah *waar de delen zijn juiste plaats vindt*. Sebenarnya, Logemann juga mempunyai pendirian yang sama dengan Stellinga mengenai soal ini.⁸⁰

Di samping itu, juga terdapat Hukum Administrasi Negara yang berlaku bagi para individu dalam masyarakat yang diperintah oleh Negara. Lebih jauh, Stellinga menyatakan:

“dan zal er voorts moeten uitgaan dat het staatsrecht meer omvat dan de bevoegdheden en verplichtingen van de Overheidsorganen. Ook de burger heeft zijn staatsrechtelijke bevoegdheden en verplichtingen. De regels voor het uitoefenen, onderscheidenlijk het nakomen daarna, maken eveneens een deel van het administratiefrecht uit”.

Kita harus menyadari bahwa masih banyak hal lain yang diatur oleh Hukum Tata Negara selain hanya soal tugas dan wewenang dari alat-alat atau organ-organ negara. Dalam Hukum Tata Negara, baik menurut Stellinga maupun menurut Hans Kelsen, seorang warga negara pun mempunyai hak dan kewajiban berdasarkan peraturan perundang-undangan. Pendek kata, seperti dikemukakan oleh Hans Kelsen, kriteria terpenting adalah ada tidaknya (i) *norm creating function*, dan (ii) *norm applying function* yang terkait

⁸⁰ Logemann, *Over de theorie van een stellig Staatsrecht*, *Op. Cit.*, hal. 2, “*dat het op te delven systeem inderdaad systeem is, zal namelijk bewezen zijn, als elk problem daarin zijn eigen plaats vanzelf vindt*”.

dengan subjek hukum tertentu.⁸¹ Jika kedua fungsi itu ada, maka menurut Hans Kelsen, subjek hukum yang menyandanginya dapat disebut sebagai *organ* atau *state organ*, dan menurut Stellinga, norma-norma hukum yang mengatur cara menjalankan hak dan kewajiban itu termasuk dalam bidang Hukum Administrasi Negara.⁸²

Sarjana lain yang tidak membedakan antara Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara secara tajam di antaranya adalah Kranenburg, van der Pot, dan Vegting. Kranenburg berpendapat bahwa perbedaan antara kedua cabang ilmu pengetahuan itu secara tajam, baik karena isinya ataupun karena wataknya yang berlainan, merupakan sesuatu yang tidak riil. Perbedaan itu menurutnya disebabkan oleh pengaruh ajaran organis mengenai negara (*organische staats theorie*) yang timbul dalam ilmu pengetahuan medis yang membedakan antara anatomie dan psikologi. Sistematis yang diambil dengan analogi kedua ilmu pengetahuan medis itu sama sekali tidak tepat karena obyek keduanya memang tidak sama.

Perbedaan antara Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara itu tidaklah bersifat fundamental dan hubungan antara keduanya dapat disamakan dengan hubungan antara Hukum Perdata dan Hukum Dagang. Jika keduanya dipisahkan, maka hal itu semata-mata karena kebutuhan akan pembagian kerja yang secara praktis diperlukan sebagai akibat pesatnya perkembangan hukum korporatif dari masyarakat hukum teritorial. Di samping itu, materi yang diajarkan dalam pendidikan hukum memang perlu dibagi sehingga mudah

⁸¹ Lihat dalam Kelsen, *Op Cit.*

⁸² Stellinga, *Grondtrekken van het Nederlandsche Administratiefrecht*, *Op Cit.*, hal. 13.

untuk dipelajari. Hukum Tata Negara dibagi meliputi susunan, tugas, wewenang, dan cara badan-badan itu menjalankan tugasnya, sedangkan bagian lain yang lebih terperinci itu dimasukkan dalam bidang Hukum Administrasi Negara.⁸³ Dengan demikian, perbedaan antara Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara itu dapat dikatakan bukanlah disebabkan oleh karena alasan yang prinsipil, akan tetapi sekedar untuk kepentingan pembagian kerja yang bersifat praktis belaka.

Van der Pot juga tidak membedakan secara tajam antara Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara karena perbedaan secara prinsipil tidak menimbulkan akibat hukum apa-apa. Oleh karena itu, perbedaan dimaksud menurutnya tidaklah terlalu perlu. Jika pun hendak diadakan perbedaan yang tegas di antara keduanya, maka hal itu hanya penting untuk ilmu pengetahuan, bukan untuk kebutuhan praktik. Dengan perbedaan itu, para ahli hukum dapat memperoleh gambaran mengenai keseluruhan sistem hukum dan rincian perbedaan di antara unsur-unsurnya yang bermanfaat untuk diketahui.⁸⁴

Begitu pula Vegting ketika menyampaikan pidato jabatannya dengan judul "*Plaats en aard van het Admi-*

⁸³ Kranenburg, *Het Nederlandsch Staatsrecht*, eerste deel zesde druk, (Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon, 1947). hal. 14, menyatakan: "*Ik zou ae splitsing willen verklaren als een gevolg van de behoefte aan arbeidsverdeling bij de zeer snelle uitgroei van het corporatieve recht der territoriale gemeenschappen en de noodzakelijkheid om zich bij de behandeling der stof te beperken tot samenstelling, de taak, de bevoegdheid en de functionerings-wijze van de belangrijkste organen die dan als staatsrecht worden gedoceerd, terwijl de nadere en me er in bijzonderheden afdalende behandeling van bijzondere takken der staats rechtorganisatie onder het administratiefrecht werd gebracht*"; selanjutnya pada hal. 15, "*De onderscheiding Staatsrecht en Administratiefrecht is dus niet principieel, maar eenvoudig een van doelmatige arbeidsverdeling*".

⁸⁴ van der Pot, *Op Cit.*, hal. 510

nistratiefsrecht”, seperti halnya Kranenburg dalam “*Het algemene Nederlandsch Administratiefsrecht*”, menjelaskan bahwa Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara mempunyai lapangan penyelidikan yang sama. Perbedaan keduanya hanya terletak pada cara pendekatan yang dipergunakan oleh masing-masing ilmu pengetahuan itu mengadakan penyelidikan ilmiah. Hukum Tata Negara berusaha mengetahui seluk beluk organisasi negara dan badan-badan lainnya. Sedangkan, Hukum Administrasi Negara menghendaki bagaimana caranya negara serta organ-organ negara itu menjalankan tugasnya. Vegting tidak membedakan Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara karena pembatasan wewenang (*competentie afbakening*) melainkan karena caranya negara bertindak itu saja pun sudah merupakan pembatasan wewenang juga. Artinya, bagi Vegting, Hukum Tata Negara itu mempunyai obyek penyelidikan yang berkenaan dengan hal-hal yang pokok mengenai organisasi Negara, sedangkan objek penyelidikan Hukum Administrasi Negara adalah peraturan-peraturan yang bersifat teknis.⁸⁵

5. Hukum Tata Negara dan Hukum Internasional Publik

Baik hukum tata negara maupun hukum internasional publik, sama-sama merupakan cabang ilmu hukum publik. Akan tetapi, objek perhatian hukum internasional publik sangat berbeda dari objek perhatian hukum tata negara. Hukum Tata Negara hanya mem-

⁸⁵ W.G. Vegting, *Plaats en aard van het Administratiefrecht*, pidato inagurasi, Amsterdam, 1946. Lihat juga “*Het Algemeen Nederlandach Administratiefrecht*”, I, 1954, hal. 6-7, “*Staats en administratiefrecht hebben een gemeenschappelijk gebied van te bestuderen regelen, die echter, bij ene studie anders benaderd worden dan bij de andere*”.

pelajari negara dari struktur internalnya, sedangkan Hukum Internasional Publik mempelajari hubungan-hubungan hukum antarnegara itu secara eksternal. Di samping itu, Hukum Internasional itu sendiri, ada pula yang bersifat privat (perdata) di samping ada yang bersifat publik. Tentunya yang mempunyai hubungan erat dengan ilmu Hukum Tata Negara adalah cabang Hukum Internasional Publik.

Keduanya sama-sama menelaah dan mengatur mengenai organisasi negara. Akan tetapi, Hukum Internasional mempelajari dan mengatur mengenai hubungan-hubungan eksternal dari negara, sedangkan Hukum Tata Negara berurusan dengan aspek-aspek hubungan yang bersifat internal dalam negara yang dikaji. Misalnya, konsep kedaulatan yang dikaji oleh Hukum Internasional adalah konsep kedaulatan yang bersifat eksternal dalam hubungan antarnegara, sedangkan dalam Hukum Tata Negara yang dibahas adalah perspektif yang bersifat internal, misalnya teori tentang kedaulatan rakyat, kedaulatan hukum, kedaulatan raja, ataupun teori kedaulatan Tuhan.

6. Kecenderungan Hukum Tata Negara, Hukum Administrasi Negara, dan Hukum Internasional Publik

Pada abad ke-21 dewasa ini, perkembangan dunia sudah sangat berbeda dari apa yang terjadi pada abad-abad yang lalu. Objek studi Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara tumbuh dan berkembang menjadi sangat spesifik dan rinci, sehingga keahlian yang diperlukan menjadi semakin terspesialisasi. Berbagai buku hukum tata negara dan hukum administrasi negara di Amerika Serikat dan Eropa membahas berbagai persoalan dengan sangat spesifik dan mendalam. Kecenderungan gejala ilmiah yang demikian inilah yang disebut sebagai gejala *diferensiasi struktural* yang menye-

babkan tingkat keahlian seseorang semakin dituntut kekhususan dan spesialisasinya. Bahkan, di bidang hukum administrasi negara telah bermunculan banyak sekali cabang ilmu hukum baru seperti hukum perpajakan, hukum lingkungan, hukum kepegawaian, hukum bangunan, dan sebagainya.

Bersama dengan munculnya kecenderungan pertama tersebut, timbul pula kecenderungan kedua, yaitu gejala *konvergensi fungsional* antar cabang ilmu yang semula terpisah-pisah, tetapi dalam praktik penyelesaian suatu masalah memerlukan pendekatan yang terpadu yang melibatkan cabang-cabang ilmu yang berbeda itu dalam satu kesatuan konsepsi. Dari kenyataan ini berkembang kebutuhan akan adanya pendekatan yang multi-disipliner dan pendekatan yang holistik-integral dalam penyelesaian masalah. Dalam kaitan dengan perbedaan antara cabang ilmu Hukum Tata Negara (*Constitutional Law*) dan Hukum Administrasi Negara (*Administrative Law*), kecenderungan konvergensi fungsional itu juga terjadi, sehingga muncul kebutuhan untuk mengintegrasikan kembali secara relatif antara pendekatan-pendekatan Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara dalam satu kesatuan disiplin berpikir.

Oleh karena itu, di beberapa negara, seperti misalnya di Austria, kedua kecenderungan itu diatasi dengan cara ganda. Di satu segi, spesialisasi dipacu, tetapi upaya konvergensi melalui koordinasi dan integrasi juga dilakukan secara bersengaja. Misalnya, di Universitas Vienna dan Universitas Salzburg, mata kuliah hukum administrasi negara (*verwaltungsrecht*) dikembangkan sangat terperinci. Prof. Dr. Jahnel Ilmar adalah guru besar hukum bangunan di Universitas Salzburg yang sangat menguasai bidangnya tetapi tidak banyak tahu mengenai aspek-aspek hukum administrasi negara dan hukum tata negara pada umumnya. Namun, di samping sebagai guru besar, dia juga dipercaya untuk menduduki direktur

Instituut voor Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht (Lembaga Kajian Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara) pada Fakultas Hukum Universitas Salzburg. Institut yang sama juga terdapat di Fakultas Hukum Universitas Vienna. Di dalamnya tergabung para ahli, baik dari lapangan Hukum Tata Negara maupun Hukum Administrasi Negara.⁸⁶

Di samping kedua kecenderungan tersebut di atas, ada pula kecenderungan ketiga yang relatif masih sangat baru, yaitu menyatunya aspek-aspek kajian internal negara yang biasanya menjadi ciri ilmu hukum tata negara dan hukum administrasi negara dengan aspek-aspek eksternal yang biasanya menjadi domain ilmu hukum internasional publik. Kedua bidang ilmu ini sama-sama menjadikan negara dan organisasi negara sebagai objek kajiannya. Akan tetapi, Hukum Tata Negara pada umumnya hanya melihat aspek internal dalam negara yang dikajinya, sedangkan hukum Internasional publik justru melihatnya dari segi hubungan eksternal antar-negara. Namun, dengan terjadi perkembangan Uni Eropa (*European Union*) dewasa ini, timbul masalah mengenai perbedaan antara Hukum Tata Negara dengan Hukum Internasional Publik. Ketika orang membicarakan tentang konstitusi Uni Eropa, parlemen Eropa, Pengadilan Eropa, tidak lagi jelas apa perbedaan antara Hukum Tata Negara dengan Hukum Internasional.

Peraturan (*Regeling*), Keputusan (*Beschikking*), dan Putusan Hakim (*Vonnis*) yang ditetapkan oleh Parlemen, Dewan Eksekutif, atau Pengadilan Eropa, di satu segi dapat disebut sebagai norma hukum internasional,

⁸⁶ Pada bulan Juni 2003, saya sendiri mengadakan kunjungan kerja dan pertemuan dengan pimpinan Instituut voor Verfassungsrecht und Verwaltungsrecht, baik di Universitas Vienna maupun Universitas Salzburg. Bahkan, selama di Universitas Salzburg, Prof. Dr. Jahnel Ilmar bertindak sebagai *guide* yang mendampingi kemanapun saya pergi selama berkunjung di kampus Universitas Salzburg.

tetapi di lain segi sudah dianggap menjadi bagian dari pengertian hukum domestik setiap negara anggota Uni Eropa. Oleh karena itu, di Jerman, para guru besar hukum tata negaranya biasa disebut sebagai guru besar hukum publik, bukan lagi guru besar hukum tata negara. Prof. Dr. Hanns Jarrass, seorang guru besar di Muenster University, Jerman, ketika memberikan ceramah di Fakultas Hukum Universitas Indonesia pada tahun 2003 yang lalu tentang Perkembangan Hukum Eropa juga memperkenalkan dirinya sebagai guru besar hukum publik, bukan sebagai guru besar hukum tata negara.⁸⁷

Tentu saja, gejala yang terjadi di Eropa tersebut memang belum final, karena konstitusi Uni Eropa juga belum berlaku mengikat sebagai konstitusi. Akan tetapi, gejala regionalisasi politik dan ekonomi di berbagai bagian dunia terus berkembang. Di satu segi gelombang globalisasi yang semakin meluas, tetapi di pihak lain berkembang pula tuntutan regionalisasi wilayah-wilayah ekonomi dan politik di berbagai bagian dunia dan bahkan lokalisasi dalam arti tumbuhnya tuntutan otonomi lokal di mana-mana. Pada saatnya, perkembangan-perkembangan baru semacam itu akan mempengaruhi pola-pola hubungan hukum antara satu negara dengan negara yang lain, sehingga konsep-konsep hukum Internasional publik akan semakin mendekat ke arah konsep-konsep hukum tata negara yang sebelumnya hanya bekerja di sekitar aspek-aspek internal saja dari organisasi negara.

⁸⁷ Prof. Hanns Jarrass berkunjung ke Indonesia atas biaya Hanns Seidel Stiftung dan menjadi tamu saya selaku guru besar Hukum Tata Negara. Dalam salah satu pembicaraan dengan saya dan juga dalam kuliah umum yang ia berikan di depan mahasiswa S1 Fakultas Hukum UI pada tahun 2003, dia menjelaskan perkembangan hukum Eropa dan status bidang ilmu hukum tata negara dewasa ini.

D. Objek dan Lingkup Kajian Hukum Tata Negara

Buku J.H.A. Logemann yang diterbitkan pada tahun 1948 di Leiden yang berjudul “*Over de Theorie van Een Stellig Staatsrecht*” berisi tiga bagian, yaitu (1) Hukum Positif, (2) Hukum Tata Negara Positif, dan (3) Sistem Formil Hukum Tata Negara Positif.⁸⁸ Pada Bagian Kedua, oleh Logemann dibahas mengenai (i) Hukum Tata Negara, (ii) Kesistematian Hukum Tata Negara, (iii) Bentuk Penjelmaan Sosial Negara, (iv) Negara dalam Hukum Positif, (v) Hukum Tata Negara dalam Arti Semipit, (vi) Hukum Administrasi, dan (vii) Tipe-Tipe Negara. Sedangkan pada Bagian Ketiga, dibahas mengenai (i) Jabatan Sebagai Pribadi, (ii) Batas-Batas Jabatan, (iii) Lahir dan Lenyapnya Jabatan, (iv) Cara Menempati Jabatan, (v) Jabatan dan Pemangku Jabatan: Perwakilan (vi) Jabatan dan Pemangku Jabatan: Hubungan Dinas dengan Negara, (vii) Jabatan Majemuk, (viii) Kelompok Jabatan, (ix) Lingkungan Kerja, (x) Wewenang Hukum, (xi) Pegangan Waktu, (x) Pegangan Ruang dan Pegangan Pribadi, dan (xi) Perbandingan Kekuasaan.

Sarjana Inggris, *Michael J. Allen* dan *Brian Thompson* dalam bukunya “*Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*” (1990-2003)⁸⁹ mengelompokkan materi bahasannya ke dalam 11 (sebelas) bagian, yaitu (i) Constitutional Law in the United Kingdom, (ii) The Legislative Supremacy of Parliament,

⁸⁸ Buku ini diterjemahkan oleh Makkatutu dan J.C. Pangkrego serta dikoreksi oleh G.H.M. Riekerk serta diberi kata pengantar oleh G.J. Resink, lalu diterbitkan oleh Ichtar Baru-van Hoeve, Jakarta, pada tahun 1975. Sebelumnya buku ini pernah diterbitkan dalam bentuk asli untuk kebutuhan perkuliahan dengan judul “*College-aantekeningen over het staatsrecht van Nederlands-Indie*”.

⁸⁹ Michael Allen and Brian Thompson, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, 7th edition, (London-New York: Oxford University Press, 2003).

(iii) The European Union, (iv) The Rule of Law, (v) Constitutional Conventions, (vi) Parliamentary Government at Work, (vii) Civil Liberties, (viii) Judicial Review: The Grounds, (ix) The Availability of Judicial Review, (x) Ombudsman, dan (xi) Statutory Tribunals.

Versi *textbook* yang ditulis oleh Michael T. Molan dengan judul “*Constitutional Law: The Machinery of Government*” memuat pokok bahasan yang sedikit berbeda.⁹⁰ Molan membagi bukunya dalam 13 (tiga belas) bab, yaitu (i) The Nature and Sources of Constitutional Law, (ii) The European Union, (iii) Constitutional Principles: The Separation of Powers, the Rule of Law, and the Independence of the Judiciary, (iv) The Sovereignty of Parliament, (v) The Electoral System, (vi) The House of Commons, (vii) The Executive, (viii) Judicial Review of Executive Action, (ix) The European Convention on Human Rights, (x) The Police Power, (xi) The Right to Privacy and Family Life: Article 8 of the European Convention on Human Rights, (xii) Freedom of Expression: Article 10 of the European Convention on Human Rights, and (xiii) Freedom of Assembly and Association: Article 11 of the European Convention on Human Rights.

Versi lain lagi adalah dari John Alder, Erwin Chemerinsky, A.W. Bradley and K.D. Ewing, O. Hood Phillips, Paul Jackson, and Patricia Leopold, serta banyak lagi buku teks Hukum Tata Negara lainnya. John Alder, dalam bukunya, “*Constitutional and Administrative Law*”,⁹¹ membagi bukunya dalam 5 (lima) bagian, yaitu (I) General Constitutional Theory, yang mencakup bahasan mengenai (1) the nature of the United Kingdom Constitution, (2) the sources of the constitution, (3) constitutionalism: the rule of law and the separation of

⁹⁰ Michael T. Molan, *Constitutional Law: The Machinery of Government*, 4th edition, (London: Old Bailey Press, 2003).

⁹¹ Alder and English, *Op Cit*.

power, (4) parliamentary supremacy, (5) the European communities; (II) Parliament, yang mencakup (6) the constitutional position of parliament, (7) the House of Lords, (8) the House of Commons, (9) parliamentary supremacy; (III) The Executive, yang meliputi (10) the Crown, (11) the powers of the Crown, (12) Ministers and departments, (13) the civil service and the armed forces, (14) Ad hoc bodies, (15) local government, (16) The police; (IV) The Judicial Branch of the State, mencakup (17) the Judiciary, (18) Tribunals and Inquiries, (19) Judicial Review of the Executive; dan (V) Civil Liberties, yang meliputi (20) General principles of civil liberties, (21) Freedom of speech and assembly, (22) entry to and exclusion from the UK, (23) emergency powers, dan (24) police powers of arrest and search in the investigation of crime.

Sementara itu, O. Hood Phillips dan kawan-kawan dalam bukunya “*Constitutional and Administrative Law*” membagi pokok bahasannya juga dalam 4 (empat) bagian.⁹² Bagian Umum antara lain membahas soal *the nature of constitutional and administrative law, parliamentary supremacy, devolution and regionalism, the constitutional conventions*, dan sebagainya. Bagian II tentang *Parliament*, Bagian III tentang *Central Government*, Bagian IV tentang *Justice and Police*, Bagian V tentang *Rights and Duties of the Individual*, Bagian VI khusus tentang *Administrative Law*, dan Bagian VII tentang *The Commonwealth*. Masing-masing bagian itu membahas secara terperinci segala aspek yang terkait.

Demikian pula buku “*Constitutional and Administrative Law*”, A.W. Bradley dan K.D. Ewing juga dibagi dalam 4 (empat) bagian.⁹³ Bagian I tentang *General Principles of Constitutional Law*, yang mencakup baha-

⁹² Phillips, Jackson, and Leopold, *Op Cit*.

⁹³ Bradley dan Ewing, *Op Cit*.

san tentang (1) Definition and scope of constitutional law, (2) sources and nature of the constitution, (3) the structure of the united kingdom, (4) parliamentary supremacy, (5) the relationship between legislature, executive, and judiciary, (6) the rule of law, (7) responsible and accountable government, (8) the United Kingdom and the European Union; Bagian II tentang The Institution of Government, meliputi (9) Composition and meeting of parliament, (10) functions of parliament, (11) privileges of parliament, (12) the Crown and the royal prerogative, (13) the Cabinet, government departments and the civil service, (14) public bodies and regulatory agencies, (15) foreign affairs and the commonwealth, (16) the armed forces, (17) the treasury, public expenditure and the economy, (18) the courts and the machinery of justice; Bagian III tentang The Citizen and the State, yang meliputi (19) the nature and protection of human rights, (20) citizenship, immigration, and extradition, (21) the police and personal liberty, (22) the protection of privacy, (23) freedom of expression, (24) freedom of association and assembly, (25) state security and official secrets, dan (26) emergency powers and terrorism; Bagian IV khusus membahas Administrative Law, meliputi pembahasan mengenai (27) the nature and development of administrative law, (28) delegated legislation, (29) administrative justice, (30) judicial control of administrative action, dan terakhir (31) liability of public authorities and the Crown.

Banyak lagi buku teks lainnya yang membagi materi bahasan dalam berbagai versi. Misalnya, buku teks karya Erwin Chemerinsky yang berjudul "*Constitutional Law: Principles and Policies*" terdiri atas 12 (dua belas) bab.⁹⁴ Ke-12 bab itu adalah (i) Historical Back-

⁹⁴ Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, (New York: Aspen Law & Business, 1997).

ground and Contemporary Themes, (ii) The Federal Judicial Power, (iii) The Federal Legislative Power, (iv) The Federal Executive Power, (v) Limits on State Regulatory and Taxing Power, (vi) The Structure of the Constitution's Protection of Civil Rights and Civil Liberties, (vii) Procedural Due Process, (viii) Economic Liberties, (ix) Equal Protection, (x) Fundamental Rights Under Equal Protection and Due Process, (xi) Expression, dan (xii) Religion.

Di Indonesia, juga dikenal beberapa buku yang biasa dijadikan pegangan oleh mahasiswa dalam mempelajari ilmu hukum tata negara. Di antaranya adalah buku karya Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim yang berjudul "Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia". Buku ini dipakai secara luas sebagai salah satu buku teks Hukum Tata Negara di berbagai perguruan tinggi di tanah air. Di dalamnya, dibahas mengenai 9 (sembilan) hal, yaitu (1) Pendahuluan, (2) Ilmu Pengetahuan Hukum Tata Negara, (3) Sumber-Sumber Hukum Tata Negara, (4) Konstitusi, (5) Beberapa Azas yang dianut oleh UUD 1945, (6) Bentuk Negara dan Sistem Pemerintahan, (7) Asas-Asas Kewarga-negaraan, (8) Hak-Hak Asasi Manusia, dan (9) Sistem Pemilihan Umum.

Dalam buku Prof. Kusumadi Pudjosewojo, berjudul "Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia",⁹⁵ dibahas khusus mengenai tata hukum Indonesia. Dalam Bagian Kedua dibahas empat bab, yaitu Bab IV tentang Lapangan-Lapangan Hukum, Bab V tentang Hukum Tata Negara, Bab VI tentang Hukum Tatausaha Bagian Umum, dan Bab VII tentang Hukum Tatausaha Bagian Khusus. Dalam Bab Hukum Tata Negara dibahas mengenai (i) materi yang diatur dalam hukum tata negara, (ii) Rakyat Negara Republik Indonesia, (iii) Daerah Negara Republik Indonesia, (iv) Penguasa Tertinggi Negara Republik In-

⁹⁵ Pudjosewojo, *Op. Cit.*

donesia, (v) Beberapa asas-asas pokok hukum tata negara Indonesia, dan (vi) Sumber-sumber hukum tata negara Indonesia.⁹⁶

Hal yang menarik dan dapat dianggap paling luas cakupan pembahasannya adalah ilmu Hukum Tata Negara di India. Sebabnya ialah Undang-Undang Dasar India tergolong naskah undang-undang dasar yang paling tebal di dunia, sehingga mencakup keseluruhan aspek yang penting dalam aktifitas penyelenggaraan negara. Oleh karena itu, dalam buku Durga Das Basu yang berjudul *“Introduction to the Constitution of India”* tergambar cakupan yang sangat luas itu.⁹⁷ Buku itu terdiri atas 9 (sembilan) bagian, yaitu Part I terdiri atas (1) The Historical Background, (2) The Making of the Constitution, (3) The Philosophy of the Constitution, (4) Outstanding Features of the Constitution, (5) Nature of Federal System, (6) Territory of the Union, (7) Citizenship, (8) Fundamental Rights dan Fundamental Duties, (9) Directive Principles of State Policy, dan (10) Procedure of Amendment; Part II terdiri atas (11) The Union Executive, and (12) The Union Legislature; Part III mencakup (13) The State Executive, (14) The Legislature, (15) The State of Jammu and Kashmir; Part IV berisi (16) Administration of Union Territories and Acquired Territories; Part V mencakup (17) The New System of Panchayats and Municipalities, (18) Panchayats, (19) Municipalities;

⁹⁶ Bandingkan juga dengan pendapat Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka yang mengatakan inti permasalahan Hukum Tata Negara adalah (a) Status atau kedudukan yang menjadi subyek/pribadi dalam Hukum Negara yaitu siapa penguasa/pejabat negara dan apa lembaga-lembaga negara, serta siapa warga negara dan siapa bukan warga negara; (b) *Role* atau peranan yang meliputi kewajiban dan hak, serta peranan wantah yang di luar tetapi tidak bertentangan dengan hukum. Soerjono Soekanto dan Purnadi Purbacaraka, *Sendi-Sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993), hal. 56-59.

⁹⁷ Durga Das Basu, *Introduction to the Constitution of India*, 18th edition, (India: Wadhwa & Company, 2000).

Part VI berisi (20) Administration of Scheduled and Tribal Areas; Part VII tentang The Judicature yang terdiri atas (21) Organisation of the Judiciary in General, (22) The Supreme Court, dan (23) The High Court; Part VIII tentang The Federal System yang meliputi (24) Distribution of Legislative and Executive Powers, (25) Distribution of Financial Powers, (26) Administrative Relations between the Union and the States, (27) Inter-State Relations, (28) Emergency Provisions; Part IX tentang lain-lain atau “miscellaneous” yang mencakup (29) Rights and Liabilities of the Government and Public Servants, (30) The Services and Public Service Commissions, (31) Elections, (32) Minorities, Scheduled Castes and Tribes, (33) Languages, dan (34) How the Constitution Has Worked.

Menurut John Alder, *“The main function of a constitution is to provide the ground rules through which the organisation operates”*.⁹⁸ Untuk itu, menurutnya:

“constitutional law is different from other kinds of law in that the other laws of a country obtain their validity from its constitution. Constitutional law is as it were the law behind the law”.⁹⁹

Itu sebabnya banyak sarjana yang menganggap bahwa hukum tata negara itu meliputi semua aspek hukum yang berkenaan dengan negara dan pemerintahan, meskipun untuk alasan-alasan yang bersifat praktis, studi mengenai hal itu dibatasi hanya pada soal-soal hukum dasar konstitusi saja (*basic rules of the constitution*). Sehubungan dengan itu, John Alder merumuskan lingkup hukum tata negara itu dengan mengajukan beberapa pertanyaan kunci, yaitu:

⁹⁸ John Alder, *Op. Cit.*

⁹⁹ *Ibid.*

- 1) Siapa atau lembaga apakah yang menjalankan berbagai fungsi kekuasaan negara? Biasanya kekuasaan negara secara horizontal dibagi ke dalam tiga cabang, yaitu (i) *the law making power*; (ii) *the executive power*, yaitu *the power to implement and enforce the laws*; and (iii) *the judicial power*, yakni *the power to settle disputes by applying the law to particular cases*. Di samping itu, kekuasaan negara juga dibagi ke dalam struktur hierarkis antara *central and local government*, dan menurut tugas-tugas yang bersifat khusus, seperti polisi dan tentara;
- 2) Apa dan bagaimanakah hubungan antara masing-masing cabang kekuasaan itu satu sama lain, dan secara khusus, siapa pula atau lembaga mana yang bertindak sebagai pemegang kata akhir dalam pengambilan keputusan mengenai sesuatu urusan tertentu?
- 3) Bagaimanakah para anggota dan pimpinan dari cabang-cabang kekuasaan negara tersebut ditetapkan dan diberhentikan? Apakah pengisian jabatan keanggotaan dan pimpinan lembaga-lembaga negara yang menjalankan fungsi-fungsi kekuasaan negara itu dipilih atau diangkat, dan bagaimanakah caranya?
- 4) Bagaimanakah caranya pemerintahan dan demikian pula semua jabatan kenegaraan yang ada dibatasi dan dikontrol? Apakah semua pemegang jabatan kenegaraan itu bertanggung jawab, dan kepada siapa mereka mempertanggungjawabkan kinerjanya. Apakah dan bagaimanakah mekanisme pertanggungjawaban itu kepada rakyat?
- 5) Bagaimana pula mekanisme dan prosedur untuk membentuk dan mengadakan perubahan atau penggantian terhadap undang-undang dasar?

Menurut John Alder, kelima pertanyaan itulah yang merupakan pusat perhatian hukum tata negara (*the*

study of the constitutional law). Namun, jika diperhatikan, pandangan John Alder itu bersifat terlalu menyederhanakan. Lingkup materi pertanyaan yang diajukannya dapat dikatakan sangat terbatas dan terlalu sempit untuk menggambarkan ruang lingkup kajian hukum tata negara pada umumnya. Dalam studi hukum tata negara atau *constitutional law*, di mana pun berada, selalu ditelaah mengenai (a) Konstitusi sebagai hukum dasar beserta berbagai aspek mengenai perkembangannya dalam sejarah kenegaraan yang bersangkutan, proses pembentukan dan perubahannya, kekuatan mengikatnya dalam hierarki peraturan perundang-undangan, cakupan substansi, ataupun muatan isinya sebagai hukum dasar yang tertulis; (b) Pola-pola dasar ketatanegaraan yang dianut dan dijadikan acuan bagi pengorganisasian institusi, pembentukan dan penyelenggaraan organisasi negara, serta mekanisme kerja organisasi-organisasi negara dalam menjalankan fungsi-fungsi pemerintahan dan pembangunan; (c) Struktur kelembagaan negara dan mekanisme hubungan antar organ-organ kelembagaan negara, baik secara vertikal maupun horizontal dan diagonal; dan (d) Prinsip-prinsip kewarganegaraan dan hubungan antara negara dengan warga negara beserta hak-hak dan kewajiban asasi manusia, bentuk-bentuk dan prosedur pengambilan keputusan hukum, serta mekanisme perlawanan terhadap keputusan hukum.

Tentu saja, kita dapat merumuskan pokok bahasan hukum tata negara itu ke dalam rincian yang lebih terurai, tetapi dapat pula merumuskannya dalam garis besar saja. Lingkup materi yang dibahas, tergantung kepada data yang disajikan dalam buku masing-masing. Namun, secara umum, dalam buku-buku yang dapat digolongkan sebagai buku teks, keseluruhan materi tersebut di atas selalu tercakup dalam pembahasan, meskipun ada yang membaginya ke dalam 3 (tiga) bagian dan ada pula yang membaginya ke dalam 4 (empat) bagian.

Misalnya, A.W. Bradley dan K.D. Ewing,¹⁰⁰ menyederhanakan pokok-pokok bahasan hukum tata negara itu menjadi tiga aspek, yaitu (i) *general principles of constitutional law*; (ii) *The Institutions of Government*; and (iii) *The Citizens and The State*, meskipun ketiga aspek itu diuraikan secara sangat rinci oleh kedua sarjana ini, sehingga bukunya sendiri mencapai 812 halaman tebalnya.

Pembahasan yang pertama, misalnya, terdiri atas topik-topik (1) definition and scope of constitutional law, (2) sources and nature of constitutional law, (3) the structure of the United Kingdom, (4) Parliamentary supremacy, (5) the relationship between legislature, executive and judiciary, (6) the rule of law, (7) Responsible and accountable government, dan (8) the United Kingdom dan Uni Eropa. Soal kedua tentang *The Institutions of Government* terdiri atas (9) Composition and Meeting of Parliament, (10) Functions of Parliament, (11) Privileges of Parliament, (12) The Crown and the royal prerogative, (13) The Cabinet, government departments, and the civil service, (14) Public bodies and regulatory agencies, (15) Foreign affairs and the Commonwealth, (16) the Armed Forces, (17) The Treasury, public expenditure and the economy, dan (18) The courts and the machinery of justice.

Sementara itu, Bagian ketiga tentang "*The Citizen and the State*" mencakup pembahasan mengenai (19) The nature and protection of human rights, (20) citizenship, immigration and extraditions, (21) The police and personal liberty, (22) The protection of privacy, (23) Freedom of expression, (24) Freedom of association and assembly, (25) State security and official secrets, (26) Emergency powers and terrorism. Termasuk di dalam pembahasan mengenai negara dan warga negara ini ada-

¹⁰⁰ Bradley dan Ewing, *Op Cit.*

lah soal hubungan-hubungan hak dan kewajiban secara timbal-balik antara negara dan warga negara. Di dalamnya, termasuk pula persoalan hak dan tanggung jawab asasi manusia, seperti yang dipromosikan Inter Action Council dengan "*The Universal Declaration of Human Responsibility*" tahun 1998.

E. Objek dan Lingkup Kajian Hukum Administrasi Negara

Untuk menggambarkan lingkup kajian atau bahasan mengenai Hukum Administrasi Negara, berikut ini dapat diambil beberapa contoh mengenai tulisan yang menggambarkan lingkup kajian hukum administrasi negara di berbagai negara Eropa dan Amerika Serikat. Tentu saja, setiap sarjana mempunyai kecenderungan sendiri-sendiri dalam persoalan luas sempitnya materi yang akan dibahas dalam buku yang disusun. Akan tetapi, hal ini dapat dipakai untuk sekedar memberikan gambaran mengenai apa saja yang dipikirkan oleh para ahli, jika diberi kesempatan menjelaskan mengenai hukum administrasi negara di negara-negara tertentu yang diketahuinya.

Menurut Sabien Lust,¹⁰¹ hukum administrasi negara itu mencakup pembahasan mengenai "definition of administrative law and the use of administrative powers, serta "the place of executive in the constitutional system", "the Administrative Powers", "the Instruments Available to the Administration", "the Norms the Administrative Authorities Have to Comply", dan "Legal Protection Against Administrative Action".¹⁰² Sementara itu, Brian

¹⁰¹ Rene Seerden dan Frits Stroink (eds.), *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*, (Groningen: Intersentia Uitgevers Antwerpen, 2002), hal. 5-58.

¹⁰² Lihat A. Alen, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, (Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen, 1995), hal. 889; H. Bocken and W. De Bondt (eds), *Introduction to Belgian Law*, (Brussel: Bruylant, 2001), hal. 464; A.

Jones and Katharine Thompson membahas persoalan hukum administrasi negara Inggris dengan bahasan mengenai (i) introduction yang meliputi (a) what is administrative law, (b) the constitutional context of supremacy of parliament, human rights, separation of powers, the rule of law, and the royal prerogative; (ii) the distribution of administrative powers, yang mencakup soal the institutions of the government dalam arti luas; (iii) administrative decision making yang dikaitkan dengan (a) sources of powers, (b) inquiries, (c) inspections, (d) public participation and open government, (e) the use of private law by the administration; (iv) non-judicial redress of grievances yang meliputi soal ombudsmen dan tribunals; (v) judicial reviews yang berkenaan dengan (a) general views, (b) filing a claim for judicial review, (c) standing, (d) public or private divide, (e) exceptions to 'procedural exclusivity', (f) matters which are not reviewable, (g) legitimate expectations, (h) grounds for judicial review, (i) illegality, (j) irrationality, and (k) procedural impropriety.

Sedangkan, dalam membahas Hukum Administrasi Negara di Amerika Serikat, Philip Harter menguraikan hal-hal berikut (i) What is administrative law dengan membahas soal (a) pengertian administrasi negara, (b) the role of agencies, dan (c) brief history of administrative law; (ii) The Constitutional Structure of Congress, The President, the Courts, and the issues of separation of powers generally; (iii) the American Administrative Process, yaitu (a) Acquisition of Information, (b) Open Government, (c) Freedom of Information, (d) Adjudication versus Rulemaking, (e) Rulemaking, (f) Non-Legislative Rules, Policy Statements, and Guidelines, (g) Adjudica-

Mast, J.Djuardin, M.van Damme and J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratief recht*, (Antwerpen: Kluwer-Rechtswetenschappen, 1999), hal. 10, 18, dan lain-lain.

tion Under the Administrative Procedure Act, (h) Agency Discretion in Rulemaking and Adjudication, (i) Choices of Process, (j) Relationship of Rules to Adjudication, (k) The Role of Private Parties, (l) Alternative Dispute Resolution, (m) Due Process and Informal Adjudication, (n) The Role of Private Law; (iv) Judicial Review of Administrative Action yang mencakup pembahasan tentang (a) Availability of Judicial Review, (b) Standing, (c) Timing of Judicial Review, (d) Ripeness, (e) Exhaustion of Administrative Remedies, (f) Finality, (g) Scope of Review, (h) Review of the Facts, dan yang terakhir (i) Review of Law and Policy.

Dengan demikian, lingkup kajian hukum administrasi negara itu sangat luas cakupannya. Oleh karena itulah, oleh Brian Jones dan Katharine, konsepsi *administrative law* itu didefinisikan sebagai:

"the study of rules and procedures that on the one hand serve to promote good administrative practice in Governmental agencies, and on the other hand provide mechanisms of redress, judicial or otherwise, when grievances have arisen as a result of decisions or actions of Government".¹⁰³

Bahkan, lebih lanjut, dikatakan oleh kedua sarjana tersebut:

"In very general terms, administrative law covers specialist subject areas as diverse as planning law, immigration law and revenue law. The administrative lawyer cannot hope to have a detailed knowledge of all these areas of law, rather his or her concern is with the administrative process, at the levels of central, local and at European Union levels; and the means by which grievances in respect of governmental actions may be examined and, where appropriate redressed. In parti-

¹⁰³ Brian Jones dan Katharine Thompson, *Garner's Administrative Law*, 8th Ed. (Butterworths Law Binding: Paperback Edition, 1996).

cular, the procedure for what is technically known, as 'judicial review' must be understood".

Pendek kata, seperti dikatakan oleh Harlow and Rawlings (1984), hukum administrasi negara itu adalah *the law relating to public administration*, yaitu hukum yang berhubungan dengan administrasi publik. Hukum administrasi negara berhubungan dengan cara atau upaya dengan mana pemerintahan menjalankan tugas yang diberikan kepadanya, termasuk mengenai hakikat kekuasaan itu dan tugas-tugas serta cara bagaimana kekuasaan itu dikendalikan. Bahkan bagi sementara sarjana, *administrative law is also about the control of the administration and the protection of individual liberty, with the focus of attention being the case law of judicial review of administrative action*. Hukum Administrasi Negara juga memberikan perhatian kepada upaya untuk memungkinkan atau membuat para administrator atau penyelenggara administrasi negara mampu menjalankan pemerintahan. Pandangan semacam inilah yang biasa dikenal sebagai *a green-light theory*.¹⁰⁴

Sementara itu, sarjana Inggris lainnya, yaitu Peter Leyland dan Terry Woods, dalam bukunya "*Textbook on Administrative Law*" juga berusaha menjawab pertanyaan mengenai apa sebenarnya yang dimaksud dengan Hukum Administrasi Negara itu. Menurut kedua sarjana Inggris ini:

"What in fact is administrative law? Normally, it is regarded as the area of law concerned with the control of governmental powers, powers which originate in primary legislation or in the prerogative. Or the subordinate powers exercised by individuals and bodies acting under the power given by primary legislation (or legislation of a binding nature emanating from the

¹⁰⁴ C. Harlow and R. Rawlings, *Law and Administration*, 2nd edition, (London: Butterworths, 1997), chapter 1 & 2.

European Community). It may, then, operate in respect of controlling the prerogative powers of ministers, but it might equally well apply to the minutiae of administration in central and local government. It embodies general principles which can be applied to the exercise of the powers and duties of authorities in order to ensure that the myriad of rules and discretionary powers available to the executive conform to basic standards of legality and fairness. The ostensible purpose of these principles is to ensure that, as well as observance of the rule of law, there is accountability, transparency and effectiveness in the exercise of power in the public domain".¹⁰⁵

Dalam Hukum Administrasi, menarik juga untuk dikaji adanya *red and green-light theories* yang dikembangkan oleh Harlow dan Rawlings tahun 1984. Teori ini berkaitan dengan semakin kompleksnya peranan hukum dalam kehidupan negara modern. Untuk itu, Harlow dan Rawlings mengembangkan dua model pendekatan yang saling bertentangan yang mereka namakan sebagai perspektif *red light and green light perspectives*. *Red-light perspective* lebih konservatif dan berorientasi pada pengendalian (*control*). Sedangkan, *Green-light perspective* lebih liberal atau sosialis dalam orientasinya dan bersifat *facilitative*. Menurut Peter Leyland dan Terry Woods dalam bukunya tersebut di atas, keduanya telah berkembang secara bersamaan (*tandem*) dengan tumbuhnya negara modern.

"They serve us here with both to describe what administrative law is and to act as normative (i.e. moral and political) suppositions about what its role in society ought to be. However, we do say for our purposes; it should not be supposed that Harlow and Rawlings use these terms in exactly the same way, or that they would

¹⁰⁵ Peter Leyland and Terry Woods, *Textbook on Administrative Law*, 4th edition, (New Delhi: Oxford University Press, 2003), hal. 1-2.

necessarily share our purpose. We employ them not to describe what happens in any given set of circumstances where lawyers and judges make decisions; rather, as models to describe what in the real world of everyday legal activity is a continuum of assumptions, from red light as one end of the spectrum to green light at the other.¹⁰⁶

Dalam berbagai buku tentang Hukum Administrasi Negara atau Hukum Tata Usaha Negara di Indonesia, lingkup kajian kurang lebih sama dengan uraian tersebut di atas. Bahkan dalam buku Prof. Kusumadi Pudjosewojo yang berjudul "Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia",¹⁰⁷ materi hukum tata usaha negara dibedakan antara Bagian Umum dan Bagian Khusus. Pada Bagian Umum Bab VI tentang Hukum Tatausaha dibahas (i) materi yang diatur oleh hukum tatausaha, (ii) Alat Perengkapan Tatausaha, (iii) Perbuatan Hukum Tatausaha, (iv) Perbekalan Hukum Tatausaha, (v) Beberapa Asas Pokok Hukum Tatausaha Indonesia, dan (vi) Sumber-sumber Hukum Tatausaha Indonesia. Sedangkan pada Bagian Khusus Bab VII, dibahas mengenai (i) Bagian-bagian Khusus dari Hukum Tatausaha, (ii) Hukum Pajak atau Hukum Fiskal, (iii) Beberapa Asas Pokok Hukum Pajak Indonesia, (iv) Sumber-sumber Hukum Pajak Indonesia. Bagian Khusus ini dimaksudkan oleh Kusumadi sebagai bagian yang dinamis, tergantung pokok persoalan yang hendak dibahas.

Di dalam bukunya, yang dibahas memang hanya persoalan Hukum Pajak. Akan tetapi, di lapangan yang lain seperti hukum lingkungan hidup, hukum administrasi kepegawaian, hukum anggaran negara dan daerah, hukum bangunan, dan sebagainya, semuanya dapat dilihat sebagai objek kajian hukum tata usaha negara yang

¹⁰⁶ *Ibid.*, hal. 5.

¹⁰⁷ Pudjosewojo, *Op. Cit.*

bersifat khusus seperti halnya hukum pajak. Oleh karena itu, lingkup kajian hukum administrasi negara atau hukum tata usaha negara dapat berkembang sangat luas cakupannya. Di negara-negara yang sistem administrasinya (*public administration*) sudah sangat berkembang, bidang-bidang hukum yang menjadi objek kajian para sarjana hukum tata negara (*verfassungsrecht*) dan hukum tata usaha negara (*verwaltungsrecht*) pada umumnya sangat luas cakupannya.

Oleh karena itu, kebutuhan akan spesialisasi keahlian menjadi sesuatu yang niscaya, sehingga tidak jarang kita menemukan para ahli yang tingkat spesialisasi keahliannya sangat mendalam di sesuatu bidang yang tidak lazim di Indonesia. Misalnya, para Guru Besar di beberapa negara Eropa yang mendalami keahlian di bidang hukum bangunan, belum tentu memahami berbagai aspek hukum administrasi kepegawaian, meskipun sama-sama berasal dari keahlian di lapangan ilmu hukum administrasi negara (*verwaltungsrecht*) dan hukum tata negara pada umumnya (*verfassungsrecht*).

Dalam perkembangan dewasa ini, berbagai bidang hukum yang dapat dikategorikan termasuk ke dalam rumpun hukum administrasi atau hukum tata usaha negara, mencakup bidang-bidang, seperti (i) hukum administrasi kepegawaian, (ii) hukum perburuhan dan ketenagakerjaan, (iii) hukum administrasi kependudukan, (iv) hukum keimigrasian, (v) hukum perpajakan, (vi) hukum transportasi udara, (vii) hukum transportasi laut, (viii) hukum transportasi darat, (ix) hukum administrasi perdagangan, bea dan cukai, (x) Hukum perindustrian, (xi) hukum administrasi kehutanan dan perkebunan, (xii) hukum administrasi moneter dan perbankan, (xiii) hukum fiskal dan anggaran (pusat dan daerah), (xiv) hukum administrasi lingkungan, (xv) hukum administrasi pendidikan, (xvi) hukum administrasi ilmu pengetahuan dan teknologi, (xvii) hukum administrasi kese-

hatan, (xviii) hukum administrasi kesejahteraan dan pelayanan sosial, (xix) hukum administrasi informasi dan telematika, (xx) hukum administrasi hukum, (xxi) dan lain-lain sebagainya.

Semua aspek pengaturan dan penetapan hukum dalam rangka pelayanan umum (*public services*) oleh para pejabat administrasi publik atau pejabat administrasi negara (*public administration*) dalam bidang-bidang tersebut merupakan persoalan hukum administrasi negara. Oleh karena itu, keputusan-keputusan yang ditetapkan oleh para pejabat di bidang-bidang tersebut disebut sebagai K-TUN atau keputusan tata usaha negara yang bersifat penetapan administratif (*beschikking*).¹⁰⁸ Terhadap keputusan-keputusan semacam ini dapat diajukan gugatan ke pengadilan tata usaha negara (PTUN). Sedangkan, terhadap semua regulasi (*regulation*) atau produk peraturan (*regels*) yang ditetapkan oleh lembaga-lembaga tersebut sebagai *subordinate legislations* dapat diajukan gugatan *judicial review* langsung ke Mahkamah Agung sesuai dengan ketentuan Pasal 24A ayat (1) UUD 1945.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Berdasarkan Pasal 1 angka 3 UU No. 5 Tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara, yang dimaksud dengan Keputusan Tata Usaha Negara adalah suatu penetapan tertulis yang dikeluarkan oleh Badan atau Pejabat Tata Usaha Negara yang berisi tindakan hukum Tata Usaha Negara yang berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, yang bersifat konkret, individual, dan final, yang menimbulkan akibat hukum bagi seseorang atau badan hukum perdata.

¹⁰⁹ Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 berbunyi: "Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang".

BAB III KONSTITUSI SEBAGAI OBJEK KAJIAN HUKUM TATA NEGARA

A. Sejarah Konstitusi

1. Terminologi Klasik: *Constitutio*, *Politeia*, dan *Nomoi*

Dari catatan sejarah klasik terdapat dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian kita sekarang tentang konstitusi, yaitu dalam perkataan Yunani Kuno *politeia* dan perkataan bahasa Latin *constitutio* yang juga berkaitan dengan kata *jus*. Dalam kedua perkataan *politeia* dan *constitutio* itulah awal mula gagasan konstitusionalisme diekspresikan oleh umat manusia beserta hubungan di antara kedua istilah dalam sejarah. Dari kedua istilah itu, kata *politeia* dari kebudayaan Yunani dapat disebut yang paling tua usianya. Pengertiannya secara luas mencakup:

*“all the innumerable characteristics which determine that state’s peculiar nature, and these include its whole economic and social texture as well as matters governmental in our narrower modern sense. It is a purely descriptive term, and as inclusive in its meaning as our own use of the word ‘constitution’ when we speak generally of a man’s constitution or of the constitution of matter”.*¹¹⁰

¹¹⁰ Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism: Ancient and Modern*, (Ithaca, New York: Cornell University Press, 1966), hal. 26. Seperti dikatakan oleh Sir Paul Vinogradoff, *“The Greeks recognized a close analogy between the organization of the State and the organism of the individual human being. They thought that the two elements of body and mind, the former guided and governed by the later, had a parallel in two constitutive elements of the State, the rulers and the ruled”.*

Dalam bahasa Yunani Kuno tidak dikenal adanya istilah yang mencerminkan pengertian kata *jus* ataupun *constitutio* sebagaimana dalam tradisi Romawi yang datang kemudian.¹¹¹ Dalam keseluruhan sistem berpikir para filosof Yunani Kuno, perkataan *constitution* adalah seperti apa yang kita maksudkan sekarang ini. Menurut Charles Howard McIlwain dalam bukunya *“Constitutionalism: Ancient and Modern”* (1947), perkataan *constitution* di zaman Kekaisaran Romawi (*Roman Empire*), dalam bentuk bahasa latinnya, mula-mula digunakan sebagai istilah teknis untuk menyebut *the acts of legislation by the Emperor*.¹¹² Bersamaan dengan banyak aspek dari hukum Romawi yang dipinjam ke dalam sistem pemikiran hukum di kalangan gereja, maka istilah teknis *constitution* juga dipinjam untuk menyebut peraturan-peraturan eklesiastik yang berlaku di seluruh gereja ataupun untuk beberapa peraturan eklesiastik yang berlaku di gereja-gereja tertentu (*ecclesiastical province*). Oleh karena itu, kitab-kitab Hukum Romawi dan Hukum Gereja (Kanonik) itulah yang sering dianggap sebagai sumber rujukan atau referensi paling awal mengenai penggunaan perkataan *constitution* dalam sejarah.

Dengan perkataan lain, pengertian konstitusi itu di zaman Yunani Kuno masih bersifat materiil, dalam arti belum berbentuk seperti yang dimengerti di zaman modern sekarang. Namun, perbedaan antara konstitusi dengan hukum biasa sudah tergambar dalam perbedaan yang dilakukan oleh Aristoteles terhadap pengertian kata *politea* dan *nomoi*. Pengertian *politiea* dapat disepa-

¹¹¹ Analogi di antara organisasi negara (*state organization*) dan organisme manusia (*human organism*) ini, seperti dikatakan oleh M.L. Newman dalam *The Politics of Aristotle*, merupakan *the central inquiry of political science* di dalam sejarah Yunani Kuno.

¹¹² *Ibid.*, hal. 23.

dankan dengan pengertian konstitusi, sedangkan *nomoi* adalah undang-undang biasa.¹¹³

Politea mengandung kekuasaan yang lebih tinggi dari pada *nomoi*, karena *politea* mempunyai kekuasaan membentuk sedangkan pada *nomoi* tidak ada, karena ia hanya merupakan materi yang harus dibentuk agar supaya tidak bercerai-berai. Dalam kebudayaan Yunani istilah konstitusi berhubungan erat dengan ucapan *Res-publica Constituere* yang melahirkan semboyan, *Prinsep Legibus Solutus Est, Salus Publica Suprema Lex*, yang artinya "Rajalah yang berhak menentukan struktur organisasi negara, karena dialah satu-satunya pembuat undang-undang".¹¹⁴

Di Inggris, peraturan yang pertama kali dikaitkan dengan istilah konstitusi adalah "Constitutions of Clarendon 1164" yang disebut oleh Henry II sebagai *constitutions, avitae constitutions or leges, a recordatio vel recognition*,¹¹⁵ menyangkut hubungan antara gereja dan pemerintahan Negara di masa pemerintahan kakeknya, yaitu Henry I. Isi peraturan yang disebut sebagai konstitusi tersebut masih bersifat eklesiastik, meskipun pemyarakatannya dilakukan oleh pemerintahan sekuler. Namun, di masa-masa selanjutnya, istilah *constitutio* itu sering pula dipertukarkan satu sama lain dengan istilah *lex* atau *edictum* untuk menyebut berbagai *secular administrative enactments*. Glanvill sering menggunakan kata *constitution* untuk *a royal edict* (titah raja atau ratu). Glanvill juga mengaitkan *Henry II's writ creating*

¹¹³ *Ibid.*

¹¹⁴ Bandingkan antara Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*, dengan Abu Daud Busroh, *Ilmu Negara*, (Jakarta: Bumi Aksara, 1990), hal. 88-89; dan buku-buku sejenis lainnya.

¹¹⁵ Dokumen *Constitutions of Clarendon* menyebut dirinya sendiri sebagai *recordatio (record)* atau *recognitio (a finding)*. Pengarang buku "*Leges Henrici Primi*" pada awal abad ke-12, juga menyebut "*the well-known writ of Henry I for the holding of the hundred and county courts*" sebagai *record*.

the remedy by grand assize as 'legalis is a constitutio',¹¹⁶ dan menyebut *the assize of novel disseisin* sebagai *a recognition* sekaligus sebagai *a constitutio*.¹¹⁷

Beberapa tahun setelah diberlakukannya Undang-Undang Merton pada tahun 1236, Bracton menulis artikel yang menyebut salah satu ketentuan dalam undang-undang itu sebagai *a new constitution*, dan mengaitkan satu bagian dari Magna Charta yang dikeluarkan kembali pada tahun 1225 sebagai *constitutio libertatis*. Dalam waktu yang hampir bersamaan (satu zaman), Beaumanoir di Perancis berpendapat bahwa "*speaks of the remedy in novel disseisin as 'une nouvele constitucion' made by the kings*". Ketika itu dan selama berabad-abad sesudahnya, perkataan *constitution* selalu diartikan sebagai *a particular administrative enactment much as it had meant to the Roman lawyers*. Perkataan *constitution* ini dipakai untuk membedakan antara *particular enactment* dari *consuetudo* atau *ancient custom* (kebiasaan).

Pierre Gregoire Tholosano (of Toulouse), dalam bukunya *De Republica* (1578) menggunakan kata *constitution* dalam arti yang hampir sama dengan pengertian sekarang.¹¹⁸ Hanya saja kandungan maknanya lebih luas dan lebih umum, karena Gregoire memakai frase yang lebih tua, yaitu *status reipublicae*. Dapat dikatakan bahwa di zaman ini, arti perkataan *constitution* tercermin dalam pernyataan Sir James Whitelocke pada sekitar tahun yang sama, yaitu "*the natural frame and constitution of the policy of this Kingdom, which is jus publicum regni*". Bagi James Whitelocke, *jus publicum regni*

¹¹⁶ George E. Woodbine (ed.), *Glanvill De Legibus et Consuetudinibus Angiluae*, (New Haven: 1932), hal. 63.

¹¹⁷ McIlwain, *Op. Cit.*, hal. 24.

¹¹⁸ Authore D. Petro Gregorio Tholosano, *De Republica Libri Sex et Viginti*, lib.I, cap. I, 16, 19, Lugduni, 1609, hal. 4-5.

itulah yang merupakan kerangka alami dan konstitusi politik bagi kerajaan.

Dari sini, kita dapat memahami pengertian konstitusi dalam dua konsepsi. Pertama, konstitusi sebagai *the natural frame of the state* yang dapat ditarik ke belakang dengan mengaitkannya dengan pengertian *politeia* dalam tradisi Yunani Kuno. Kedua, konstitusi dalam arti *ius publicum regni*, yaitu *the public law of the realm*. Cicero¹¹⁹ dapat disebut sebagai sarjana pertama yang menggunakan perkataan *constitutio* dalam pengertian kedua ini, seperti tergambar dalam bukunya "*De Re Publica*". Di lingkungan Kerajaan Romawi (Roman Empire), perkataan *constitutio* ini dalam bentuk Latinnya juga dipakai sebagai istilah teknis untuk menyebut *the acts of legislation by the Emperor*. Menurut Cicero, "*This constitution (haec constitutio) has a great measure of equality without which men can hardly remain free for any length of time*". Selanjutnya dikatakan oleh Cicero:

"Now that opinion of Cato becomes more certain, that the constitution of the republic (consitutionem rei publicae) is the work of no single time or of no single man".

Pendapat Cato dapat dipahami secara lebih pasti bahwa konstitusi republik bukanlah hasil kerja satu waktu ataupun satu orang, melainkan kerja kolektif dan akumulatif. Oleh karena itu, dari sudut etimologi, konsep klasik mengenai konstitusi dan konstitusionalisme dapat ditelusuri lebih mendalam dalam perkembangan penger-

¹¹⁹ Nama lengkapnya adalah Marcus Tullius Cicero (106-43 BC). Menurut R.N. Berki, "*In the extant writings of the great Roman statesman and orator, Marcus Tullius Cicero (106-43 BC), we find the most interesting formulations of Roman Stoicism as regards political thought*". Lihat R.N. Berki, *The History of Political Thought: A Short Introduction*, (London: J.J.Dent and Sons, Everyman's University Library, 1988), hal. 74.

tian dan penggunaan perkataan *politeia* dalam bahasa Yunani dan perkataan *constitutio* dalam bahasa Latin, serta hubungan di antara keduanya satu sama lain di sepanjang sejarah pemikiran maupun pengalaman praktik kehidupan kenegaraan dan hukum.

Perkembangan-perkembangan demikian itulah yang pada akhirnya mengantarkan umat manusia pada pengertian kata *constitution* itu dalam bahasa Inggris modern. Dalam *Oxford Dictionary*, perkataan *constitution* dikaitkan dengan beberapa arti, yaitu: "... *the act of establishing or of ordaining, or the ordinance or regulation so established*". Selain itu, kata *constitution* juga diartikan sebagai pembuatan atau penyusunan yang menentukan hakikat sesuatu (*the "make" or composition which determines the nature of anything*). Oleh karena itu, *constitution* dapat pula dipakai untuk menyebut "... *the body or the mind of man as well as to external objects*".

Dalam pengertiannya yang demikian itu, konstitusi selalu dianggap "mendahului" dan "mengatasi" pemerintahan dan segala keputusan serta peraturan lainnya. A *Constitution*, kata Thomas Paine, "*is not the act of a government but of the people constituting a government*".¹²⁰ Konstitusi disebut mendahului, bukan karena urutan waktunya, melainkan dalam sifatnya yang *superior* dan kewenangannya untuk mengikat. Oleh sebab itu, Charles Howard McIlwain menjelaskan:

"In fact, the traditional notion of constitutionalism before the late eighteenth century was of a set of principles embodied in the institutions of a nation and neither external to these nor in existence prior to them".¹²¹

¹²⁰ McIlwain, *Op. Cit.*, hal. 20.

¹²¹ *Ibid.*, hal. 12.

Secara tradisional, sebelum abad ke-18, konstitusionalisme memang selalu dilihat sebagai seperangkat prinsip-prinsip yang tercermin dalam kelembagaan suatu bangsa dan tidak ada yang mengatasinya dari luar serta tidak ada pula yang mendahuluinya.

2. Warisan Yunani Kuno (Plato dan Aristoteles)

Dalam bukunya, “*Outlines of Historical Jurisprudence*”, Sir Paul Vinogradoff berpendapat:

“*The Greeks recognized a close analogy between the organization of the State and the organism of the individual human being. They thought that the two elements of body and mind, the former guided and governed by the latter, had a parallel in two constitutive elements of the State, the rulers and the ruled*”.¹²²

Pengaitan yang bersifat analogis antara organisasi negara dan organisme manusia tersebut, menurut W.L. Newman, memang merupakan pusat perhatian (*center of inquiry*) dalam pemikiran politik di kalangan para filosof Yunani Kuno.¹²³ Dalam bukunya “*The Laws*” (*Nomoi*), Plato menyebutkan bahwa “*Our whole state is an imitation of the best and noblest life*”.¹²⁴ Isocrates dalam bukunya “*Panathenaicus*” ataupun dalam “*Areopagiticus*” menyebut bahwa “*the politeia is the ‘soul of the polis’ with power over it like that of the mind over the body*”.¹²⁵ Keduanya sama-sama menunjuk kepada pengertian konstitusi. Demikian pula, Aristoteles dalam bukunya “*Politics*” mengaitkan pengertian kita tentang

¹²² Sir Paul Vinogradoff, *Outlines of Historical Jurisprudence*, Vol. II, The Jurisprudence of the Greek City, hal. 12.

¹²³ McIlwain, *Op. Cit.*, hal. 27.

¹²⁴ Sir Paul Vinogradoff, *The Laws*, hal. 817.

¹²⁵ McIlwain, *Op. Cit.*

konstitusi dalam frase *in a sense the life of the city*.¹²⁶

Dalam bukunya, “*Politics*”, Aristoteles menyatakan:

“*A constitution (or polity) may be defined as the organization of a polis, in respect of its offices generally, but especially in respect of that particular office which is sovereign in all issues*”.

“*The civic body (the politeuma,¹²⁷ or body of persons established in power by the polity) is everywhere the sovereign of the state; in fact the civic body is the polity (or constitution) itself*”.¹²⁸

Menurut Aristoteles, klasifikasi konstitusi tergantung pada (i) *the ends pursued by states*, dan (ii) *the kind of authority exercised by their government*. Tujuan tertinggi dari negara adalah *a good life*, dan hal ini merupakan kepentingan bersama seluruh warga masyarakat.

Oleh karena itu, Aristoteles membedakan antara *right constitution* dan *wrong constitution* dengan ukuran kepentingan bersama itu. Jika konstitusi diarahkan untuk tujuan mewujudkan kepentingan bersama, maka konstitusi itu disebutnya sebagai konstitusi yang benar, tetapi jika sebaliknya maka konstitusi itu adalah konstitusi yang salah. Konstitusi yang terakhir ini dapat disebut pula sebagai *perverted constitution* yang diarahkan untuk memenuhi kepentingan para penguasa yang tamak (*the selfish interest of the ruling authority*). Konstitusi yang baik adalah konstitusi yang normal, sedangkan yang tidak baik disebut juga oleh Aristoteles sebagai

¹²⁶ Ernest Barker (ed and trans.), *Politics*, (New York-London: Oxford University Press, 1958), (iv), chapter xi.

¹²⁷ Istilah “*politeuma*” ini berarti “*supreme civic authority*”. Aristoteles membuktikan bahwa “*the constitution is especially an ordering of the supreme authority by showing that the supreme authority is decisive of the character of the constitution, from which it follows that the main business of the constitution is to fix the supreme authority*”. Lihat footnote No. 3, M.L. Newman, *The Politics of Aristotle*, *Op. Cit.*, hal. 110.

¹²⁸ *Ibid.*

konstitusi yang tidak normal. Ukuran baik-buruknya atau normal-tidaknya konstitusi itu baginya terletak pada prinsip bahwa *“political rule, by virtue of its specific nature, is essentially for the benefit of the ruled”*.¹²⁹

Di antara karya-karya Plato seperti *“Republic”* dan *“Nomoi”*, terdapat pula dialog-dialog Plato yang diberi judul *“Politicus”* atau *“Statesman”* yang memuat tema-tema yang berkaitan erat dengan gagasan konstitusionalisme. Buku terakhir ini, di samping buku-buku lainnya, banyak mempengaruhi pemikiran Aristoteles di kemudian hari tentang gagasan konstitusionalisme seperti yang kita pahami sekarang. Jika dalam *“Republic”*, Plato menguraikan gagasan *the best possible state*, maka dalam buku *“Politicus” (Statesman)* sebelum ia menyelesaikan karya monumental berjudul *“Nomoi”*,¹³⁰ Plato mengakui kenyataan-kenyataan yang harus dihadapi oleh negara sehingga ia menerima negara dalam bentuknya sebagai *the second best* dengan menekankan pentingnya hukum yang bersifat membatasi. *“Plato’s Republic deals with an unattainable ideal; his Politicus treats of the attainable in its relation to this same ideal”*. Jika dalam *“Republic”* ia mengidealkan peranan *his philosopher-king* yang mempunyai *a strength of art which is superior to the law* atau bahkan dikatakan sang pemimpin itu sendirilah yang membuat seni kepemimpinannya sebagai hukum, *“not by laying down rules, but by making his art a law”*.

Oleh karena itu, banyak sarjana yang mempersoalkan apakah Plato itu seorang yang berpaham serba mutlak atau seorang konstitusionalis (*an absolutist or constitutionalist*). Jika kita berusaha menafsirkan secara kritis perkembangan pemikiran Plato sendiri yang tercermin dalam karya-karyanya, kita tidak dapat melepaskan ke-

¹²⁹ *Ibid.*, hal. 113.

¹³⁰ Plato, *The Laws*, (Penguin Classics, 1986), hal. 26 dan 37.

nyataan adanya keterkaitan antara pemikiran yang dikembangkannya sebagai intelektual dengan pergaulan empirisnya dengan kekuasaan setelah ia diangkat menjadi penasihat *Raja Dyonisius II*.¹³¹ Inilah yang menyebabkan adanya perbedaan yang tajam antara idealitas negara yang tergambar dalam *“Republic”* dan apa yang diuraikan Plato dalam *“Nomoi”*, dan sebelum menulis *“Nomoi”* terlebih dulu Plato menyelesaikan *“Politicus”*.¹³²

Namun dari pendapat-pendapat para muridnya, seperti Aristoteles, memang dapat dibayangkan pandangan para filosof di zaman Yunani Kuno itu tentang negara dan hukum tentu tidak seperti sekarang. Misalnya, Aristoteles mengatakan:

“A godlike ruler should rule like a god, and if a godlike man should appear among men, godlike rule would and should be gladly conceded to him”.¹³³

Artinya, Aristoteles sendiri juga membayangkan keberadaan seorang pemimpin negara ideal yang bersifat *superman* dan berbudi luhur, karena sejarah kenegaraan Yunani pada zamannya tergolong sangat labil. *Pertama*, di zamannya, belum ada mekanisme yang tersedia untuk merespons keadaan atau tindakan-tindakan revolusioner yang dalam pengertian sekarang disebut sebagai tindakan yang inkonstitusional. Kedua, revolusi-revolusi semacam itu jika terjadi tidak hanya mengubah corak *public law*, tetapi juga menjungkirbalikkan segala institusi yang ada secara besar-besaran, dan bahkan berakibat pada tuntutan perubahan keseluruhan *way of life* (masyarakat) *polity* yang bersangkutan. Dalam keadaan

¹³¹ *Ibid.*, hal. 21-22.

¹³² Guna mendalami lebih lanjut perbedaan dan perbandingan antara *“Republic”* dan *“The Laws”* serta karya-karya Plato yang lain, kita dapat membaca tulisan pengantar oleh Trevor J. Saunders terhadap naskah *“Plato: The Laws”*, *Op. Cit.*, hal. 17-41.

¹³³ McIlwain, *Op. Cit.*, hal. 33.

demikian, Aristoteles berpendapat keseluruhan *polity* dan konstitusi mengalami kehancuran atau bubar. *Ketiga*, revolusi demikian selalu terjadi dengan disertai kekerasan (*violence*), *proscription*, *ostracism*, dan bahkan kematian, sehingga orang Yunani dihinggapi oleh penyakit *fear of stasis*.

Keadaan demikian itulah yang menyebabkan Aristoteles berada dalam posisi untuk memberikan nasehat kepada sang *tyrant* mengenai bagaimana memperpanjang tipe kekuasaan (*type of government*) yang dikuainya sebagai kekuasaan yang paling menindas di dunia (*the most oppressive in the world*) serta paling singkat usianya. Kondisi sosial politik yang tidak stabil itulah yang menyebabkan orang berusaha memilih *status quo* (*to preserve the status quo*). Misalnya, dikatakan oleh Aristoteles dalam bukunya "*Politics*" bahwa:

*"Polities generally are liable to dissolution not only from within but from without, when there is a state having an antagonistic polity near to them or distant but possessed of considerable power".*¹³⁴

Dalam bagian lain dari tulisannya, Aristoteles juga mengatakan:

*"The practice of cutting off prominent characters and putting out of the way the high spirits in the state; the prohibition of common meals, political clubs, high culture and everything else of the same kind; precautionary measures against all that tends to produce two results, viz., spirit and confidence".*¹³⁵

Selanjutnya, oleh Aristoteles juga dinyatakan: "*A tyrant is fond of making wars, as a means of keeping his subjects in employment and in continual need of a com-*

¹³⁴ The Politics of Aristotle, VIII, *Op. Cit.*, hal. 368.

¹³⁵ *Ibid.*, hal. 392-383.

mander"¹³⁶ (seorang tiran gemar berperang sebagai cara untuk memelihara agar anak buahnya terus mengabdikan dan melayani kebutuhannya sebagai seorang komandan). Namun demikian, harus juga dimengerti bahwa sebelum munculnya pengaruh kaum *Stoics*,¹³⁷ orang Yunani Kuno memang belum membedakan sama sekali antara konsep negara (*state*) dan masyarakat (*society*), maupun antara *civil* dan *social*. Oleh karena itu, para filosof Yunani cenderung melihat hukum sebagai bagian atau satu aspek saja dalam pembicaraan mereka tentang *polity*, tentang negara. Hal ini tergambar dalam buku Aristoteles "*Rhetorica*" yang menyebut istilah *common law* dalam arti *the natural law* yang tidak lebih daripada satu porsi pengertian saja dari *the state's actual laws*.¹³⁸

Pemikiran filsafat Yunani Kuno yang dikembangkan oleh Aristoteles dan kawan-kawan tidak atau belum membayangkan hukum sebagai sesuatu yang berada di luar pengertian *polity* (negara) atau sesuatu yang terpisah dari negara dimana negara harus tunduk dan menyesuaikan diri dengan aturan yang ditentukan olehnya.

Perubahan terhadap pandangan yang tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang berada di luar atau di atas negara, baru timbul setelah Cicero memperkenalkan pemikirannya dengan mengartikan negara sebagai suatu *a bond of law* (*vinculum juris*). Dalam pengertian *vinculum juris* itu, hukum tidak hanya dilihatnya sebagai elemen suatu negara, tetapi *an antecedent law*. Dalam bukunya "*De Re Publica*", Cicero mengatakan bahwa hukum dalam arti demikian sama tuanya dengan pemikiran

¹³⁶ *Ibid.*, VIII, hal. 394.

¹³⁷ Kaum "Stoics" adalah kelompok yang menganut paham *stoicism*, tumbuh di Yunani, namun kemudian berkembang dan mendapatkan kemajuan pesat di Roma. "Stoicisme" ini bahkan, menurut sejarawan abad ke-19, Mommsen, memang sangat cocok dengan karakteristik kebudayaan Romawi. Lihat Berki, *Op. Cit.*, hal. 73.

¹³⁸ McIlwain, *Op. Cit.*, hal. 37.

tentang keberadaan Tuhan, jauh sebelum adanya negara di mana pun juga. Negara, bagi Cicero, merupakan kreasi hukum.¹³⁹ Sejak masa Cicero, dapat dikatakan pemikiran kenegaraan dan hukum mengalami revolusi besar-besaran.¹⁴⁰ Dikarenakan perbedaan di antara tradisi Yunani yang dimotori oleh Aristoteles dengan tradisi Romawi yang dimotori oleh Cicero cenderung sangat tajam, maka Charles Howard McIlwain menyatakan:

*"We cannot hope to bridge the gap between the constitutionalism of Aristotle and that of Cicero, but even the most superficial comparison of the two will show that a gap is there, and a very wide one".*¹⁴¹

Oleh karena lebarnya jurang di antara keduanya, kita tidak mungkin berharap akan dapat menjembatani perbedaan antara gagasan konstitusionalisme Aristoteles dan konstitusionalisme Cicero. Bahkan, oleh Dr. Carlyle dikatakan:

*"There is no change in political theory so startling in its completeness as the change from the theory of Aristotle to the later philosophical view represented by Cicero and Seneca... We have ventured to suggest that the dividing-line between the ancient and the modern political theory must be sought, if anywhere, in the periode between Aristotle and Cicero".*¹⁴²

Tidak ada perubahan yang begitu mendasar dalam perkembangan teori politik dalam sejarah seperti perubahan yang begitu menakjubkan dari pemikiran Aristoteles ke pemikiran Cicero dan Seneca. Jika kita berusaha

¹³⁹ Berki, *Op. Cit.*, hal. 75.

¹⁴⁰ Menurut R.N. Berki, "Cicero, of course, was first and foremost a practical statesman who played a leading role in the politics of the Roman Republic before the ascent of Caesar". *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*, hal. 43.

¹⁴² Carlyle, *A History of Medieval Political Theory in the West*, I, hal. 8-9. Bandingkan juga dalam R.N. Berki, *Op. Cit.*

menemukan garis pemisah yang begitu tegas dalam perjalanan sejarah pemikiran politik antara zaman klasik dan zaman modern, maka dapat dikatakan bahwa era pemisah itu adalah periode di antara Aristoteles di Yunani dan Cicero di Romawi.

3. Warisan Cicero (Romawi Kuno)

Salah satu sumbangan penting filosof Romawi, terutama setelah Cicero mengembangkan karyanya "*De Re Publica*" dan "*De Legibus*", adalah pemikiran tentang hukum yang berbeda sama sekali dari tradisi yang sudah dikembangkan sebelumnya oleh para filosof Yunani. Bagi para filosof Romawi, terutama Ulpian, Cicero menjelaskan sebagai berikut:

*"a ruler's will actually is law, a command of the emperor in due form is a lex. Any imperial constitution, like a senatus consultum, should have the place of a lex (legis vicem optineat), because the Emperor himself receives his imperium by virtue of a lex (per legem)."*¹⁴³

Dengan perkataan lain, di sini jelas dan tegas sekali dipakainya istilah *lex* yang kemudian menjadi kata kunci untuk memahami konsepsi politik dan hukum di zaman Romawi kuno. Sebagaimana dikemukakan oleh Gaius pada abad ke-2, "*a lex is what the people orders and has established*". Setelah 4 (empat) abad kemudian, *a lex* didefinisikan sebagai "*what the Roman people was accustomed to establish when initiated by a senatorial magistrate such as a consul*".¹⁴⁴ Penggunaan perkataan *lex* itu nampaknya lebih luas cakupan maknanya daripada *leges* yang mempunyai arti yang lebih sempit. Konstitusi mulai dipahami sebagai sesuatu yang berada di luar dan bahkan di atas negara. Tidak seperti masa sebelumnya, kon-

¹⁴³ Cicero, *De Legibus*, III, hal.12, dalam Charles Howard McIlwain, *Op. Cit.*, hal. 44.

¹⁴⁴ *Ibid.*

stitusi mulai dipahami sebagai *lex* yang menentukan bagaimana bangunan kenegaraan harus dikembangkan sesuai dengan prinsip *the higher law*. Prinsip hierarki hukum juga makin dipahami secara tegas kegunaannya dalam praktik penyelenggaraan kekuasaan.

Di samping itu, para filosof Romawi jugalah yang secara tegas membedakan dan memisahkan antara pengertian hukum publik (*jus publicum*) dan hukum privat (*jus privatum*),¹⁴⁵ sesuatu hal baru yang belum dikembangkan sebelumnya oleh para filosof Yunani. Bahkan, perkataan *jus* dalam bahasa Latin sendiripun tidak dikenal padanannya dalam bahasa Yunani Kuno seperti yang sudah dijelaskan di atas. Biasanya keduanya dibedakan dari sudut kepentingan yang dipertahankan. Hukum publik membela kepentingan umum yang tercermin dalam kepentingan “negara”, *the civitas*, sedangkan hukum privat menyangkut kepentingan orang per-orang, *that which pertains to the utility of individuals*. Namun demikian, baik kepentingan umum maupun privat, sebenarnya tetap berkaitan dengan kepentingan individu setiap warga negara. Seperti dikatakan oleh Rudolf van Ihering, hak-hak publik dan hak-hak privat tidak dapat dibedakan satu sama lain (*not distinguishable*). Subjek keduanya selalu persis sama, yaitu menyangkut *the natural person* atau makhluk manusia. Perbedaan hakiki keduanya hanya terletak pada kenyataan bahwa “*private rights affect private individuals exclusively, while all the individual citizens alike participate in the public*”¹⁴⁶.

Pemikiran politik Cicero didasarkan atas penerimaannya yang kuat terhadap *the Stoic universal law of nature* yang merangkul dan mengikat seluruh umat manu-

¹⁴⁵ *Ibid.*, hal. 47.

¹⁴⁶ *Ibid.*

sia. Terhadap pandangan kaum Stoic mengenai hukum alam yang bersifat universal itu, Cicero berpendapat:

“*There is in fact a true law – namely, right reason – which is in accordance with nature, applies to all men, and is unchangeable and eternal. By its commands this law summons men to the performance of their duties; by its prohibitions it restrains them from doing wrong. Its commands and prohibitions always influence good men, but are without effect upon the bad.*”¹⁴⁷

Cicero juga menegaskan adanya “*one common master and ruler of men, namely God, who is the author of this law, its interpreter, and its sponsor*”. Tuhan, bagi Cicero, tak ubahnya bagaikan Tuan dan Penguasa semua manusia, serta merupakan Pengarang atau Penulis, Penafsir, dan Sponsor Hukum. Oleh karena itu, Cicero sangat mengutamakan peranan hukum dalam pemahamannya tentang persamaan antar umat manusia. Baginya, konsepsi tentang manusia tidak bisa dipandang hanya sebagai *political animal* atau insan politik, melainkan lebih lebih utama adalah kedudukannya sebagai *legal animal* atau insan hukum.¹⁴⁸

Selain itu, beberapa kesimpulan yang dapat ditarik dari pengalaman sejarah konstitusionalisme Romawi Kuno ini adalah *Pertama*, untuk memahami konsepsi yang sebenarnya tentang *the spirit of our constitutional antecedents* dalam sejarah, ilmu hukum haruslah dipandang penting atau sekurang-kurangnya sama pentingnya dibandingkan dengan sekedar perbincangan mengenai materi hukum. *Kedua*, ilmu pengetahuan hukum yang dibedakan dari hukum sangat bercorak Romawi sesuai asal mula pertumbuhannya. *Ketiga*, pusat perhatian dan prinsip pokok yang dikembangkan dalam ilmu hukum Romawi bukanlah *the absolutism of a prince se-*

¹⁴⁷ Berki, *Op. Cit.*, hal.74.

¹⁴⁸ *Ibid.*

bagaimana sering dibayangkan oleh banyak ahli, tetapi justru terletak pada doktrin kerakyatan, yaitu bahwa rakyat merupakan sumber dari semua legitimasi kewenangan politik dalam satu negara.

Dengan demikian, rakyatlah yang dalam perkembangan pemikiran Romawi dianggap sebagai sumber yang hakiki dari hukum dan sistem kekuasaan. Diceritakan dalam sejarah bahwa negara Yunani Kuno pernah menjadi jajahan Romawi Kuno. Sebagai akibat penjajahan itu banyak dari kebudayaan Yunani ditiru oleh bangsa Romawi, seperti ajaran tentang Polis dan ajaran tentang kedaulatan rakyat (*Ecclesia*).

Namun, penerapannya kemudian ternyata tidak sama dengan ajaran asli yang dibawa dari Yunani, karena faktor keadaan dan sifat-sifat bangsa Romawi yang memang berlainan dengan Yunani. Melalui ajaran kedaulatan rakyat yang ditiru dari Yunani, orang Romawi menyusun pemerintahan dengan seorang Raja yang mempunyai kekuasaan yang bersifat mutlak. Menurut orang Romawi pada zaman itu, pada suatu ketika rakyat mengadakan perjanjian dengan Caesar yang kemudian diletakkan dalam *Rex Regia*.

Dengan perjanjian tersebut, kekuasaan diakui telah berpindah secara mutlak dari tangan rakyat kepada Caesar (*translatio empirii*). Dikarenakan adanya *translatio empirii* itu, rakyat dianggap tidak dapat meminta pertanggungjawaban Caesar lagi. Dari situ, lahirlah ajaran atau doktrin Caesarismus (perwakilan mutlak berada di tangan Caesar) yang memunculkan semboyan, *Princep Legibus Solutus Est, Salus Publica Suprema Lex* seperti telah dikemukakan di atas.

4. Warisan Islam: Konstitusionalisme dan Piagam

Pada masa-masa selanjutnya, ketika bangsa Eropa berada dalam keadaan kegelapan yang biasa disebut sebagai abad-abad pertengahan, tidak banyak hal yang dapat diuraikan sebagai inovasi dan perkembangan yang penting dalam hal ini. Namun, bersamaan dengan masa-masa suram di Eropa selama abad-abad pertengahan itu, di Timur Tengah tumbuh dan berkembang pesat peradaban baru di lingkungan penganut ajaran Islam. Atas pengaruh Nabi Muhammad SAW, banyak sekali inovasi-inovasi baru dalam kehidupan umat manusia yang dikembangkan menjadi pendorong kemajuan peradaban. Salah satunya ialah penyusunan dan penandatanganan persetujuan atau perjanjian bersama di antara kelompok-kelompok penduduk kota Madinah untuk bersama-sama membangun struktur kehidupan bersama yang di kemudian hari berkembang menjadi kehidupan kenegaraan dalam pengertian modern sekarang. Naskah persetujuan bersama itulah yang kemudian dikenal sebagai Piagam Madinah (*Madinah Charter*).

Piagam Madinah ini dapat disebut sebagai piagam tertulis pertama dalam sejarah umat manusia yang dapat dibandingkan dengan pengertian konstitusi dalam arti modern. Piagam ini dibuat atas persetujuan bersama antara Nabi Muhammad SAW dengan wakil-wakil penduduk kota Madinah tak lama setelah beliau hijrah dari Mekkah ke Yastrib, nama kota Madinah sebelumnya, pada tahun 622 M. Para ahli menyebut Piagam Madinah tersebut dengan berbagai macam istilah yang berlainan satu sama lain.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Banyak sarjana yang menggambarkan Piagam Madinah itu sebagai Konstitusi seperti dipahami dewasa ini. Beberapa diantaranya lihat Ahmad Sukardja, *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat Majemuk*, (Jakarta: UI-Press, 1995); Dahlan Thaib dkk., *Teori Konstitusi dan Hukum*

Montgomery Watt menyebutnya *The Constitution of Medina*,¹⁵⁰ Nicholson menyebutnya *Charter*.¹⁵¹ Majid Khadduri menggunakan perkataan *Treaty*,¹⁵² Phillips K. Hitti menyebutnya *Agreement*,¹⁵³ dan Zainal Abidin Ahmad memakai perkataan *Piagam* sebagai terjemahan kata *al-shahifah*.¹⁵⁴ Nama *al-shahifah* tahun 622 M ini merupakan nama yang disebut dalam naskah piagam itu sendiri. Kata ini bahkan disebut sebanyak delapan kali dalam teks piagam.¹⁵⁵ Perkataan *charter* sesungguhnya identik dengan piagam dalam bahasa Indonesia, sedangkan perkataan *treaty* dan *agreement* lebih berkenaan dengan isi piagam atau *charter* itu. Namun fungsinya sebagai dokumen resmi yang berisi pokok-pokok pedoman kenegaraan menyebabkan piagam itu dapat dikatakan tepat juga untuk disebut sebagai konstitusi seperti yang dilakukan oleh Montgomery Watt ataupun yang dilakukan oleh Zainal Abidin Ahmad seperti tersebut di atas.

Para pihak yang mengikatkan diri atau terikat dalam Piagam Madinah yang berisi perjanjian masyarakat Madinah (*social contract*) tahun 622 M ini ada tiga belas kelompok komunitas yang secara eksplisit disebut

Konstitusi, cet. kelima, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2005). Lihat juga Tahir Azhary, *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*, cet. kedua, (Jakarta: Kencana, 2004).

¹⁵⁰ Montgomery Watt, *Muhammad: Prophet and Statesman*, (New York: Oxford University Press, 1964), hal. 93.

¹⁵¹ R.A. Nicholson, *A Literacy History of the Arabs*, (New York: Cambridge University Press, 1969), hal. 173.

¹⁵² Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, (Baltimore: The John Hopkins Press, 1955), hal. 4.

¹⁵³ Phillips K. Hitti, *Capital Cities of Arab Islam*, (Minnesota: University of Minnesota Press, 1973), hal. 35.

¹⁵⁴ Zainal Abidin Ahmad, *Piagam Nabi Muhammad SAW: Konstitusi Negara Tertulis yang Pertama di Dunia*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1973).

¹⁵⁵ Sukardja, *Op. Cit.*, hal. 2.

dalam teks Piagam. Ketiga belas komunitas itu adalah (i) kaum Mukminin dan Muslimin Muhajirin dari suku Quraisy Mekkah, (ii) Kaum Mukminin dan Muslimin dari Yatsrib, (iii) Kaum Yahudi dari Banu 'Awf, (iv) Kaum Yahudi dari Banu Sa'idah, (v) Kaum Yahudi dari Banu al-Hars, (vi) Banu Jusyam, (vii) Kaum Yahudi dari Banu Al-Najjar, (viii) Kaum Yahudi dari Banu 'Amr ibn 'Awf, (ix) Banu al-Nabit, (x) Banu al-'Aws, (xi) Kaum Yahudi dari Banu Sa'labah, (xii) Suku Jafnah dari Banu Sa'labah, dan (xiii) Banu Syuthaybah.

Secara keseluruhan, Piagam Madinah tersebut berisi 47 pasal. Pasal 1, misalnya, menegaskan prinsip persatuan dengan menyatakan: "*Innahum ummatan wahidatan min duuni al-naas*" (Sesungguhnya mereka adalah ummat yang satu, lain dari (komunitas) manusia yang lain).¹⁵⁶ Dalam Pasal 44 ditegaskan bahwa "Mereka (para pendukung piagam) bahu membahu dalam menghadapi penyerang atas kota Yatsrib (Madinah)". Dalam Pasal 24 dinyatakan "Kaum Yahudi memikul biaya bersama kamu mukminin selama dalam peperangan". Pasal 25 menegaskan bahwa "Kaum Yahudi dari Bani 'Awf adalah satu umat dengan kaum mukminin. Bagi kaum Yahudi agama mereka, dan bagi kamu mukminin agama mereka. Juga (kebebasan ini berlaku) bagi sekutu-sekutu dan diri mereka sendiri, kecuali bagi yang zalim dan yang jahat. Hal demikian akan merusak diri dan keluarganya sendiri." Jaminan persamaan dan persatuan dalam keragaman tersebut demikian indah dirumuskan dalam Piagam ini, sehingga dalam menghadapi musuh yang mungkin akan menyerang kota Madinah, setiap warga kota ditentukan harus saling bahu membahu.

Dalam hubungannya dengan perbedaan keimanan dan amalan keagamaan, jelas ditentukan adanya kebebasan beragama. Bagi orang Yahudi sesuai dengan agama

¹⁵⁶ *Ibid.*, hal. 47.

mereka, dan bagi kaum mukminin sesuai dengan agama mereka pula. Prinsip kebersamaan ini bahkan lebih tegas dari rumusan al-Quran mengenai prinsip *lakum diinukum walya diin* (bagimu agamamu, dan bagiku agamaku) yang menggunakan perkataan “aku” atau “kami” versus “kamu”. Dalam piagam digunakan perkataan mereka, baik bagi orang Yahudi maupun bagi kalangan mukminin dalam jarak yang sama dengan Nabi. Selanjutnya, pasal terakhir, yaitu Pasal 47 berisi ketentuan penutup yang dalam bahasa Indonesianya adalah:

“Sesungguhnya piagam ini tidak membela orang zalim dan khianat. Orang yang keluar (bepergian) aman, dan orang yang berada di Madinah aman, kecuali orang yang zalim dan khianat. Allah adalah penjamin orang yang berbuat baik dan taqwa. (tertanda Muhammad Rasulullah SAW).¹⁵⁷

Dapat dikatakan bahwa lahirnya Piagam Madinah pada abad ke 7 M itu merupakan inovasi yang paling penting selama abad-abad pertengahan yang memulai suatu tradisi baru adanya perjanjian bersama di antara kelompok-kelompok masyarakat untuk bernegara dengan naskah perjanjian yang dituangkan dalam bentuk yang tertulis. Piagam Madinah ini dapat disebut sebagai konstitusi tertulis pertama dalam sejarah umat manusia, meskipun dalam pengertiannya sebagai konstitusi modern yang dikenal dewasa ini, Konstitusi Amerika Serikat tahun 1787-lah yang pada umumnya dianggap sebagai konstitusi tertulis pertama. Peristiwa penandatanganan Piagam Madinah itu dicatat oleh banyak ahli sebagai perkembangan yang paling modern di zamannya, sehingga mempengaruhi berbagai tradisi kenegaraan yang berkembang di kawasan yang dipengaruhi oleh peradaban Islam di kemudian hari. Bahkan pada masa setelah Nabi

¹⁵⁷ *Ibid.*, hal. 57.

Muhammad SAW wafat, kepemimpinan dilanjutkan oleh empat khalifah pertama yang biasa dikenal dengan sebutan Khalifatu al-Rasyidin, yaitu Abubakar, Umar ibn Khattab, Utsman ibn Affan, dan Ali ibn Abi Thalib.

Pada masa Khalifatu al-Rasyidin itu, pergantian kepemimpinan dilakukan melalui sistem pemilihan, bukan dengan sistem keturunan sebagaimana berlaku di seluruh dunia dan di sepanjang sejarah umat manusia sebelumnya. Belum pernah ada preseden sebelumnya dalam sejarah umat manusia, kepemimpinan suatu negara ditentukan berdasarkan pemilihan seperti yang dipraktikkan pada masa sepeninggal Muhammad SAW sebagai pemimpin negara. Sayangnya, tradisi ini tidak diteruskan oleh khalifah seterusnya sebagai akibat kudeta berdarah atas Ali ibn Abi Thalib dan kepemimpinan diteruskan oleh dinasti Ummayyah yang kembali ke tradisi hubungan darah seperti yang berlaku sebelumnya dan dimana-mana di seluruh dunia ketika itu.

Namun demikian, meskipun sistem politik demokrasi konstitusional yang dibangun relatif sebentar, tetapi pengaruhnya sangat penting bagi perkembangan peradaban umat manusia selanjutnya. Dunia Islam telah mencatatkan diri sejak masa paling awal sebagai sumber inspirasi bagi perkembangan demokrasi di kemudian hari. Prakarsanya untuk mengembangkan sistem pemilihan pemimpin secara demokratis dan penulisan piagam bersama sebagai dasar-dasar kesepakatan antar segenap warga negara yang beraneka ragam untuk hidup bersama dalam satu wadah negara yang kemudian dikenal luas sebagai konstitusi, merupakan dua hal penting yang menjadi ciri pokok negara demokrasi konstitusional di zaman modern sekarang.

Sementara pada saat itu, peradaban bangsa Eropa sendiri dihinggap oleh masa-masa kegelapan. Meskipun demikian, bangsa Eropa di kemudian hari juga tercatat mengembangkan hal-hal baru dalam kehidupan kenega-

raan. Misalnya, di Eropa pada masa itu juga berkembang suatu aliran yang disebut *monarchomachen*, yaitu aliran yang membenci kekuasaan raja yang mutlak. Untuk mencegah agar jangan sampai raja tidak berbuat sewenang-wenang, maka kaum *monarchomachen* ini menghendaki diadakannya perjanjian antara raja dengan rakyat dalam kedudukan yang sama tinggi dan sama rendah. Golongan yang terutama terdiri atas orang-orang Calvinis ini menuntut pertanggungjawaban raja dan apabila perlu raja dapat saja dipecat dan bahkan dibunuh. Menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, perjanjian itulah yang menghasilkan suatu naskah yang disebut *Leges Fundamentalis*.¹⁵⁸

Dalam *Leges Fundamentalis* ini ditetapkan adanya hak dan kewajiban rakyat (*Regnum*) dan raja (*Rex*).¹⁵⁹ Dari sini terus terlihat bahwa lambat laun dalam perkembangannya di kemudian hari, perjanjian-perjanjian antara rakyat (*Regnum*) dan pihak yang memerintah (*Rex*) mulai dinaskahkan seperti yang dilakukan dengan Piagam Madinah tersebut di atas. Adapun tujuannya adalah untuk memudahkan para pihak dalam menuntut haknya masing-masing, serta mengingatkan mereka kepada kewajiban yang harus dilaksanakan. Di samping itu, penting untuk dicatat bahwa dengan dituliskan secara resmi dalam suatu naskah, orang tidak akan melupakannya, karena semua orang dapat mengetahuinya dengan pasti dan terbuka.

Sebagai contoh adalah perjanjian yang dilakukan antara raja dengan para bangsawan di Inggris. Dalam perjanjian itu ditetapkan bahwa raja dapat meminta bantuan para bangsawan jika terjadi perang, dan sebaliknya para bangsawan berhak mendapat perlindungan dari raja jika perang dimenangkan oleh raja. Raja juga dianggap

¹⁵⁸ Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*, hal. 63-64.

¹⁵⁹ Busroh, *Op Cit.*, hal. 88.

dapat mengadakan perjanjian dengan golongan rakyat tertentu karena raja memerlukan uang dalam jumlah tertentu, dan sebagai imbalannya golongan rakyat tertentu memperoleh hak kenegaraan atau wewenang untuk menyelenggarakan kepentingannya sendiri dalam wilayah kerajaan. Semua perjanjian-perjanjian tersebut diletakkan dalam bentuk naskah yang ditulis.

Demikian pula dengan perjanjian yang melatarbelakangi terbentuknya Amerika Serikat pada abad ke-18. Para kolonis yang berasal dari Kerajaan Inggris, yang karena perselisihan agama, mengungsi ke benua Amerika. Sebagian besar kaum kolonis itu adalah golongan Calvinis yang meyakini, menurut ajaran agama mereka, bahwa masyarakat Kristen dibentuk berdasarkan perjanjian. Atas dasar itu mereka mendirikan negara dan demikianlah ketika mereka masih berada dalam kapal *Mayflower* sebelum mendarat di benua Amerika, mereka telah mengadakan perjanjian bersama untuk mendirikan negara. Perjanjian tersebut memang masih harus disahkan oleh Kerajaan Inggris, tetapi setelah perjanjian tersebut disahkan oleh Kerajaan Inggris maka selanjutnya kedudukannya lebih tinggi dari pada undang-undang biasa.¹⁶⁰

Di lingkungan dunia Islam sendiri, meskipun Piagam Madinah pada abad ke-7 disebut sebagai konstitusi tertulis pertama dalam sejarah umat manusia, karena terhentinya perkembangan peradaban umat Islam, dilanjutkan oleh faktor penjajahan yang lama oleh bangsa-bangsa barat, tradisi konstitusionalisme yang telah tumbuh sebelumnya tidak mendapat kesempatan untuk berkembang lebih lanjut. Menurut Dr. Subhi R. Mahmasani, konstitusi tertulis pertama dalam bentuk naskah

¹⁶⁰ Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*, hal. 64.

undang-undang dasar baru terbentuk pada tahun 1839 di Turki Usmani.¹⁶¹ Piagam konstitusi pertama itu diberi nama *Khat Goulkhanah Syarif*, dilanjutkan dengan piagam konstitusi kedua pada tahun 1856 dengan nama *Khat Humayun*.

Kemudian pada tahun 1876 lahirlah Konstitusi Usmani yang diberi nama *al-Masyrutiyah al-Ula* atau Undang-Undang Dasar Pertama. *Al-Masyrutiyah al-Ula* ini pernah dibekukan pada tahun 1878 dan kemudian diberlakukan kembali pada tahun 1908 dengan nama *al-Masyrutiyah al-Saniyah* atau Undang-Undang Dasar Kedua. Konstitusi dari masa Dinasti Usmani ini berakhir masa berlakunya dengan lenyapnya kekhalifahan, yaitu dengan terbentuknya Konstitusi Turki yang diprakarsai oleh Kemal Ataturk pada tahun 1924.¹⁶² Di samping penggunaan istilah *al-Masyrutiyah* itu, untuk pengertian undang-undang dasar itu di dunia Arab dewasa ini dikenal pula adanya istilah *al-Dustur* dan istilah *al-Qanun al-Asasi*. Semua istilah ini dipakai untuk menunjuk kepada pengertian undang-undang dasar sebagai konstitusi dalam arti tertulis.

5. Gagasan Modern: Terminologi Konstitusi

Menurut Brian Thompson, secara sederhana pertanyaan *what is a constitution* dapat dijawab bahwa “...*a constitution is a document which contains the rules for the operation of an organization*”.¹⁶³ Organisasi dimaksud beragam bentuk dan kompleksitas strukturnya, mulai dari organisasi mahasiswa, perkumpulan masyarakat

¹⁶¹ Subhi Rajab Mahmassani, *Konsep Dasar Hak-Hak Asasi Manusia: Studi Perbandingan dalam Syariat Islam dan Perundang-Undangan Modern*, terjemahan Hasanuddin dari *Arkan al-Huquq al-Insan*, cetakan-1, (Jakarta: Tintamas, 1993), hal. 26-27.

¹⁶² *Ibid.*, hal. 27.

¹⁶³ Brian Thompson, *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, edisi ke-3, (London: Blackstone Press Ltd., 1997), hal. 3.

di daerah tertentu, serikat buruh, organisasi-organisasi kemasyarakatan, organisasi politik, organisasi bisnis, perkumpulan sosial sampai ke organisasi tingkat dunia seperti misalnya Perkumpulan ASEAN, European Communities, World Trade Organization, Perserikatan Bangsa-Bangsa, dan sebagainya, semuanya membutuhkan dokumen dasar yang disebut konstitusi. Kebutuhan akan naskah konstitusi tertulis itu merupakan sesuatu yang niscaya, terutama dalam organisasi yang berbentuk badan hukum (*legal body, rechtspersoon*).

Sebagai contoh, akhir-akhir ini di tengah wacana mengenai organisasi badan hukum di Indonesia, muncul bentuk badan hukum baru yang dinamakan Badan Hukum Milik Negara (BHMN) seperti misalnya yang dikaitkan dengan status hukum perguruan tinggi negeri tertentu.¹⁶⁴ Sebagai badan hukum, maka setiap perguruan tinggi yang bersangkutan memerlukan dokumen Anggaran Dasar tersendiri sebagai konstitusi seperti sebagai mana halnya badan-badan hukum lainnya, seperti yayasan atau *stichting* (Belanda) atau *stiftung* (Jerman), perkumpulan (*vereeniging*), organisasi kemasyarakatan, dan partai politik. Di dunia usaha juga dikenal adanya bentuk badan hukum yang berupa perusahaan, yaitu perseroan terbatas, koperasi atau Badan Usaha Milik Negara (BUMN) dan juga Badan Usaha Milik Daerah (BUMD). Semua bentuk badan hukum usaha tersebut selalu memerlukan Anggaran Dasar yang biasanya juga dilengkapi dengan Anggaran Rumah Tangga. Anggaran Dasar badan hukum itulah yang pada pokoknya dapat dikatakan berfungsi sebagai konstitusinya.

¹⁶⁴ Presiden Republik Indonesia, *Keputusan Presiden Tentang Penetapan Universitas Pendidikan Indonesia Sebagai Badan Hukum Milik Negara*, Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2004 bertanggal 30 Januari 2004 (LN Nomor 13 Tahun 2004). Cermati juga perkembangan dari RUU Badan Hukum Pendidikan yang sedang dibahas di parlemen.

Demikian pula Negara, pada umumnya, selalu memiliki naskah yang disebut sebagai konstitusi atau Undang-Undang Dasar. Dalam pengertian modern, negara pertama yang dapat dikatakan menyusun konstitusinya dalam satu naskah UUD seperti sekarang ini adalah Amerika Serikat (*United States of America*) pada tahun 1787.¹⁶⁵ Sejak itu, hampir semua negara menyusun naskah undang-undang dasarnya. Beberapa negara yang dianggap sampai sekarang dikenal tidak memiliki satu naskah tertulis yang disebut Undang-Undang Dasar yaitu Inggris, Israel, dan Saudi Arabia.¹⁶⁶ Undang-Undang Dasar di ketiga negara ini tidak pernah dibuat, tetapi tumbuh menjadi konstitusi dalam pengalaman praktik ketatanegaraan.¹⁶⁷

Namun, para ahli tetap dapat menyebut adanya konstitusi dalam konteks hukum tata negara Inggris, yaitu sebagaimana dikemukakan oleh Phillips Hood and Jackson sebagai:

“a body of laws, customs and conventions that define the composition and powers of the organs of the State and that regulate the relations of the various State organs to one another and to the private citizen”.¹⁶⁸

(Suatu bentuk aturan, adat istiadat, kebiasaan-kebiasaan yang menentukan susunan dan kekuasaan organ-organ negara dan yang mengatur hubungan-hubungan di antara berbagai organ negara itu satu sama lain, serta

¹⁶⁵ Hal tersebut terjadi kurang lebih 11 tahun sejak kemerdekaan Amerika Serikat setelah dideklarasikannya pada tanggal 4 Juli 1776. Lihat juga Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, (Bandung: CV. Mandar Maju, 1995), hal. 2.

¹⁶⁶ Sementara ini, beberapa sarjana ada juga yang berpendapat bahwa Arab Saudi telah memiliki satu Konstitusi tertulis, yaitu naskah yang dibuat dan disandarkan berdasarkan Al Qur'an dan Hadist.

¹⁶⁷ Bandingkan dengan kesimpulan yang dikemukakan oleh Brian Thompson tentang Konstitusi Inggris, *“In other words the British constitution was not made, rather it has grown”*. *Op. Cit.*, hal. 5.

¹⁶⁸ Phillips, *Op. Cit.*, hal. 5.

hubungan organ-organ negara itu dengan warga negara).

Dengan demikian, ke dalam konsep konstitusi itu tercakup juga pengertian peraturan tertulis, kebiasaan, dan konvensi-konvensi kenegaraan (ketatanegaraan) yang menentukan susunan dan kedudukan organ-organ negara, mengatur hubungan antara organ-organ negara itu, dan mengatur hubungan organ-organ negara tersebut dengan warga negara.

Semua konstitusi selalu menjadikan kekuasaan sebagai pusat perhatian, karena kekuasaan itu sendiri pada intinya memang perlu diatur dan dibatasi sebagaimana mestinya. *Constitutions*, menurut Ivo D. Duchacek, adalah *“identify the sources, purposes, uses and restraints of public power”*¹⁶⁹ (mengidentifikasi sumber-sumber, tujuan-tujuan, penggunaan-penggunaan, dan pembatasan-pembatasan kekuasaan umum). Oleh karena itu, pembatasan kekuasaan pada umumnya dianggap merupakan corak umum materi konstitusi. Oleh sebab itu pula, konstitusionalisme, seperti dikemukakan oleh Friedrich, didefinisikan sebagai *“an institutionalised system of effective, regularised restraints upon governmental action”*.¹⁷⁰ Dalam pengertian demikian, persoalan yang dianggap terpenting dalam setiap konstitusi adalah pengaturan mengenai pengawasan atau pembatasan terhadap kekuasaan pemerintahan.¹⁷¹

¹⁶⁹ Ivo D. Duchacek, “Constitution and Constitutionalism” dalam Bogdanor, Vernon (ed), *Blackwell's Encyclopaedia of Political Science*, (Oxford: Blackwell, 1987), hal. 142.

¹⁷⁰ Friedrich, C.J., *Man and His Government*, (New York: McGraw-Hill, 1963), hal. 217.

¹⁷¹ Lihat dan bandingkan juga pendapat Padmo Wahjono mengenai pembatasan kekuasaan dalam Padmo Wahjono, *Masalah Ketatanegaraan Indonesia Dewasa ini*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1984), hal. 10.

Berlakunya suatu konstitusi sebagai hukum dasar yang mengikat didasarkan atas kekuasaan tertinggi atau prinsip kedaulatan yang dianut dalam suatu negara. Jika negara itu menganut paham kedaulatan rakyat, maka sumber legitimasi konstitusi itu adalah rakyat. Jika yang berlaku adalah paham kedaulatan raja, maka raja yang menentukan berlaku tidaknya suatu konstitusi. Hal inilah yang disebut oleh para ahli sebagai *constituent power* yang merupakan kewenangan yang berada di luar dan sekaligus di atas sistem yang diaturnya.¹⁷² Untuk itu, di lingkungan negara-negara demokrasi liberal, rakyatlah yang menentukan berlakunya suatu konstitusi.

Hal ini dapat dilakukan secara langsung oleh rakyat misalnya melalui referendum, seperti yang dilakukan di Irlandia pada tahun 1937, atau dengan cara tidak langsung melalui lembaga perwakilan rakyat. Cara tidak langsung ini misalnya dilakukan di Amerika Serikat dengan cara menambahkan naskah perubahan Undang-Undang Dasar secara terpisah dari naskah aslinya. Meskipun dalam pembukaan Konstitusi Amerika Serikat (*preamble*) terdapat perkataan "*We the people*", tetapi yang diterapkan sesungguhnya adalah sistem perwakilan, yang pertama kali diadopsi dalam konvensi khusus (*special convention*) dan kemudian disetujui oleh wakil-wakil rakyat terpilih dalam forum perwakilan negara yang didirikan bersama.

Dalam hubungan dengan pengertian *constituent power* tersebut di atas, muncul pula pengertian *constituent act*. Dalam hubungan ini, konstitusi dianggap sebagai *constituent act*, bukan produk peraturan legislative yang biasa (*ordinary legislative act*). *Constituent power* mendahului konstitusi, dan konstitusi mendahului organ pemerintahan yang diatur dan dibentuk berdasarkan

¹⁷² Lihat misalnya Thompson, *Op. Cit.*, hal. 5.

konstitusi itu. Seperti dikatakan oleh Bryce (1901), konstitusi tertulis merupakan:

*"The instrument in which a constitution is embodied proceeds from a source different from that whence spring other laws, is regulated in a different way, and exerts a sovereign force. It is enacted not by the ordinary legislative authority but by some higher and specially empowered body. When any of its provisions conflict with the provisions of the ordinary law, it prevails and the ordinary law must give way".*¹⁷³

Konstitusi bukanlah undang-undang biasa. Ia tidak ditetapkan oleh lembaga legislatif yang biasa, tetapi oleh badan yang lebih khusus dan lebih tinggi kedudukannya. Jika norma hukum yang terkandung di dalamnya bertentangan dengan norma hukum yang terdapat dalam undang-undang, maka ketentuan undang-undang dasar itulah yang berlaku, sedangkan undang-undang harus memberikan jalan untuk itu (*it prevails and the ordinary law must give way*).

Oleh karena itu, dikembangkannya pengertian *constituent power* berkaitan dengan pengertian hierarki hukum (*hierarchy of law*). Konstitusi merupakan hukum yang paling tinggi serta paling fundamental sifatnya, karena konstitusi merupakan sumber legitimasi atau landasan otorisasi bentuk-bentuk hukum atau peraturan perundang-undangan lainnya. Sesuai dengan prinsip hukum yang berlaku universal, maka agar peraturan-peraturan yang tingkatannya berada di bawah undang-undang dasar dapat berlaku dan diberlakukan, peraturan-peraturan itu tidak boleh bertentangan dengan hukum yang lebih tinggi. Atas dasar logika demikian, maka Mahkamah Agung Amerika Serikat menganggap dirinya memiliki kewenangan untuk menafsirkan dan menguji ma-

¹⁷³ J. Bryce, *Studies in History and Jurisprudence*, Vol. 1, (Oxford: Clarendon Press, 1901), hal. 151.

teri peraturan produk legislatif (*judicial review*) terhadap materi konstitusi, meskipun Konstitusi Amerika tidak secara eksplisit memberikan kewenangan demikian kepada Mahkamah Agung (*The Supreme Court*).¹⁷⁴

B. Arti dan Pengertian Konstitusi

Seperti dikemukakan di atas, istilah konstitusi itu sendiri pada mulanya berasal dari perkataan bahasa Latin, *constitutio* yang berkaitan dengan kata *jus* atau *ius* yang berarti hukum atau prinsip.¹⁷⁵ Di zaman modern, bahasa yang biasa dijadikan sumber rujukan mengenai istilah ini adalah Inggris, Jerman, Perancis, Italia, dan Belanda.¹⁷⁶ Untuk pengertian *constitution* dalam bahasa Inggris, bahasa Belanda membedakan antara *constitutie* dan *grondwet*, sedangkan bahasa Jerman membedakan antara *verfassung* dan *grundgesetz*. Malah dibedakan pula antara *gerundrecht* dan *grundgesetz* seperti antara *grundrecht* dan *grondwet* dalam bahasa Belanda.

Demikian pula dalam bahasa Perancis dibedakan antara *Droit Constitutionnel* dan *Loi Constitutionnel*. Istilah yang pertama identik dengan pengertian konstitusi, sedang yang kedua adalah undang-undang dasar dalam arti yang tertuang dalam naskah tertulis. Untuk pengertian konstitusi dalam arti undang-undang dasar, sebelum dipakainya istilah *grondwet*, di Belanda juga

¹⁷⁴ Lihat kasus *Marbury versus Madison* (1803) 5-US, 1 Cranch, 137, dalam Thompson, *Op. Cit.*, hal. 5.

¹⁷⁵ Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: Kompas, 2005), hal. 1.

¹⁷⁶ Bandingkan dengan pendapat Solly Lubis yang menyatakan bahwa istilah konstitusi berasal dari perkataan Perancis *constituer*. Lihat *Asas-Asas Hukum Tata Negara*, cet-2, (Bandung: Alumni, 1978), hal. 44. Sedangkan Sri Soemantri Martosoewignjo menyatakan bahwa istilah konstitusi itu berasal dari perkataan Inggris *constitution*, lihat Pengantar *Perbandingan Antar Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Rajawali, 1984), hal. 62.

pernah dipakai istilah *staatsregeling*. Namun, atas prakarsa Gijsbert Karel van Hogendorp pada tahun 1813, istilah *grondwet* dipakai untuk menggantikan istilah *staatsregeling*.¹⁷⁷

Dalam kamus *Oxford Dictionary of Law*, perkataan *constitution* diartikan sebagai:

“the rules and practices that determine the composition and functions of the organs of the central and local government in a state and regulate the relationship between individual and the state”.¹⁷⁸

Artinya, (i) yang dinamakan konstitusi itu tidak saja aturan yang tertulis, tetapi juga apa yang dipraktikkan dalam kegiatan penyelenggaraan negara; dan (ii) yang diatur itu tidak saja berkenaan dengan organ negara beserta komposisi dan fungsinya, baik di tingkat pusat maupun di tingkat pemerintahan daerah (*local government*), tetapi juga mekanisme hubungan antara negara atau organ negara itu dengan warga negara.

Namun demikian, dalam beberapa literatur hukum tata negara, arti konstitusi itu kadang-kadang dirumuskan sebagai perspektif mengenai konsepsi konstitusi yang dibedakan dari arti perkataan konstitusi itu sendiri. Arti perkataan konstitusi itu sendiri telah diuraikan dalam Bab II Buku ini, sehingga tidak perlu diuraikan lagi dalam bab ini. Akan tetapi, yang akan diuraikan di sini adalah perspektif mengenai konsepsi tentang konstitusi yang biasa disebut sebagai konstitusi dalam arti-arti tertentu. Dalam hubungan ini, menurut Profesor Djokosoe-ono dalam kuliah-kuliah yang diberikannya pada tahun-tahun 1950-an, sebagaimana dihimpun oleh Profesor Harun Alrasid, ada tiga arti yang dapat diberikan kepada

¹⁷⁷ Sri Soemantri Martosoewignjo, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*, (Bandung: Alumni, 1987), hal. 1-2 dan hal. 9-10.

¹⁷⁸ Oxford Dictionary of Law, Fifth Edition, (Oxford University Press, 2003), hal. 108.

konsepsi konstitusi. Ketiganya yaitu (i) Konstitusi dalam arti materiel (*Constitutite in Materiele Zin*), (ii) Konstitusi dalam arti formil (*Constitutite in Formele Zin*), dan (iii) Konstitusi dalam arti yang di dokumentasikan untuk kepentingan pembuktian dan kesatuan rujukan (*Constitutite in gedocumenteerd voor bewijsbaar en stabiliteit*).¹⁷⁹

Pandangan beberapa sarjana mengenai konstitusi dapat dikatakan berlainan satu sama lain. Beberapa contoh di antaranya dapat dikemukakan di bawah ini.

1. Leon Duguit (*Traite de Droit Constitutionnel*)

Leon Duguit adalah seorang sarjana Perancis yang terkenal luas karya-karyanya di bidang sosiologi hukum. Dalam bukunya "*Traite de Droit Constitutionnel*", Duguit memandang negara dari fungsi sosialnya (*der leer van de sociale functie*). Pemikiran yang dikembangkannya dapat dikatakan sangat dipengaruhi oleh aliran sosiologi yang diprakarsai oleh Auguste Comte, sehingga perspektif yang dibangunnya dalam memahami hukum tata negara sangat sosiologis sifatnya (*rechts-sociologisch beschouwing*). Baginya, hukum merupakan penjelmaan *de facto* dari ikatan solidaritas sosial yang nyata. Seperti dikemukakan oleh Hans Kelsen, bagi Leon Duguit dan pengikutnya, "*the true, i.e. the 'objective' law (droit objectif) is implied by the social solidarity*".¹⁸⁰ *Solidariteit* atau *solidarite sociale* itu sendiri menurutnya, mencakup pengertian (i) *onderling hulpbetoon* atau *solidarismus* yang merupakan gejala kegotongroyongan dalam bekerja untuk kepentingan umum tanpa mengharapkan imbal jasa, dan (ii) *wederkerige hulpbetoon*

¹⁷⁹ Djokosoetono, *Op. Cit.*

¹⁸⁰ Leon Duguit, *L'Etat, Le Droit Objectif et la Loi Positive (1901)*, hal. 616, dalam Kelsen, *Op. Cit.*, hal. 127.

atau *mutualismus* yang merupakan gejala kegotongroyongan dalam bekerja saling tolong menolong antar orang perorang dengan harapan di masa yang akan datang akan mendapatkan balasan yang setimpal.

Leon Duguit dikenal pula dengan pendapatnya bahwa yang sesungguhnya berdaulat itu bukanlah hukum yang tercantum dalam bunyi teks undang-undang, melainkan yang terjelma dalam *sociale solidariteit (solidarite sociale)*. Dalam hubungan ini, Hans Kelsen menyatakan:

"*Consequently, any act or fact the result of which is positive law – be it legislation or custom – is not true creation of law but a declaratory statement (constatation) or mere evidence of the rule of law previously created by social solidarity*"¹⁸¹.

Doktrin inilah yang kemudian mempengaruhi perumusan Pasal 38 *Statuta Permanent Court of International Justice* yang memberikan wewenang kepada pengadilan untuk menerapkan *customary international law*. Pasal 38 itu antara lain menyatakan, "*The Court shall apply international custom, as evidence of a general practice accepted as law*".¹⁸² Pengadilan memperlakukan kebiasaan internasional sebagai alat bukti hukum karena alasan sudah menjadi praktik yang berlaku umum.

Oleh karena itu, menurut pendapatnya, yang sungguh-sungguh harus ditaati justru adalah *droit sociale* atau *sociale recht* itu, bukan undang-undang yang hanya mencerminkan sekelompok orang yang kuat dan berkuasa, yang cenderung menguasai dan bahkan menjajah orang-orang yang lemah dan tidak berkuasa. Oleh karena itu, tugas legislator bukanlah membentuk undang-un-

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

dang dalam arti yang sesungguhnya, melainkan hanya menemukan dan menetapkan norma-norma hukum (*legal norms*) yang sebelumnya memang sudah ada dan hidup (*living norms*) dalam kehidupan masyarakat. Dengan demikian, konstitusi bukanlah sekedar memuat norma-norma dasar tentang struktur negara, tetapi bahwa struktur negara yang diatur dalam konstitusi itu memang sungguh-sungguh terdapat dalam kenyataan hidup masyarakat sebagai *de reele machtsfactoren* atau faktor-faktor kekuatan riil yang hidup dalam masyarakat yang bersangkutan.¹⁸³

3. Ferdinand Lasalle (*Über Verfassungswesen*)

Ferdinand Lasalle (1825-1864), dalam bukunya "*Über Verfassungswesen*" (1862), membagi konstitusi dalam dua pengertian, yaitu:¹⁸⁴

- (i) Pengertian sosiologis dan politis (*sociologische* atau *politische begrip*). Konstitusi dilihat sebagai sintesis antara faktor-faktor kekuatan politik yang nyata dalam masyarakat (*de reele machtsfactoren*), yaitu misalnya raja, parlemen, kabinet, kelompok-kelompok penekan (*preassure groups*), partai politik, dan sebagainya. Dinamika hubungan di antara kekuatan-kekuatan politik yang nyata itulah sebenarnya apa yang dipahami sebagai konstitusi;
- (ii) Pengertian juridis (*juridische begrip*). Konstitusi dilihat sebagai satu naskah hukum yang memuat ketentuan dasar mengenai bangunan negara dan sendi-sendi pemerintahan negara.

Ferdinand Lasalle ini sangat dipengaruhi oleh aliran pikiran kodifikasi, sehingga sangat menekankan pen-

tingnya pengertian juridis mengenai konstitusi. Di samping sebagai cermin hubungan antar aneka kekuatan politik yang nyata dalam masyarakat (*de reele machtsfactoren*), konstitusi itu pada pokoknya adalah apa yang tertulis di atas kertas undang-undang dasar mengenai lembaga-lembaga negara, prinsip-prinsip, dan sendi-sendi dasar pemerintahan negara.

4. Pandangan Hermann Heller (*Staatslehre*)

Dalam bukunya "*Staatsrecht*", Profesor Hermann Heller dikenal mengembangkan metode mendapatkan pengetahuan yang dinamakan *methode van kennis verkrijging*. Di dalam bukunya ini, Hermann Heller mengemukakan tiga pengertian konstitusi, yaitu:

- (i) *Die politische verfassung als gesellschaftlich wirklichkeit*. Konstitusi dilihat dalam arti politis dan sosiologis sebagai cermin kehidupan sosial-politik yang nyata dalam masyarakat;
- (ii) *Die verselbstandigte rechtsverfassung*. Konstitusi dilihat dalam arti juridis sebagai suatu kesatuan kaedah hukum yang hidup dalam masyarakat;
- (iii) *Die geschriebene verfassung*. Konstitusi yang tertulis dalam suatu naskah undang-undang dasar sebagai hukum yang tertinggi yang berlaku dalam suatu negara.

Menurut Hermann Heller, undang-undang dasar yang tertulis dalam satu naskah yang bersifat politis, sosiologis, dan bahkan bersifat juridis, hanyalah merupakan salah satu bentuk atau sebagian saja dari pengertian konstitusi yang lebih luas, yaitu konstitusi yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Artinya, di samping konstitusi yang tertulis itu, segala nilai-nilai normatif yang hidup dalam kesadaran masyarakat luas, juga termasuk ke dalam pengertian konstitusi yang luas itu. Oleh karena itu pula, dalam bukunya "*Verfassungslehre*", Hermann

¹⁸³ Djokosoetono, *Op. Cit.* Lihat juga Busroh, *Op Cit.*, hal. 96.

¹⁸⁴ Herman Heller, *Staatslehre*, herausgegeben von Gerhart Niemeyer, (Leiden: A.W: Sijthoff)

Heller membagi konstitusi dalam 3 (tiga) tingkatan, yaitu:

- 1) Konstitusi dalam pengertian Sosial-Politik. Pada tingkat pertama ini, konstitusi tumbuh dalam pengertian sosial-politik. Ide-ide konstitusional dikembangkan karena memang mencerminkan keadaan sosial politik dalam masyarakat yang bersangkutan pada saat itu. Konstitusi pada tahap ini dapat digambarkan sebagai kesepakatan-kesepakatan politik yang belum dituangkan dalam bentuk hukum tertentu, melainkan tercerminkan dalam perilaku nyata dalam kehidupan kolektif warga masyarakat;
- 2) Konstitusi dalam pengertian Hukum. Pada tahap kedua ini, konstitusi sudah diberi bentuk hukum tertentu, sehingga perumusan normatifnya menuntut pemberlakuan yang dapat dipaksakan. Konstitusi dalam pengertian sosial-politik yang dilihat sebagai kenyataan tersebut di atas, dianggap harus berlaku dalam kenyataan. Oleh karena itu, setiap pelanggaran terhadapnya haruslah dapat dikenai ancaman sanksi yang pasti;
- 3) Konstitusi dalam pengertian Peraturan Tertulis. Pengertian yang terakhir ini merupakan tahap terakhir atau yang tertinggi dalam perkembangan pengertian *rechtsverfassung* yang muncul sebagai akibat pengaruh aliran kodifikasi yang menghendaki agar berbagai norma hukum dapat dituliskan dalam naskah yang bersifat resmi. Tujuannya adalah untuk maksud mencapai kesatuan hukum atau unifikasi hukum (*rechtseineheid*), kesederhanaan hukum (*rechtsvereenvoudiging*), dan kepastian hukum (*rechtszekerheid*).

Namun, menurut Hermann Heller, konstitusi tidak dapat dipersempit maknanya hanya sebagai undang-undang dasar atau konstitusi dalam arti yang tertulis seba-

gaimana yang lazim dipahami karena pengaruh aliran kodifikasi. Di samping undang-undang dasar yang tertulis, ada pula konstitusi yang tidak tertulis yang hidup dalam kesadaran hukum masyarakat.

5. Pandangan Carl Schmitt (*Verfassungslehre*)

Menurut Carl Schmitt, dalam bukunya, "*Verfassungslehre*", konstitusi dapat dipahami dalam 4 (empat) kelompok pengertian. Keempat kelompok pengertian itu adalah: (a) konstitusi dalam arti absolut (*absoluter verfassungsbegriff*), (b) konstitusi dalam arti relatif (*relativer verfassungsbegriff*), (c) konstitusi dalam arti positif (*der positive verfassungsbegriff*), dan (d) konstitusi dalam arti ideal (*idealbegriff der verfassung*).¹⁸⁵

Keempat kelompok pengertian tersebut dapat dirinci lagi menjadi 8 (delapan) pengertian, yaitu (1) Konstitusi dalam arti absolut (*Absolute Verfassungsbegriff*). Dalam arti absolute, arti konstitusi dapat dibedakan dalam 4 (empat) macam, yaitu: (i) konstitusi sebagai cermin dari *de reaaale machtsfactoren*, (ii) Konstitusi dalam arti absolut sebagai *forma-formarum (vorm der vormen)*, (iii) konstitusi dalam arti absolut sebagai *factor integratie*, (iv) konstitusi dalam arti absolut sebagai *norma-normarum (norm der normen)*; (2) Konstitusi dalam arti relatif (*Relatieve Verfassungsbegriff*) yang dapat dibagi lagi menjadi 2 (dua), yaitu (v) konstitusi dalam arti materiel (*Constitutite in Materiele Zin*) dan (vi) konstitusi dalam arti formil (*Constitutite in Formele Zin*); Sedangkan dua arti yang terakhir adalah (3) Konsti-

¹⁸⁵ Mengenai hal ini baca selengkapnya himpunan perkuliahan Profesor Djokosoetono, *Op Cit.* Lihat juga Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*; Busroh, *Op. Cit.*; Ismail Suny, Padmo Wahyono, Sri Soemantri, dan penulis lainnya yang mengikuti kuliah-kuliah Profesor Djokosoetono ataupun cucu-cucu muridnya.

tusi dalam arti positif (*Positive Verfassungsbegriff*) sebagai konstitusi dalam arti yang ke-7, dan (vii) konstitusi dalam arti ideal (*Idealbegriff der verfassung*) sebagai konstitusi dalam arti yang ke-8 (viii).

Kedelapan arti konstitusi menurut Profesor Carl Schmitt tersebut, dapat dijelaskan sebagai berikut:

1) Konstitusi dalam Arti Absolut (*Absolute Verfassungsbegriff*) sebagai cermin dari *de reele machtsfactoren*

Konstitusi pada pokoknya dapat dipahami sebagai sekumpulan norma-norma hukum dasar yang terbentuk dari pengaruh-pengaruh antar berbagai faktor kekuasaan yang nyata (*de reele machtsfactoren*) dalam suatu negara. Berbagai faktor kekuasaan yang nyata itu adalah raja, pemerintah/kabinet, parlemen, partai-partai politik, kelompok penekan (*pressure groups*) atau kelompok kepentingan, pers, lembaga peradilan, lembaga-lembaga yang menjalankan fungsi-fungsi kekuasaan negara lainnya, dan semua organisasi yang ada dalam negara yang bersangkutan.

Dengan perkataan lain, semua kekuatan politik yang ada dalam negara itu secara nyata mempengaruhi terbentuknya norma-norma dasar yang kemudian tersusun menjadi apa yang disebut sebagai konstitusi itu. Oleh karena itu, seperti dalam pandangan Ferdinand Lassalle,¹⁸⁶ konstitusi itu menggambarkan hubungan-hubungan antar faktor-faktor kekuasaan yang nyata (*de reele machts factoren*) dalam dinamika kehidupan bernegara. Di dalam pengertian pertama ini, konstitusi dianggap sebagai kesatuan organisasi yang nyata yang

¹⁸⁶ Lihat dan bandingkan lebih lanjut pandangan dari Ferdinand Lassalle dalam Abu Daud Busroh dan Abu Bakar Busroh, *Asas-Asas Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1991), hal. 73.

mencakup semua bangunan hukum dan semua organisasi-organisasi yang ada di dalam negara.¹⁸⁷

2) Konstitusi dalam Arti Absolut (*Absolute Verfassungsbegriff*) sebagai *forma-formarum (vorm der vormen)*

Konstitusi pada pokoknya dapat dilihat sebagai *vorm* atau bentuk dalam arti ia mengandung ide tentang bentuk negara, yaitu bentuk yang melahirkan bentuk lainnya atau *vorm der vormen, forma-formarum*. Bentuk negara yang dimaksud di sini adalah negara dalam arti keseluruhannya (*sein ganzheit*), yang dapat berbentuk demokrasi yang bersendikan identitas atau berbentuk monarki yang bersendikan representasi. Dalam kaitan ini, ada 3 (tiga) asas (*staatsprincipe*) yang dapat ditarik dari pengertian demikian, yaitu (i) *principe van de staatsvorm*, asas dari bentuk negara; (ii) *principe van en uit de staatsvorm*, yaitu asas dari atau yang timbul dari bentuk negara; dan (iii) *regeringsprincipe* atau asas pemerintahan.

Asas bentuk negara (*principe van staatsvorm*) mencakup prinsip kesamaan atau *identiteit* dan *representatie*. *Identiteit* merupakan asas-asas yang berhubungan dengan bentuk demokrasi, di mana bagi rakyat yang memerintah dan yang diperintah berlaku prinsip persamaan identitas atau identik satu sama lain. Se-

¹⁸⁷ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, (Berlin unverandester neudruk: Duncker & Humboldt, 1957), hal. 4. *Vervassung ist der konkrete Gesamtzustand politischer Einheit und sozialer Ordnung eines bestimmten Staats. Zu jedem Staat gehoren politische Einheit und soziale Ordnung, irgendwelche Prinzipien der Einheit und Ordnung, irgendeine im kritischen Falle bei interesseb und Machtkonflikten maszgebende Entscheidungsintanz. Diesen Gesamtzustand politischer Einheit und sozialer Ordnung kann man verfassung nennen. Der Staat wurde aufhoren zu existieren, wenn diese Verfassung, d.h. diese Einheit and Ordnung aufhorte. Diese Verfassung ist eine "Seele", sein konkretes heben und seine individuelle Existenz. Lihat juga Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, hal. 491, menyebutkan: "die Verfassung Als eine Ordnung, der gemasz der staatliche Wille sich bildet".*

dangkan, *representatie* atau perwakilan merupakan asas yang berhubungan dengan prinsip bahwa yang memerintah dipandang sebagai wakil dari rakyat (*representant van het volk*).

Mengapa dalam demokrasi terdapat sendi identitas dan dalam monarki terdapat sendi representasi? Demokrasi, baik langsung maupun tidak langsung, bersemi pada rakyat yang memerintah dirinya sendiri, sehingga antara yang memerintah dan yang diperintah bersifat identik yaitu sama-sama rakyat. Dalam monarki, asas yang dipakai adalah representasi karena baik raja maupun kepala negara dalam negara yang demokratis hanya merupakan wakil atau mandataris dari rakyat, karena pada dasarnya kekuasaan itu ada pada rakyat dan berasal dari rakyat.¹⁸⁸

Sementara itu, asas dari atau yang timbul dari bentuk negara (*principe van en uit de staatsvorm*) mencakup asas-asas dari bentuk negara (*principe van de staatsvorm*) dan asas atau sendi-sendi dasar tertib negara (*principe uit de staatsvorm*). Menurut Carl Schmitt, para sarjana klasik dan modern seperti tercermin dalam pandangan Arsitoteles dan Hans Kelsen, sama-sama memandang pentingnya prinsip kebebasan (*vrijheid, freedom*) dan persamaan (*gelijkheid, equality*) sebagai sandaran bagi sistem demokrasi modern.

3) Konstitusi dalam Arti Absolut (*Absolute Verfassungsbegriff*) sebagai *factor integratie*

Menurut Rudolf Smend, konstitusi juga dapat dilihat sebagai faktor integrasi. Secara teoritis (*integration*

¹⁸⁸ Carl Schmitt, *Op. Cit.*, hal. 4-5, "Vervassung ist eine besondere Art politischer und sozialer Ordnung. Vervassung bedeutet hier die konkrete Art der Über und Unterordnung, weil es in der sozialen Wirklichkeit keine Ordnung ohne Über und Unterordnung gibt. Hier ist Vervassung die besondere Form der Herrschaft, die zu jedem Staat gehört und von seiner politischen Existenz nicht zu trennen ist, Z.B. Monarchie, Aristokratie oder Demokratie, oder wie man die Staatsformen ein teilen will" Vervassung is hier ist Staatsform.

theory), integrasi itu sendiri dapat dibedakan ke dalam tiga macam, yaitu (i) *persoonlijke integratie*, (ii) *zakelijke integratie*, dan (iii) *functioneele integratie*. *Persoonlijke integratie* mengandaikan jabatan kepemimpinan sebagai faktor integrasi, misalnya, presiden. Sedangkan dalam *zakelijke integratie*, yang menjadi faktor penentu adalah hal-hal yang objektif dan *zakelijk*, bukan yang bersifat subjektif atau *persoonlijk*. Misalnya, dikatakan bahwa bangsa Indonesia dipersatukan di bawah satu kesatuan sistem konstitusi berdasarkan UUD 1945, sesuai dengan prinsip *the rule of law, and not of man*. Bangsa Indonesia juga dipersatukan sebagai bangsa oleh satu bahasa persatuan atau bahasa nasional, yaitu bahasa Indonesia. Sementara itu, integrasi fungsional (*functioneele integratie*) adalah faktor integrasi yang bersifat fungsional, baik dalam arti yang konkrit atau dalam arti yang abstrak.

Dalam arti fungsional yang konkrit, misalnya, integrasi melalui pemilihan umum (pemilu) atau referendum yang mempersatukan perhatian segenap warga negara ke arah satu tujuan, yaitu menentukan pilihan politik mengenai siapa yang akan ditetapkan duduk menjadi wakil rakyat atau pejabat publik tertentu. Sedangkan, integrasi yang bersifat abstrak dan simbolis, misalnya, adalah bendera dan lambang Garuda Pancasila yang dapat pula berfungsi sebagai faktor integrasi fungsional (*functioneele integratie*).

4) Konstitusi dalam Arti Absolut (*Absolute Verfassungsbegriff*) sebagai *norma-normarum (norm der normen)*

Dengan mendasarkan diri pada teori *stufenbau des rechts* yang dikembangkan oleh Hans Kelsen, Carl Schmitt menyatakan bahwa norma dasar (*gerund norm*) adalah norma yang menjadi dasar bagi terbentuk dan berlakunya norma hukum lainnya. Suatu norma berlaku karena didasarkan atas norma yang lebih tinggi, dan

demikian seterusnya sampai ke norma yang paling tinggi yaitu *gerund norm*. Oleh karena itu, setiap norma dibentuk oleh norma yang lebih tinggi, *norma-normarum* atau *norm der normen*. Berhubung dengan itu, norma dasar yang tertinggi berfungsi sebagai *ursprung* atau tempat asal mulanya norma diturunkan, sehingga *gerund norm* itu disebut juga dengan *ursprungsnorm* atau norma asal. Di pihak lain, *gerund norm* itu sendiri pada pokoknya juga merupakan bentukan normatif yang bersifat hipotesis. Untuk itu, *gerund norm* biasa disebut juga dengan *hypothetisch norm*.

5) Konstitusi dalam Arti Relatif (*Relatieve Verfassungsbegriff*) sebagai konstitusi dalam Arti Materiel (*Constitutite in Materiele Zin*)

Konstitusi dalam arti relatif dimaksudkan sebagai konstitusi yang terkait dengan kepentingan golongan-golongan tertentu dalam masyarakat (*proces relative-ring*).¹⁸⁹ Golongan dimaksud terutama adalah golongan borjuis liberal yang menghendaki adanya jaminan supaya hak-haknya tidak dilanggar oleh penguasa. Jaminan itu diletakkan dalam Undang-Undang Dasar yang ditulis sehingga orang tidak mudah melupakannya dan juga tidak mudah hilang serta dapat dijadikan alat bukti (*bewijsbaar*) apabila seseorang memerlukannya. Dalam arti yang kedua ini, konstitusi dapat pula dibagi lagi ke dalam dua sub pengertian yakni (i) konstitusi sebagai tuntutan dari golongan borjuis liberal agar hak-haknya dijamin tidak dilanggar oleh penguasa, dan (ii) konstitusi dalam arti formil atau konstitusi yang tertulis.

¹⁸⁹ *Ibid.*, hal. 11. “Die Relatievevering des Verfassungsbegriffes besteht hochster und letzter Normen bedaulen (Verfassung ist Norm der Normen). darin, dasz statt der einheitlichen Verfassung in Ganzen nur das einzefne Verfassungsgesetz, der Begriff des Verfassungs gesetzes aber nach ausz Emlichen und nebensachlichen, sog formalen Kenn-Zeichen bestimmt wird.”

6) Konstitusi dalam Arti Relatif (*Relatieve Verfassungsbegriff*) sebagai konstitusi dalam Arti Formil (*Constitutie in Formele Zin*)

Mengingat adanya konstitusi dalam arti formil (*constitutie in formele zin*), maka dapat diajukan pertanyaan apakah yang dimaksud dengan konstitusi dalam arti materiel (*constitutie in materiele zin*)? Konstitusi dalam arti materiel adalah konstitusi yang dilihat dari segi isinya. Isi konstitusi itu menyangkut hal-hal yang bersifat dasar atau pokok bagi rakyat dan negara. Karena pentingnya hal-hal yang bersifat dasar atau pokok bagi rakyat dan negara tersebut, maka untuk membuat konstitusi itu diperlukan prosedur yang khusus. Prosedur khusus itu dapat dilakukan sepihak, dua pihak, atau banyak pihak. Prosedur itu dilakukan sepihak karena ia merupakan kehendak dari satu orang yang menamakan dirinya eksponen dari rakyat atau seorang diktator. Bisa juga dilakukan oleh dua pihak karena Konstitusi merupakan hasil persetujuan dari dua golongan dalam masyarakat yaitu misalnya antara rakyat di satu pihak dan Raja di lain pihak pada zaman abad pertengahan. Sedangkan, bisa banyak pihak dikarenakan Konstitusi itu merupakan hasil persetujuan dari banyak pihak yaitu antara wakil-wakil rakyat yang duduk dalam suatu badan yang bertugas membuat Konstitusi (badan Konstitusi).

Hasil dari persetujuan atau perjanjian itu diletakkan dalam suatu naskah tertulis. Di sinilah muncul pengertian yang sama antara konstitusi dalam arti formil (*constitutite in formele zin*) dan konstitusi dalam arti tertulis (*gedocumenteerd constitutie*). Padahal, keduanya berbeda satu dengan yang lain, karena konstitusi dalam arti formil (*constitutie in materiele zin*) itu pada

pokoknya tidak selalu dalam bentuk yang tertulis. Dalam pengertian konstitusi dalam arti formil, yang terpenting adalah prosedur pembentukan konstitusi yang harus dilakukan secara khusus. Kekhususan konstitusi merupakan keniscayaan, karena isi konstitusi itu sendiri diakui sangatlah penting dan mendasar, yaitu berkenaan dengan perikehidupan bernegara yang menyangkut nasib seluruh rakyat. Oleh karena itu, cara membentuk, mengubah, dan mengganti konstitusi haruslah ditentukan secara istimewa pula.

7) Konstitusi dalam Arti Positif (*Positive Verfassungsbegriff*)

Selain yang diuraikan di atas, Carl Schmitt juga menyebutkan adanya pengertian konstitusi dalam arti positif (*positive verfassungsbegriff*)¹⁹⁰ yang dihubungkannya dengan ajaran mengenai *dezisionismus* atau teori tentang keputusan. Dalam pandangan Carl Schmitt, Konstitusi dalam arti positif tersebut mengandung pengertian sebagai produk keputusan politik yang tertinggi,¹⁹¹ yang dihubungkannya dengan terbentuknya Undang-Undang Dasar Weimar pada tahun 1919. Undang-Undang Dasar Weimar itu sangat menentukan nasib rakyat seluruh Jerman, karena Undang-Undang Dasar itu menimbulkan perubahan yang sangat mendasar terhadap struktur pemerintahan yang lama ke *stelzel* pemerintahan yang baru. Sistem pemerintahan lama yang didasarkan atas *stelzel* monarki di mana Raja memegang kekuasaan yang sangat kuat dan sentral diubah oleh Konstitusi Weimar itu menjadi suatu pemerintahan dengan sistem parle-

¹⁹⁰ *Ibid.*, hal. 20. “Die Verfassung als Gesamt-Entscheidung uber Art und Form der politischen Einheit”.

¹⁹¹ Bandingkan dengan Ismail Saleh, *Demokrasi, Konstitusi, dan Hukum*, (Jakarta: Departemen Kehakiman RI, 1988).

menter.

Dalam hubungannya dengan Konstitusi pada arti positif atau *the positive meaning of the constitution*, maka ajaran Profesor Carl Schmitt ini dapat pula diterapkan kepada peristiwa-peristiwa yang terjadi di Indonesia. Misalnya, kita dapat mengajukan pertanyaan apakah pembentukan Undang-Undang Dasar 1945 itu merupakan konstitusi dalam arti positif atau bukan? Dikarenakan pembuatan Undang-Undang Dasar 1945 hanya merupakan salah satu di antara keputusan-keputusan politik yang tinggi, maka ia belum merupakan Konstitusi dalam arti positif. Proklamasi Kemerdekaan pada tanggal 17 Agustus 1945 adalah suatu Konstitusi dalam arti positif, karena ia merupakan satu-satunya keputusan politik yang tertinggi yang dilakukan oleh bangsa Indonesia yang merubah dari suatu bangsa yang dijajah menjadi bangsa yang merdeka. Undang-Undang Dasar 1945 dilahirkan sesudah proklamasi kemerdekaan, sebagai tindak lanjut dari proklamasi kemerdekaan itu.

8) Konstitusi dalam Arti Ideal (*Idealbegriff der verfassung*)

Konstitusi dalam arti yang terakhir ini disebut oleh Carl Schmitt sebagai konstitusi dalam arti ideal (*idealbegriff der verfassung*) atau *ideal meaning of the constitution*.¹⁹² Disebut ideal karena konstitusi itu dilihat sebagai sesuatu yang diimpikan atau diidamkan oleh kaum borjuis liberal seperti tersebut di atas sebagai jaminan

¹⁹² *Ibid.*, hal. 36 dst. “Idealbegriff der Verfassung (in einem auszeichnenden Sinne, wegen eines bestimmten Inhaltes sogenannte ‘Verfassung’) Insbesondere hat das Liberale Burgertum in seinem Kampf gegen die absolute Monarchie einem bestimmten idealbegriff von Verfassung angestellt und ihn mit dem Begriff der Verfassung schiechin identifiziert. Man sprach also nur dan non ‘Verfassung’, wenn die Forderungen burgerlibber Freiheit erfullt und dem Burgertum ein maszgebender pplitischer Ein flusz geilichert was”.

bagi rakyat agar hak-hak asasinya dilindungi. Pandangan ideal tentang konstitusi tersebut dapat dikatakan lahir sesudah terjadinya Revolusi Perancis, di mana ketika itu yang menjadi tuntutan golongan revolusioner Perancis adalah agar pihak penguasa tidak melakukan tindakan yang sewenang-wenang terhadap rakyat.

C. Nilai dan Sifat Konstitusi

1. Nilai Konstitusi

Nilai konstitusi yang dimaksud di sini adalah nilai (*values*) sebagai hasil penilaian atas pelaksanaan norma-norma dalam suatu konstitusi dalam kenyataan praktik. Sehubungan dengan hal itu, Karl Loewenstein dalam bukunya "*Reflection on the Value of Constitutions*" membedakan 3 (tiga) macam nilai atau *the values of the constitution*, yaitu (i) *normative value*; (ii) *nominal value*; dan (iii) *semantical value*. Jika berbicara mengenai nilai konstitusi, para sarjana hukum kita selalu mengutip pendapat Karl Loewenstein mengenai tiga nilai normatif, nominal, dan semantik ini.¹⁹³

Menurut pandangan Karl Loewenstein, dalam setiap konstitusi selalu terdapat dua aspek penting, yaitu sifat idealnya sebagai teori dan sifat nyatanya sebagai praktik. Artinya, sebagai hukum tertinggi di dalam konstitusi itu selalu terkandung nilai-nilai ideal sebagai *das sollen* yang tidak selalu identik dengan *das sein* atau keadaan nyatanya di lapangan.

¹⁹³ Lihat misalnya, Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*, hal.4; Moh. Kusnardi dan Bintan R. Saragih, *Ilmu Negara*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 1994), hal. 156-157; I. Nyoman Dekker, *Hukum Tata Negara Republik Indonesia, Suatu Pengantar*, (Malang: IKIP Malang, 1993), hal. 12; R.G. Kartasapoetra, *Sistematika Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Bina Aksara, 1987), hal. 21-22; Demikian pula hal ini dapat dibaca dalam tulisan-tulisan Prof. Isma'il Suny, Prof. Sri Soemantri, Prof. Padmo Wahyono, Prof. Abu Daud Busroh, Prof. Solly Lubis, dan sebagainya.

Jika antara norma yang terdapat dalam konstitusi yang bersifat mengikat itu dipahami, diakui, diterima, dan dipatuhi oleh subjek hukum yang terikat padanya, maka konstitusi itu dinamakan sebagai konstitusi yang mempunyai nilai normatif. Walaupun tidak seluruh isi konstitusi itu demikian, akan tetapi setidaknya norma-norma tertentu yang terdapat di dalam konstitusi itu apabila memang sungguh-sungguh ditaati dan berjalan sebagaimana mestinya dalam kenyataan, maka norma-norma konstitusi dimaksud dapat dikatakan berlaku sebagai konstitusi dalam arti normatif.

Akan tetapi, apabila suatu undang-undang dasar, sebagian atau seluruh materi muatannya, dalam kenyataannya tidak dipakai sama sekali sebagai referensi atau rujukan dalam pengambilan keputusan dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara, maka konstitusi tersebut dapat dikatakan sebagai konstitusi yang bernilai nominal. Manakala dalam kenyataannya keseluruhan bagian atau isi undang-undang dasar itu memang tidak dipakai dalam praktik, maka keseluruhan undang-undang dasar itu dapat disebut bernilai nominal. Misalnya, norma dasar yang terdapat dalam konstitusi yang tertulis (*schreven constitutie*) menentukan A, akan tetapi konstitusi yang dipraktikkan justru sebaliknya yaitu B, sehingga apa yang tertulis secara *expressis verbis* dalam konstitusi sama sekali hanya bernilai nominal saja. Dapat pula terjadi bahwa yang dipraktikkan itu hanya sebagian saja dari ketentuan undang-undang dasar, sedangkan sebagian lainnya tidak dilaksanakan dalam praktik, sehingga dapat dikatakan bahwa yang berlaku normatif hanya sebagian, sedangkan sebagian lainnya hanya bernilai nominal sebagai norma-norma hukum di atas kertas "mati".

Sedangkan konstitusi yang bernilai semantik adalah konstitusi yang norma-norma yang terkandung di dalamnya hanya dihargai di atas kertas yang indah dan

dijadikan jargon, semboyan, ataupun “gincu-gincu ketatanegaraan” yang berfungsi sebagai pemanis dan sekaligus sebagai alat pembenaran belaka. Dalam setiap pidato, norma-norma konstitusi itu selalu dikutip dan dijadikan dasar pembenaran suatu kebijakan, tetapi isi kebijakan itu sama sekali tidak sungguh-sungguh melaksanakan isi amanat norma yang dikutip itu. Kebiasaan seperti ini lazim terjadi di banyak negara, terutama jika di negara yang bersangkutan tersebut tidak tersedia mekanisme untuk menilai konstitusionalitas kebijakan-kebijakan kenegaraan (*state's policies*) yang mungkin menyimpang dari amanat undang-undang dasar. Dengan demikian, dalam praktik ketatanegaraan, baik bagian-bagian tertentu ataupun keseluruhan isi undang-undang dasar itu, dapat bernilai semantik saja.

Sementara itu, pengertian-pengertian mengenai sifat konstitusi biasanya dikaitkan dengan pembahasan tentang sifat-sifatnya yang lentur (fleksibel) atau kaku (rigid), tertulis atau tidak tertulis, dan sifatnya yang formil atau materiil. Mengenai sifat-sifat konstitusi tersebut, dapat diuraikan sebagai berikut.

2. Konstitusi Formil dan Materiil

Konstitusi, *constitution* (Amerika Serikat), atau *verfassung* (Jerman), dibedakan dari undang-undang dasar atau *grundgesetz* (Jerman) ataupun *grondwet* (Belanda). Dikarenakan kesalahpahaman dalam pandangan banyak orang mengenai konstitusi, maka pengertian konstitusi itu sering diidentikkan dengan pengertian undang-undang dasar. Kesalahan ini disebabkan antara lain oleh pengaruh paham kodifikasi yang menghendaki semua peraturan hukum dibuat dalam bentuk yang tertulis (*written document*) dengan maksud untuk mencapai kesatuan hukum (unifikasi hukum), kesederhanaan hukum, dan kepastian hukum (*rechtszekerheid*). Begitu besar pengaruh paham kodifikasi ini, maka di seluruh

dunia berkembang anggapan bahwa setiap peraturan, dikarenakan pentingnya maka harus ditulis, dan demikian pula dengan konstitusi. Di zaman modern sekarang ini, dapat dikatakan bangsa Amerika Serikatlah yang pertama menuliskan konstitusi dalam satu naskah, meskipun leluhur mereka di Inggris tidak mengenal naskah konstitusi yang tertulis dalam satu naskah.

Oleh karena itu, dalam bahasa Inggris dan Amerika, tidak tersedia kata yang tepat untuk menggambarkan perbedaan antara konstitusi dan undang-undang dasar sebagaimana perbedaan antara kedua pengertian ini dalam bahasa Jerman, Perancis, Belanda, dan negara-negara Eropa Kontinental lainnya. Dalam bahasa Jerman jelas dibedakan antara *verfassung* dan *grundgesetz*, atau dalam bahasa Belanda antara *constitutie* dan *grondwet*.

Untuk memahami perbedaan mengenai kedua pengertian konstitusi dan undang-undang dasar itu, kita dapat menggunakan antara lain pandangan Hermann Heller sebagai rujukan. Dari pandangan Hermann Heller ini jelas tergambar bahwa konstitusi itu memang mempunyai arti yang lebih luas dari pada undang-undang dasar. Herman Heller membagi konstitusi itu dalam tiga fase pengertian, yaitu:¹⁹⁴

- 1) Pada mulanya, apa yang dipahami sebagai konstitusi itu mencerminkan kehidupan politik di dalam masyarakat sebagai suatu kenyataan (*Die politische verfassung als gesellschaftliche wirklichkeit*) dan ia belum merupakan konstitusi dalam arti hukum (*ein rechtsverfassung*). Dengan perkataan lain, Konstitusi itu masih merupakan pengertian sosiologis atau politis dan belum merupakan pengertian hukum.

¹⁹⁴ Heller, *Op. Cit.*, hal. 249 dst.

- 2) Setelah orang mencari unsur-unsur hukumnya dari konstitusi yang hidup di dalam masyarakat itu untuk dijadikan satu kesatuan kaidah hukum, barulah konstitusi itu disebut sebagai *rechtverfassung* (*die verselbstandigte rechtsverfassung*), yaitu konstitusi dalam arti hukum.
- 3) Kemudian muncul pula kebutuhan untuk menuliskan konstitusi itu dalam satu naskah tertentu sehingga orang mulai menulisnya dalam suatu naskah tertulis sebagai undang-undang yang tertinggi yang berlaku dalam suatu negara.¹⁹⁵

Dengan demikian, apabila pengertian undang-undang dasar itu dihubungkan dengan pengertian konstitusi, maka arti undang-undang dasar itu barulah merupakan sebagian dari pengertian konstitusi yaitu konstitusi yang ditulis (*die geschriebene verfassung*). Dalam arti inilah konstitusi itu bersifat juridis atau *rechtsverfassung*, yaitu sebagai undang-undang dasar atau *grundgesetz*. Sedangkan, konstitusi dalam arti yang luas tidak hanya bersifat yuridis semata-mata, akan tetapi juga bersifat sosiologis dan politis yang tidak disebut sebagai undang-undang dasar, namun termasuk dalam pengertian konstitusi.

Setiap *rechtverfassung* harus memenuhi dua syarat, yaitu syarat mengenai bentuknya dan syarat mengenai isinya. Bentuknya dipersyaratkan harus berupa naskah tertulis sebagai undang-undang yang tertinggi yang berlaku dalam suatu negara. Isinya meru-

¹⁹⁵ *Ibid.*, hal. 249, “*Die Politische Verfassung als gesellschaftliche Wirklichkeit*”; hal. 259, “*Die verselbstandigte Rechtsverfassung*”; hal. 270, “*Die geschriebene Verfassung*”.

pakan peraturan yang bersifat mendasar atau fundamental. Artinya, tidak semua masalah yang penting harus dimuat dalam konstitusi, melainkan hal-hal yang bersifat pokok, dasar, atau asas-asasnya saja. Menurut paham kodifikasi, semua masalah yang penting harus dimuat dalam undang-undang dasar. Namun kemudian disadari bahwa tidak semua hal yang penting merupakan hal yang bersifat pokok atau mendasar, sehingga tidak mungkin seluruh hal yang dianggap penting harus ditulis dalam naskah undang-undang dasar. Selain dikarenakan sifat hukum itu sendiri selalu berubah sesuai dengan tuntutan perkembangan zaman, isi undang-undang dasar itu hanya meliputi hal-hal yang bersifat garis besar saja.

Pelaksanaan norma-norma konstitusi itu dapat diatur lebih lanjut dalam peraturan-peraturan yang lebih rendah, sehingga lebih mudah diubah sesuai dengan kebutuhan. Alasan keberatan untuk memuat seluruh masalah yang penting dalam Undang-Undang Dasar juga disebabkan karena seringnya terjadi perubahan dalam naskah undang-undang dasar. Jika naskah undang-undang dasar disusun terlalu rinci, maka hal itu dapat menyebabkan kewibawaan undang-undang dasar menjadi merosot. Untuk mencegah terjadinya hal demikian, maka undang-undang dasar hanya memuat hal-hal yang bersifat dasar saja.

Dengan perkataan lain, undang-undang dasar adalah sebagian saja dari pengertian konstitusi. Isinya hanya bersifat garis-garis besar sebagai norma hukum tertinggi yang berlaku di suatu negara. Hanya ada beberapa sarjana saja yang menganut pandangan yang mengidentikkan konstitusi dengan undang-undang dasar. Penyamaan pengertian kedua hal itu, sebenarnya, sudah dimulai sejak Oliver Cromwell (Lord Protector Kerajaan Inggris 1649-1660) yang menamakan Undang-Undang Dasar itu

sebagai *instrument of government*. Undang-Undang Dasar Cromwell itu dibuat sebagai pegangan dalam menjalankan tugas-tugas pemerintahan, dan di sinilah timbul identifikasi atas pengertian Konstitusi dan Undang-Undang Dasar. Pengertian Konstitusi menurut Lord Oliver Cromwell itu kemudian diadopsi oleh Amerika Serikat pada tahun 1787, dan selanjutnya oleh Lafayette dikembangkan di Perancis pada tahun 1789.

Penganut paham modern yang juga menyamakan pengertian konstitusi dengan undang-undang dasar, menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim,¹⁹⁶ adalah Lasalle. Dalam bukunya "*Über Verfassungswesen*",¹⁹⁷ Lasalle menyatakan bahwa konstitusi yang sesungguhnya menggambarkan hubungan antara kekuasaan yang terdapat di dalam masyarakat. Golongan-golongan yang dimaksud adalah golongan yang mempunyai kedudukan nyata di dalam masyarakat (*rieele machtsfactoren*), misalnya Kepala Negara, Angkatan Perang, Partai-partai Politik, kelompok-kelompok penekan (*pressure group*), buruh, tani, pegawai, dan lain sebagainya. Dengan pandangannya yang demikian, Lasalle menghendaki agar semua hal yang penting dituliskan dalam naskah konstitusi (*in einer Urkunde auf einem Blatt Papier alle Institutionen und Regierings prinzipien des landes*).

Demikian pula halnya dengan Struycken yang menganut paham modern. Menurut Struycken, konstitusi adalah undang-undang dasar. Menurut Struycken, konstitusi itu selalu memuat garis-garis besar dan asas-

¹⁹⁶ Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*

¹⁹⁷ Heller, *Staatslehre, Op. Cit.*, hal. 249, "Von dieser 'wirklichen' Verfassung die zu jeder zeit jedes Land gehabt hat, sagt Lasalle in seinem bekanten Vortrag 'Über Verfassungswesen' (1862) sind sie nicht die geschriebene Verfassung oder das Blatt Papier, sondern die in einem lande bestehenden tatsächlichen Machtverhältnisse".

asas yang mendasar tentang organisasi negara.¹⁹⁸ Dengan demikian, konstitusi tidak perlu mencerminkan seluruh masalah yang penting secara lengkap, sebab konstitusi semacam itu akan mengalami kesulitan dalam mengikuti perkembangan masyarakat. Adalah tugas pembuat undang-undang (*legislator*) untuk mengkhususkan konstitusi sesuai dengan perkembangan masyarakat.

3. Luwes (*Flexible*) atau Kaku (*Rigid*)

Naskah konstitusi atau undang-undang dasar dapat bersifat luwes (*flexible*) atau kaku (*rigid*). Ukuran yang biasanya dipakai oleh para ahli untuk menentukan apakah suatu undang-undang dasar itu bersifat luwes atau kaku adalah (i) apakah terhadap naskah konstitusi itu dimungkinkan dilakukan perubahan dan apakah cara mengubahnya cukup mudah atau sulit, dan (ii) apakah naskah konstitusi itu mudah atau tidak mudah mengikuti perkembangan kebutuhan zaman.

Untuk menentukan apakah suatu naskah konstitusi bersifat luwes atau tidak, maka pertama-tama kita dapat mempelajari mengenai kemungkinannya berubah atau tidak, dan bagaimana pula perubahan itu dilakukan. Pada umumnya, dalam setiap naskah undang-undang dasar, selalu diatur tata cara perubahan konstitusi itu sendiri dalam pasal-pasal atau bab yang tersendiri. Perubahan-perubahan yang dilakukan menurut tata cara yang ditentukan sendiri oleh undang-undang dasar itu dinamakan *verfassungs-anderung*. Ketentuan mengenai perubahan tersebut selalu ditentukan dalam undang-undang dasar itu sendiri, karena walaupun dimaksudkan

¹⁹⁸ Lihat Struycken A.A.H., *Het staatsrecht won het Komisikrijk der Nederlanden*, 1915.

untuk jangka waktu yang lama, teks suatu undang-undang dasar selalu cenderung untuk tertinggal dari perkembangan masyarakat. Pada saat perubahan masyarakat sudah sedemikian rupa, selalu muncul kebutuhan objektif untuk mengadakan perubahan pula atas teks undang-undang dasar.

Namun demikian, karena konstitusi itu pada hakikatnya merupakan hukum dasar yang tertinggi dan menjadi dasar bagi berlakunya peraturan perundang-undangan lainnya yang lebih rendah, maka para penyusun atau perumus undang-undang dasar selalu menganggap perlu menentukan tata cara perubahan yang tidak mudah. Dengan prosedur yang tidak mudah, maka menjadi tidak mudah pula orang untuk mengubah hukum dasar negaranya, kecuali apabila hal itu memang sungguh-sungguh dibutuhkan karena pertimbangan yang objektif dan untuk kepentingan seluruh rakyat, serta bukan untuk sekedar memenuhi keinginan atau kepentingan se golongan orang yang berkuasa saja. Oleh karena itu biasanya prosedur perubahan undang-undang dasar diatur sedemikian berat dan rumit syarat-syaratnya, sehingga undang-undang dasar yang bersangkutan menjadi sangat *rigid* atau kaku.

Tetapi sebaliknya, ada pula undang-undang dasar yang mensyaratkan tata cara perubahan yang tidak terlalu berat dengan pertimbangan untuk tidak mempersulit perubahan, sehingga undang-undang dasar dapat disesuaikan dengan tuntutan perubahan zaman. Konstitusi yang demikian dapat dikatakan sebagai konstitusi yang fleksible atau luwes. Misalnya, ada undang-undang dasar yang perubahannya tidak memerlukan cara yang istimewa, melainkan cukup dilakukan oleh lembaga pembuat undang-undang biasa. Sebaliknya, ada pula

Konstitusi yang menetapkan syarat perubahan dengan cara yang istimewa, misalnya dalam sistem parlemen bikameral, harus disetujui lebih dulu oleh kedua kamar parlemennya. Konstitusi yang demikian dapat disebut bersifat *rigid*.¹⁹⁹

Negara-negara yang mempunyai Konstitusi yang bersifat luwes (*flexible*) umpamanya adalah New Zealand dan Kerajaan Inggris yang dikenal tidak memiliki konstitusi yang tertulis.²⁰⁰ Sedangkan, konstitusi atau undang-undang dasar yang bersifat kaku (*rigid*), misalnya, adalah Konstitusi Amerika Serikat, Australia, Canada dan Swiss.²⁰¹

Memang harus diakui bahwa untuk menentukan sifat *flexible* atau *rigid* suatu undang-undang dasar sebenarnya tidaklah cukup hanya dengan melihat dari segi cara mengubahnya. Dapat saja terjadi suatu undang-undang dikatakan bersifat rigid, tetapi dalam kenyataannya dapat diubah tanpa melalui prosedur yang ditentukan sendiri oleh undang-undang dasarnya (*verfassungsan-derung*), melainkan diubah melalui prosedur di luar ketentuan konstitusi (*verfassungswandlung*), seperti melalui revolusi atau dengan *constitutional convention*.²⁰²

Untuk undang-undang dasar yang tergolong fleksibel, perubahannya kadang-kadang cukup dilakukan hanya dengan *the ordinary legislative process seperti di*

¹⁹⁹ Strong, *Op. Cit.*, hal. 140 dst., dan Sri Soemantri, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*, *Op Cit.*, hal. 60-61.

²⁰⁰ *Ibid.*, hal. 152.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Georg Jellinek tentang *Verfassungswandlung dan Vergassungsanderung*, perubahan konstitusi dengan cara biasa dan dengan cara yang tidak biasa, seperti *convention*.

New Zealand.²⁰³ Sedangkan, untuk undang-undang dasar yang dikenal kaku atau rigid, prosedur perubahannya dapat dilakukan:

- a. oleh lembaga legislatif, tetapi dengan pembatasan-pembatasan tertentu;
- b. oleh rakyat secara langsung melalui suatu referendum;
- c. oleh utusan negara-negara bagian, khusus di negara-negara serikat; atau
- d. dengan kebiasaan ketatanegaraan, atau oleh suatu lembaga negara yang khusus yang dibentuk hanya untuk keperluan perubahan.²⁰⁴

Menurut K.C. Wheare, ada tiga cara untuk mengubah undang-undang dasar, yaitu (i) *formal amendment* atau perubahan resmi, (ii) *constitutional convention* atau konvensi ketatanegaraan, dan (iii) *judicial interpretation* atau penafsiran pengadilan.²⁰⁵ Oleh karena itu, perubahan dalam arti penyempurnaan terhadap undang-undang dasar tidak selalu harus dilakukan dengan cara *formal amandment*, tetapi dapat pula dilakukan dengan konvensi ketatanegaraan. Misalnya, ada suatu pasal dalam undang-undang dasar yang resminya masih berlaku, tetapi dalam praktik pasal itu sudah tidak dipakai lagi dalam rangka penyelenggaraan kegiatan kenegaraan sehari-hari. Misalnya, mengenai pemilihan Presiden di Amerika Serikat. Pasal 2 UUD Amerika Serikat yang tertulis sekarang tidak lagi dijalankan dalam praktik, walaupun secara resmi belum pernah dinyatakan tidak ber-

²⁰³ K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, (London: Oxford University, 1960), hal. 121.

²⁰⁴ Strong, *Op. Cit.*, hal. 153. Lihat juga Soemantri, *Op. Cit.*, hal. 69.

²⁰⁵ Wheare, *Op. Cit.* Lihat juga Ismail Suny, "Undang-Undang Dasar 1945 dan Referendum", *Majalah Hukum dan Pembangunan*, FHUI, Jakarta.

laku. Presiden Amerika Serikat dipilih langsung oleh rakyat melalui *electoral college*, dari calon yang dipilih oleh partai politik yang bersangkutan dan ditentukan melalui konvensi partai yang bersangkutan. Hal yang demikian oleh Bernard Schwartz disebut sebagai *a wholly extra constitutional manner*.²⁰⁶

Pada akhirnya yang menentukan perlu atau tidaknya undang-undang dasar diubah adalah faktor konfigurasi kekuatan politik yang berkuasa pada suatu waktu. Betapapun kakunya atau sulitnya suatu naskah undang-undang dasar diubah, apabila konfigurasi kekuatan politik yang berkuasa berpendapat, menghendaki, atau menentukan bahwa undang-undang dasar itu harus diubah, maka konstitusi itu tentu akan diubah. Sebaliknya, walaupun undang-undang dasar itu sangat mudah untuk diubah, tetapi jika kekuatan politik yang berkuasa itu berpendapat tidak perlu diubah atau tidak menghendaki adanya perubahan, tentu konstitusi itu tetap tidak akan mengalami perubahan. Artinya, tolok ukurnya fleksibilitas atau rigiditas, tidaklah dapat ditentukan dengan pasti hanya karena mudah tidaknya prosedur perubahan itu dilakukan. Oleh karena, pada pokoknya, konstitusi itu merupakan produk politik, maka faktor kekuatan politiklah yang justru sangat determinan pengaruhnya dalam menentukan apakah konstitusi harus berubah atau tidak berubah. Jalan pikiran yang demikian itu pula yang dipakai oleh Mahfud M.D. dalam disertasinya yang membahas pengaruh konfigurasi politik terhadap karakter suatu konstitusi.²⁰⁷ Faktor kekuatan politik yang

²⁰⁶ Schwartz, *American Constitutional Law, Op. Cit.*, hal. 93.

²⁰⁷ Lihat Moh. Mahfud M.D., *Perkembangan Politik Hukum (Studi Tentang Pengaruh Konfigurasi Politik Terhadap Produk Hukum di Indonesia)*, Disertasi, Pasca Sarjana, UGM-Yogyakarta, 1993.

demikian disebut oleh Carl Schmitt sebagai faktor kekuasaan yang nyata atau *de reele machtsfactoren*.

Oleh sebab itu, untuk menentukan sifat fleksibilitas atau rigiditas undang-undang dasar tersebut, dapat digunakan ukuran kedua, yaitu apakah undang-undang dasar itu mudah atau tidak mudah mengikuti perkembangan zaman? Kalau undang-undang dasar itu mudah mengikuti perkembangan zaman, maka undang-undang dasar itu kita katakan bersifat fleksibel. Sebaliknya, jika undang-undang dasar itu tidak mudah mengikuti perkembangan zaman, kita sebut bersifat *rigid*. Suatu undang-undang dasar yang hanya mengatur hal-hal yang pokok adalah konstitusi yang mudah dapat mengikuti perkembangan masyarakat, sebab norma-norma pelaksanaannya lebih lanjut diserahkan kepada bentuk peraturan perundang-undangan yang lebih rendah, sehingga lebih mudah untuk dibuat dan diubah.

Namun, banyak undang-undang dasar yang tidak hanya memuat hal-hal yang pokok saja, melainkan juga hal-hal yang dianggap penting, sehingga undang-undang dasar itu akan terdiri atas banyak pasal-pasal. Naskah undang-undang dasar yang dianggap paling tebal di dunia dewasa ini adalah Undang-Undang Dasar Federal India dengan jumlah pasal sebanyak 444 ketentuan. Padahal, hal-hal penting belum tentu bersifat pokok, meskipun yang pokok selalu bersifat penting. Di samping itu, kadang-kadang, yang penting untuk masa sekarang dapat pula mengalami perubahan sehingga di masa yang akan datang menjadi tidak penting lagi. Jika dinamika semacam itu sering terjadi, maka undang-undang dasar yang memuat hal-hal yang penting akan mengalami perubahan. Apabila suatu negara terlalu sering mengadakan perubahan undang-undang dasarnya, niscaya sistem

hukum dan konstitusi negara itu akan menjadi tidak stabil, sehingga dapat menyebabkan terjadinya kemerosotan kewibawaan undang-undang dasar itu sendiri.

4. Konstitusi Tertulis dan Tidak Tertulis

Membedakan secara prinsipil antara konstitusi tertulis (*written constitution*) dan tidak tertulis (*unwritten constitution* atau *onschreven constitutie*) adalah tidak tepat.²⁰⁸ Sebutan Konstitusi tidak tertulis hanya dipakai untuk dilawankan dengan Konstitusi modern yang lazimnya ditulis dalam suatu naskah atau beberapa naskah. Timbulnya Konstitusi tertulis disebabkan karena pengaruh aliran kodifikasi.²⁰⁹ Salah satu negara di dunia yang mempunyai Konstitusi tidak tertulis adalah negara Inggris, namun prinsip-prinsip yang dicantumkan dalam Konstitusi di Inggris dicantumkan dalam Undang-Undang biasa, seperti Bill of Rights.

Dengan demikian suatu Konstitusi disebut tertulis apabila ia ditulis dalam suatu naskah atau beberapa naskah, sedangkan suatu Konstitusi disebut tidak tertulis dikarenakan ketentuan-ketentuan yang mengatur suatu pemerintahan tidak tertulis dalam suatu naskah tertentu, melainkan dalam banyak hal diatur dalam konvensi-konvensi atau undang-undang biasa.

²⁰⁸ Lihat Wheare, *Op. Cit.*, hal. 19. Ada juga sarjana yang menganggap bahwa perbedaan *written constitution* dan *unwritten constitution* sudah tidak relevan lagi, sehingga mereka membedakannya dengan istilah *documentary constitution* dan *non-documentary constitution*.

²⁰⁹ Bandingkan dengan Strong, *Op. Cit.*, hal. 136-137.

D. Tujuan dan Hakikat Konstitusi

Di kalangan para ahli hukum, pada umumnya dipahami bahwa hukum mempunyai tiga tujuan pokok, yaitu (i) keadilan (*justice*), (ii) kepastian (*certainty* atau *zekerheid*), dan (iii) kebergunaan (*utility*). Keadilan itu sepadan dengan keseimbangan (*balance, mizan*) dan kepatutan (*equity*), serta kewajaran (*proportionality*). Sedangkan, kepastian hukum terkait dengan ketertiban (*order*) dan ketenteraman. Sementara, kebergunaan diharapkan dapat menjamin bahwa semua nilai-nilai tersebut akan mewujudkan kedamaian hidup bersama.

Oleh karena konstitusi itu sendiri adalah hukum yang dianggap paling tinggi tingkatannya, maka tujuan konstitusi sebagai hukum tertinggi itu juga untuk dicapai dan mewujudkan tujuan yang tertinggi. Tujuan yang dianggap tertinggi itu adalah: (i) keadilan, (ii) ketertiban, dan (iii) perwujudan nilai-nilai ideal seperti kemerdekaan atau kebebasan dan kesejahteraan atau kemakmuran bersama, sebagaimana dirumuskan sebagai tujuan bernegara oleh para pendiri negara (*the founding fathers and mothers*).

Misalnya, 4 (empat) tujuan bernegara Indonesia adalah seperti yang termaktub dalam alinea IV Pembukaan UUD 1945. Keempat tujuan itu adalah (i) melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, (ii) memajukan kesejahteraan umum, (iii) mencerdaskan kehidupan bangsa, dan (iv) ikut melaksanakan ketertiban dunia (berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial).

Sehubungan dengan itulah maka beberapa sarjana merumuskan tujuan konstitusi itu seperti merumuskan tujuan negara, yaitu negara konstitusional, atau negara berkonstitusi. Menurut J. Barents, ada 3 (tiga) tujuan negara, yaitu (i) untuk memelihara ketertiban dan ketenteraman, (ii) mempertahankan kekuasaan, dan (iii) me-

ngurus hal-hal yang berkenaan dengan kepentingan-kepentingan umum.²¹⁰ Sedangkan, Maurice Hauriou menyatakan bahwa tujuan konstitusi adalah untuk menjaga keseimbangan antara (i) ketertiban (*orde*), (ii) kekuasaan (*gezag*), dan (iii) kebebasan (*vrijheid*).²¹¹

Kebebasan individu warga negara harus dijamin, tetapi kekuasaan negara juga harus berdiri tegak, sehingga tercipta tertib bermasyarakat dan bernegara. Keter-tiban itu sendiri terwujud apabila dipertahankan oleh kekuasaan yang efektif dan kebebasan warga negara tetap tidak terganggu. Sementara itu, G.S. Diponolo merumuskan tujuan konstitusi ke dalam lima kategori, yaitu (i) kekuasaan, (ii) perdamaian, keamanan, dan ketertiban, (iii) kemerdekaan, (iv) keadilan, serta (v) kesejahteraan dan kebahagiaan.²¹²

²¹⁰ J. Barents, "De Wetenschap de Politiek, Een Terreinverkenning" (1952), terjemahan L.M. Sitorus, *Ilmu Politika: Suatu Perkenalan Lapangan*, cet. ke-3, PT. Pembangunan, Jakarta, 1958, hal. 38.

²¹¹ Maurice Hauriou, *Precis de Droit Constitutionnel*. Lihat juga Abu Daud Busro, *Ilmu Negara*, Bumi Aksara, Jakarta, 1990, hal. 99.

²¹² G.S. Diponolo, *Ilmu Negara*, Jilid I, Balai Pustaka, Jakarta, 1951, hal. 23.

BAB IV SUMBER HUKUM TATA NEGARA

A. Sumber Hukum Tata Negara

1. Pengertian Sumber Hukum

Apakah yang dimaksud dengan “sumber hukum”? Dalam bahasa Inggris, sumber hukum itu disebut *source of law*. Perkataan “sumber hukum” itu sebenarnya berbeda dari perkataan “dasar hukum”, “landasan hukum”, ataupun “payung hukum”. Dasar hukum ataupun landasan hukum adalah *legal basis* atau *legal ground*, yaitu norma hukum yang mendasari suatu tindakan atau perbuatan hukum tertentu sehingga dapat dianggap sah atau dapat dibenarkan secara hukum. Sedangkan, perkataan “sumber hukum” lebih menunjuk kepada pengertian tempat dari mana asal-muasal suatu nilai atau norma tertentu berasal.

Dalam Pasal 1 Ketetapan MPR No. III/MPR/ 2000 ditentukan bahwa:²¹³ (1) Sumber hukum adalah sumber yang dijadikan bahan untuk penyusunan peraturan perundang-undangan; (2) Sumber hukum terdiri atas sumber hukum tertulis dan sumber hukum tidak tertulis; (3) Sumber hukum dasar nasional adalah (i) Pancasila sebagaimana yang tertulis dalam Pembukaan UUD 1945, yaitu Ketuhanan Yang Maha Esa, Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, Persatuan Indonesia, dan Kerakyatan yang dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan, serta dengan mewujudkan

²¹³ Ketetapan MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan, tanggal 18 Agustus, 2000. Lihat Majelis Permusyawaratan Rakyat RI, *Himpunan Ketetapan MPRS dan MPR Tahun 1960 s/d 2002*, Sekretariat Jenderal MPR-RI, Jakarta, 2002.

suatu Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, dan (ii) batang tubuh Undang-Undang Dasar 1945.

Akan tetapi, dalam pandangan Hans Kelsen dalam bukunya “*General Theory of Law and State*”, istilah sumber hukum itu (*sources of law*) dapat mengandung banyak pengertian, karena sifatnya yang *figurative and highly ambiguous*.²¹⁴ Pertama, yang lazimnya dipahami sebagai *sources of law* ada 2 (dua) macam, yaitu *custom* dan *statute*. Oleh karena itu, *sources of law* biasa dipahami sebagai *a method of creating law, custom, and legislation, yaitu customary and statutory creation of law*.

Kedua, sources of law juga dapat dikaitkan dengan cara untuk menilai alasan atau *the reason for the validity of law*. Semua norma yang lebih tinggi merupakan sumber hukum bagi norma hukum yang lebih rendah. Oleh karena itu, pengertian sumber hukum (*sources of law*) itu identik dengan hukum itu sendiri (*the source of law is always itself law*).²¹⁵

Ketiga, sources of law juga dipakai untuk hal-hal yang bersifat non-juridis, seperti norma moral, etika, prinsip-prinsip politik, ataupun pendapat para ahli, dan sebagainya yang dapat mempengaruhi pembentukan suatu norma hukum, sehingga dapat pula disebut sebagai sumber hukum atau *the sources of the law*.

Nilai dan norma agama dapat pula dikatakan menjadi sumber yang penting bagi terbentuknya nilai dan norma etika dalam kehidupan bermasyarakat, sementara nilai-nilai dan norma etika itu menjadi sumber bagi proses terbentuknya norma hukum yang dikukuhkan atau dpositifkan oleh kekuasaan negara. Dalam dinamika kehidupan bermasyarakat, ketiga jenis nilai dan norma itu pada pokoknya sama-sama berfungsi sebagai

²¹⁴ Kelsen, *Op. Cit.*, hal. 131.

²¹⁵ *Ibid.* hal. 132.

sarana pengendalian dan sekaligus sistem referensi mengenai perilaku ideal dalam setiap tatanan sosial (*social order*). Sebab, jika ketiga jenis norma tersebut saling menunjang, maka ketiga sistem referensi perilaku itu dapat bekerja secara simultan dan saling mendukung.

Akan tetapi, jika ketiganya saling bersitegang atau saling bersaing satu sama lain, niscaya akan timbul konflik antar norma yang justru tidak sehat bagi ketiga sistem norma itu sendiri. Jika demikian, maka pada gilirannya fungsi ketiga jenis norma itu dalam menuntun manusia ke arah perilaku ideal tidak akan bekerja dengan efektif. Oleh karena itu, ketiganya harus dapat saling mengisi satu sama lain secara sinergis. Norma etika dapat menjadi sumber nilai bagi norma hukum, sementara norma agama dapat menjadi sumber bagi norma etika. Dalam konteks ini, pengertian sumber dapat dikatakan sebagai tempat dari mana sesuatu nilai atau norma berasal.

Terkait dengan hal ini, penting juga untuk memperbandingkan mengenai penggunaan istilah sumber hukum (*sources of law*) dalam sistem berpikir *fiqh Islam* dengan penggunaannya menurut pengertian ilmu hukum pada umumnya. Hal ini penting untuk digambarkan karena tradisi yang dianut dalam sistem *fiqh Islam*, perkataan sumber hukum itu diartikan secara berbeda sama sekali dari pengertian yang biasa dipakai dalam ilmu hukum kontemporer. Dalam *fiqh Islam*, yang diartikan sebagai sumber hukum itu, di satu pihak berarti “sumber rujukan”, tetapi di lain pihak kadang-kadang dapat diidentikkan dengan pengertian metode penalaran hukum (*legal reasoning*).

Misalnya, yang dianggap sebagai sumber hukum adalah (i) *al-Quran*, (ii) *al-Sunnah*, dan (iii) *ijtihad* atau inovasi (*innovation*) dan invensi (*invention*). Ada pula sarjana yang merumuskan kategori sumber hukum itu terdiri atas (i) *al-Quran*, (ii) *al-Hadits*, (iii) *ijma*, dan (iv)

qiyas. Ada lagi yang merumuskan sumber hukum itu meliputi (i) syariat yang diwahyukan (wahyu), (ii) sunnah sebagai teladan rasul, dan (iii) akal dengan menggunakan metode berpikir tertentu.

Dalam kajian *ushul fiqh*, sebagai cabang ilmu filsafat hukum Islam, sering dibedakan pula antara pengertian “sumber hukum” atau *mashadir al-ahkam* dan “dalil-dalil hukum” atau *adillat al-ahkam*.²¹⁶ Pengertian *mashadir al-ahkam* secara teknis menunjuk kepada pengertian asal norma hukum atau rujukan hukum (*reference*), tempat ditemukannya kaidah hukum atau sesuatu yang menunjuk kepada adanya hukum, yaitu *al-Quran* dan *al-Sunnah*. Sedangkan, *adillat al-ahkam* atau dalil hukum merupakan sesuatu yang dijadikan landasan berpikir yang benar dalam memperoleh atau menemukan, atau mendapatkan hukum.

Hal yang dianggap sebagai *adillat al-ahkam* itu ada 4 (empat), yaitu *al-Quran*, *al-Sunnah*, *Ijma*, dan *Qiyas*. Baik *al-Quran* maupun *al-Sunnah* sama-sama dapat disebut sebagai *adillat al-ahkam* dan sekaligus *mashadir al-ahkam*.²¹⁷ Kadang-kadang, kedua makna sumber hukum dan dalil hukum itu dicampuradukkan oleh para sarjana, tetapi kebanyakan ulama membedakan keduanya dengan tegas. Oleh karena itu, *mashadir al-ahkam* (sumber hukum) dapat dipahami dalam arti sumber hukum materiel dalam konteks ilmu hukum kontemporer, sedangkan *adillat al-ahkman* (dalil hukum) dapat dibandingkan dengan pengertian sumber hukum formil.²¹⁸

²¹⁶ Nasrul Harun, *Ushul Fiqh*, cet. ke-1, jilid 1 (Jakarta: Logos, 1996), hal. 15.

²¹⁷ Suparman Usman, *Hukum Islam: Asas-Asas dan Pengantar Studi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, (Jakarta: Gaya Media Pratama, 2001), hal. 35-37. Lihat juga Amir Syarifuddin, “Pengertian dan Sumber Hukum Islam” dalam Zaini Dahlan, dkk, *Filsafat Hukum Islam*, (Jakarta: Bumi Aksara, 1992), hal. 53-55.

²¹⁸ Usman, *Op. Cit.*, hal. 32.

Pengertian sumber hukum yang demikian itu, jelas sangat berbeda dari pengertian sumber hukum yang terkait dengan pengertian yang biasa dipakai dalam ilmu hukum tata negara ataupun ilmu hukum kontemporer pada umumnya. Dalam hukum tata negara Indonesia, yang disebut sebagai sumber hukum itu misalnya adalah (i) Undang-Undang Dasar, (ii) Undang-undang dan Peraturan Pemerintah sebagai Pengganti Undang-undang, (iii) Peraturan Pemerintah, (iv) Peraturan Presiden, dan (v) Peraturan Daerah. Pengertian sumber hukum di sini jelas dimaksudkan untuk menunjuk kepada pengertian tempat asal ditariknya suatu kaedah hukum yang bersifat umum untuk dipakai sebagai peralatan dalam menilai suatu peristiwa atau kaidah hukum yang bersifat konkrit.

Pengertian yang kedua ini, jika dibandingkan dengan pengertian sumber hukum dalam ilmu fiqh yang memperlakukan *qiyas* atau analogi sebagai salah satu sumber hukum seperti diuraikan di atas, tentulah jauh bedanya. *Qiyas* atau analogi adalah metode berpikir, metode penalaran hukum (*legal reasoning*) yang dipakai untuk mendapatkan kesimpulan atas sesuatu fakta konkrit (*concrete cases*) yang dinilai dengan menggunakan standar norma hukum yang bersifat umum dan abstrak (*general and abstract norm*).

Lain lagi penggunaan istilah *sources of the constitution* yang dipakai oleh John Alder dalam bukunya "*Constitutional and Administrative Law*" (1989).²¹⁹ Dalam bukunya itu, John Alder sengaja memberikan judul pada Bab 2 Bagian I dengan "*The Sources of the Constitution*". Oleh karena John Alder sendiri adalah sarjana Inggris yang menulis tentang Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara dalam konteks Kerajaan Inggris yang dikenal tidak memiliki naskah undang-undang dasar yang tertulis dalam satu naskah yang ter-

²¹⁹ Alder, *Op Cit.*, hal. 22-38.

kodifikasi, maka tentu yang dimaksudkannya itu adalah *the sources of the UK Constitution*.

Dikarenakan tidak memiliki undang-undang dasar yang bersifat tertulis, aturan konstitusi di Inggris hanya dikenal karena memang berhubungan dengan persoalan konstitusional, yaitu hal-hal yang penting mengenai kekuasaan pemerintahan.

Dikatakan oleh Alder:²²⁰

"Even in a written constitution, the sources of constitutional law comprise a mixture of strict law and political principles. The United Kingdom constitution relies heavily on the latter. Its legal sources are the same as the sources of law generally".

Menurut John Alder, sumber-sumber konstitusi tersebut dapat dibedakan dalam 7 (tujuh) macam bentuk yang masing-masing dapat diuraikan lagi secara lebih rinci satu persatu, yaitu:²²¹

- 1) *The basic principle;*
- 2) *General political and moral values;*
- 3) *Strict law (i) The laws enforced through the courts, (ii) The law and custom of Parliament;*
- 4) *Conventions of the Constitution;*
- 5) *Political practices;*
- 6) *The rules of the political parties;*
- 7) *International law.*

Dengan membandingkan versi yang diajukan oleh John Alder dan para sarjana lainnya, maka dapat dikemukakan bahwa demikian banyak versi yang dipakai oleh para sarjana mengenai apa yang diartikan sebagai "sumber hukum" atau *sources of law* itu. Oleh karena itulah, Paton George Whitecross mengemukakan:

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Ibid.*, hal. 23-24.

“The term sources of law has many meanings and its frequent cause of error unless we scrutines carefully the particular meaning given to it in any particular text”.
222

Seperti juga dikatakan oleh van Apeldoorn dalam bukunya *“Inleiding tot de Studie van het Nederlands-recht”*,²²³ kadang-kadang perkataan sumber hukum dimaksud dipakai dalam konteks sejarah, kadang-kadang dalam konteks filsafat, atau kadang-kadang dalam konteks sosial. Jika kita membandingkan konsep sumber hukum yang diartikan oleh John Alder tersebut di atas dengan pengertian yang dipakai dalam ilmu fiqh, jelas sekali bedanya, bahkan dengan pengertian yang lazim kita pergunakan sehari-hari.

Oleh sebab itu, seperti yang dilakukan oleh Utrecht,²²⁴ kita dapat membedakan dua macam pengertian sumber hukum (*sources of law*), yaitu sumber hukum dalam arti formal atau *formele zin* (*source of law in its formal sense*) dan sumber hukum dalam arti substansial, material, atau *in materiele zin* (*source of law in its material sense*). Sumber hukum dalam arti formal ialah tempat formal dalam bentuk tertulis dari mana suatu kaedah hukum diambil, sedangkan sumber hukum dalam arti material adalah tempat dari mana norma itu berasal, baik yang berbentuk tertulis ataupun yang tidak tertulis.

²²² Whitecross, *Textbook of Jurisprudence, op. cit.*, hal. 140. Bandingkan dengan Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*, hal. 44.

²²³ Lihat Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum, Op. Cit.*, hal. 72-75, juga dalam Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*, hal. 45.

²²⁴ E. Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia*, (Jakarta: Ichtisar,), hal. 133-134.

2. Sumber Hukum Tata Negara

Seperti dikemukakan di atas, sumber hukum dapat dibedakan antara yang bersifat formal (*source of law in formal sense*) dan sumber hukum dalam arti material (*source of law in material sense*). Bagi kebanyakan sarjana hukum, biasanya yang lebih diutamakan adalah sumber hukum formal, baru setelah itu sumber hukum material apabila hal itu memang dipandang perlu. Sumber hukum dalam arti formal itu adalah sumber hukum yang dikenali dari bentuk formalnya. Dengan mengutamakan bentuk formalnya itu, maka sumber norma hukum itu haruslah mempunyai bentuk hukum tertentu yang bersifat mengikat secara hukum.

Oleh karena itu, sumber hukum formal itu haruslah mempunyai salah satu bentuk sebagai berikut:

- a. bentuk produk legislasi ataupun produk regulasi tertentu (*regels*);
- b. bentuk perjanjian atau perikatan tertentu yang mengikat antar para pihak (*contract, treaty*);
- c. bentuk putusan hakim tertentu (*vonnis*); atau
- d. bentuk-bentuk keputusan administratif (*beschikking*) tertentu dari pemegang kewenangan administrasi negara.

Sudah tentu, setiap bidang hukum mempunyai sumber-sumber hukumnya sendiri yang berbeda-beda antara satu dengan yang lain. Dalam bidang hukum tata negara (*constitutional law*), dapat dibedakan lagi antara hukum tata negara umum dan hukum tata negara positif. Di samping itu, di masing-masing negara, juga berlaku sistem hukumnya secara sendiri-sendiri yang berbeda-beda pula pengertiannya tentang sumber hukum itu. Belum lagi, jika masing-masing negara itu mempunyai tradisi hukum yang berbeda pula satu dengan yang lainnya, maka tentu sumber hukum yang diakui juga berbeda-beda. Misalnya, sistem *common law* lebih mengu-

tamakan asas *precedent* dan doktrin *judge-made law*, sehingga yurisprudensi peradilan lebih diutamakan, sedangkan dalam sistem *civil law*, peraturan tertulislah yang lebih penting daripada yang lain.

Namun demikian, di seluruh dunia, keempat bentuk formal norma hukum tersebut di atas, yaitu produk-produk yang berbentuk *regeling*, *contract* atau *treaty*, *vonnis*, dan *beschikking* diakui sebagai sumber hukum yang penting. Di samping itu, seperti dikemukakan di atas, ada pula sumber lain yang sifatnya tidak tertulis. Oleh karena itu, dalam berbagai bidang hukum, selain keempat bentuk formal tertulis, dikenal pula adanya bentuk-bentuk lain yang bersifat tidak tertulis.

Khusus dalam bidang ilmu hukum tata negara pada umumnya (*verfassungsrechtslehre*), yang biasa diakui sebagai sumber hukum adalah:

- 1) Undang-Undang Dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis;
- 2) Yurisprudensi peradilan;
- 3) Konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*;
- 4) Hukum Internasional tertentu; dan
- 5) Doktrin ilmu hukum tata negara tertentu.

Dalam kelima sumber hukum tata negara tersebut, tercakup pula pengertian-pengertian yang berkenaan dengan (i) nilai-nilai dan norma hukum yang hidup sebagai konstitusi yang tidak tertulis, (ii) kebiasaan-kebiasaan yang bersifat normatif tertentu yang diakui baik dalam lalu lintas hukum yang lazim, dan (iii) doktrin-doktrin ilmu pengetahuan hukum yang telah diakui sebagai *ius comminis opinio doctorum* di kalangan para ahli yang mempunyai otoritas yang diakui umum. Dalam setiap sistem hukum, ketiga hal ini biasa juga dianggap sebagai sumber hukum yang dapat dijadikan referensi atau rujukan dalam membuat keputusan hukum.

Dalam bukunya "*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*", Albert Venn Dicey menyatakan bahwa:

"*The rules which make up constitutional law, as the term is used in England, include two sets of principles or maxims of a totally distinct character*".²²⁵

Pertama, dalam pengertiannya yang bersifat *strict* adalah hukum atau *laws* yang diterapkan oleh pengadilan. Peraturan dalam kategori pertama ini, menurut Dicey, mencakup juga semua norma jenis *rules*, yang tertulis atau tidak tertulis (*written or unwritten*), yang ditetapkan dengan undang-undang atau sebagai peraturan tertulis (*enacted by statute*) atau hanya lahir dari adat istiadat yang umum, tradisi, atau prinsip-prinsip yang diciptakan oleh hakim (*derived from the mass of custom, tradition, or judge-made maxims*) yang dikenal sebagai *the common laws*.

Semua jenis peraturan dalam kategori pertama ini, sepanjang dapat ditegakkan oleh pengadilan dapat disebut atau tercakup dalam pengertian *constitutional law*. Kriteria yang dipakai oleh Dicey di sini adalah dapat-tidaknya norma hukum yang bersangkutan diterapkan oleh hakim di pengadilan. Untuk menegaskan perbedaan bentuk-bentuk hukum tertulis yang mengandung norma hukum konstitusi tersebut dengan bentuk norma hukum konstitusi yang lain, maka hal itu disebut oleh Dicey secara keseluruhannya sebagai *the law of the constitution* yang dibedakannya dari pengertian *the conventions of the constitution*.

Constitutional rules dalam pengertian yang terakhir, menurut Dicey, terdiri atas:

²²⁵ Lihat A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th edition, Oxford University Press, 1965, hal. 23-24.

*“conventions, understandings, habits, or practices which, though they may regulate the conduct of the several members of the sovereign power, of the Ministry, or of other officials, are not in reality laws at all since they are not enforced by the courts. This portion of constitutional law may, for the sake of distinction, be termed the ‘conventions of the constitution’, or constitutional morality.”*²²⁶

Oleh karena itu, dalam pandangan A.V. Dicey, perkataan *constitutional law* mencakup dua unsur pengertian, yaitu (i) *the law of the constitution*, dan (ii) *the conventions of the constitution*. *The law of the constitution* merupakan *a body of undoubted law*, sedangkan *the conventions of the constitution* terdiri atas *maxims* atau praktik-praktik yang meskipun bersifat mengatur para subjek hukum tata negara yang biasa menurut undang-undang dasar, bukanlah merupakan hukum dalam arti yang sebenarnya.²²⁷

Bagi A.V. Dicey, meskipun keduanya sama-sama merupakan *constitutional rules* dan sama-sama dapat disebut *constitutional law* dalam arti luas, tetapi *the convention of the constitution* itu lebih merupakan *constitutional morality* daripada *the law of the constitution*. Oleh karena itu, menurut A.V. Dicey, sumber hukum tata negara Inggris terdiri pula atas beberapa sumber yang dapat dikelompokkan dalam dua golongan, yaitu:

- 1) *The Law of the Constitution*, mencakup:
 - a) Dokumen-dokumen sejarah (*historic documents*), seperti *Magna Charta* Tahun 1215 yang biasa disebut juga dengan *The Great Charter of 1215*, *Petition of Right*, atau *Bill of Rights* (1689);

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Lihat juga Michael Allen and Brian Thompson, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, 7th edition, (Oxford University Press, 2003), hal. 239.

- b) Undang-undang yang ditetapkan oleh parlemen (*legislative acts, parliamentary statutes*);
 - c) *Judicial decisions* (putusan-putusan pengadilan) terdahulu;
 - d) *Principles and rules of common law*, yaitu prinsip-prinsip yang sudah diterima sebagai hukum, meskipun tidak dituangkan dalam bentuk undang-undang atau peraturan tertulis tertentu, tetapi kebanyakan dikuatkan oleh putusan pengadilan.
- 2) *The Conventions of the Constitution*, yang mencakup:
- a) Kebiasaan-kebiasaan (*habits*);
 - b) Tradisi-tradisi (*traditions*);
 - c) Adat istiadat (*customs*);
 - d) Praktik-praktik (*practices and usages*).

Dalam pandangan John Alder, rincian sumber-sumber hukum tata negara Inggris, meliputi 7 (tujuh) hal, yaitu (i) Prinsip dasar (*The Basic Principle*); (ii) Nilai-nilai moral dan politik (*General political and moral values*); (iii) Hukum yang mutlak (*Strict law*) yang menurutnya meliputi (a) hukum yang ditegakkan atau diputuskan oleh pengadilan (*The laws enforced through the courts*), dan (b) hukum yang ditetapkan oleh parlemen dan kebiasaan parlemen (*The law and custom of Parliament*); (iv) Konvensi atau kebiasaan ketatanegaraan (*Conventions of the Constitution*); (v) Praktik-praktik, termasuk yang terjadi dalam praktik penyelenggaraan kegiatan politik ketatanegaraan (*Political practices*); (vi) Tata aturan partai politik (*The rules of the political parties*); dan (vii) Hukum internasional (*International law*).

Dalam hal ini, yang dimaksud dengan prinsip dasar, nilai-nilai moral dan politik, dan bahkan kebiasaan ketatanegaraan, semuanya bersifat tidak tertulis. Tetapi mengapa dapat disebut sebagai sumber hukum oleh John Alder? Baginya, prinsip dasar yang diakui umum

sejak dulu sampai sekarang, misalnya, *What parliament says is law*,²²⁸ adalah prinsip dasar yang melandasi cara berpikir hukum tata negara Inggris, meskipun hal tersebut tidak tertulis. Akan tetapi, justru prinsip-prinsip dasar semacam itulah yang melandasi suatu konstitusi, termasuk konstitusi yang tertulis sekalipun. Betapapun juga, prinsip-prinsip dasar itulah yang mengekspresikan asumsi-asumsi politik yang paling dasar yang beroperasi dalam setiap negara (*the basic principle expresses the most fundamental political assumptions operating in a particular country*).²²⁹ Bahkan secara lebih mendasar lagi, apa yang disebutnya sebagai *basic principle* ini sebenarnya mirip dengan apa yang disebut oleh Hans Kelsen dengan *gerund norms* (norma dasar) atau yang oleh Hans Nawiasky disebut *staatsfundamentalnorn*.

Oleh John Alder, nilai-nilai moral dan politik juga dikelompokkan tersendiri:

*"In a wider sense certain general political and moral values pervade any constitution, and find expression in the formal rules of the constitution. They are both political and legal because they should pervade the entire system of government".*²³⁰

Meskipun hal ini dapat dibenarkan, tetapi mengelompokkannya menjadi satu bentuk sumber hukum yang tersendiri, saya kira sudah sangat berlebihan. Oleh sebab itu, baik nilai-nilai moral dan politik, maupun apa yang disebut John Alder sebagai *basic principles* haruslah dilihat sebagai satu kesatuan pengertian mengenai nilai-nilai dan norma yang hidup sebagai *constitutional rules* yang dianggap baik, dan oleh karena itu dapat diakui termasuk ke dalam pengertian konstitusi yang tidak tertulis.

²²⁸ Alder, *Op. Cit.*, hal. 24.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ *Ibid.*

Demikian pula mengenai kebiasaan-kebiasaan ketatanegaraan, banyak sekali hal-hal yang sudah dianggap kelaziman konstitusional yang tidak dipersoalkan orang lagi apakah ia tertulis atau tidak. Kebiasaan-kebiasaan itulah yang dikenal dengan istilah konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*. Menurut Dicey dalam bukunya "*An Introduction to Study of the Law of the Constitution*", banyak prinsip-prinsip penting hukum konstitusi yang mengambil bentuk konvensi ketatanegaraan. Prinsip-prinsip dimaksud termasuk konvensi, kebiasaan, dan praktik-praktik yang meskipun bersifat mengatur, tetapi sama sekali bukan hukum, karena tidak ditetapkan oleh parlemen ataupun oleh pengadilan.

Di dalam praktik ketatanegaraan di Inggris, sebagian besar konvensi ketatanegaraan mengatur hubungan antar cabang-cabang kekuasaan pemerintahan pusat (*central government*), khususnya mengenai (i) *the relationship between the monarch, ministers, and parliament*, (ii) *the relationship between ministers among themselves*, and (iii) *the relationship between ministers and civil servants*.²³¹ Kadang-kadang konvensi berfungsi sebagai *devices for adjusting the strict law to meet the changing demands of politics*. Dengan begitu, ia berfungsi melicinkan jalan sehingga norma hukum dapat dijalankan dengan kelenturan yang diperlukan dalam praktik. Oleh karena itu, dapat ditemukan banyak contoh konvensi ketatanegaraan dalam praktik di Inggris. Misalnya, peraturan menentukan bahwa "*The Queen's assent is required for a valid Act of Parliament*", tetapi dalam praktik hal itu berubah menjadi *The Queen must always assent to a bill*. Peraturan menentukan "*Parliament must meet at least every three years*" berubah karena konvensi menjadi *Parliament must meet annually*.²³²

²³¹ *Ibid.*, hal. 26-27.

²³² *Ibid.* hal. 27-28.

Selain itu, dalam ilmu hukum, pendapat para ahli yang dikenal luas dan diakui memiliki otoritas di bidangnya, lazimnya diterima juga sebagai sumber hukum yang disebut dengan doktrin dalam ilmu hukum. Dalam sistem hukum *fiqh*, misalnya, dikenal juga pendapat mazhab-mazhab yang diakui mengikat dan dijadikan referensi oleh hakim dalam memutus sesuatu perkara. Inilah yang saya namakan sebagai *the professor's law*,²³³ yaitu dijadikan hukum karena pendapat ilmuwan hukum yang diakui mengikat. Sebenarnya, inilah yang dinamakan sebagai doktrin dalam ilmu hukum, yaitu pendapat ahli yang sudah diakui oleh para ahli lainnya sehingga terbentuk suatu pendapat yang diakui oleh umum (*public opinion*) atau dalam istilah latinnya sudah menjadi *communis opinio doctorum*. Dalam ilmu hukum, pendapat semacam itu juga diakui sebagai sumber hukum yang mengikat.

Dengan perkataan lain, kita dapat juga mengajukan jumlah sumber hukum itu dalam 7 (tujuh) bentuk. Namun ketujuh sumber hukum yang kita maksudkan itu berbeda dari 7 (tujuh) sumber hukum menurut John Alder yang telah dikemukakan di atas. Alder menyebut adanya unsur-unsur yang dinamakannya sebagai *basic principle, general political and moral values*, dan *polical practices* sebagai sumber hukum tata negara Inggris. Bahkan, *the rules of the policial parties* juga dimasukkannya dalam daftar sumber hukum.

Terlebih lagi, *custom of the parliament* juga ia kategorikan sebagai *strict law* yang sejajar dengan hukum tertulis serta putusan pengadilan. Prinsip-prinsip dasar yang tidak tertulis serta nilai-nilai moral dan politik yang dianggap ideal juga termasuk ke dalam pengertian konstitusi yang tidak tertulis, karenanya sudah seharusnya

²³³ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, (Jakarta: MKRI-PSHTN, 2004).

pula dijadikan sebagai sumber hukum yang tidak tertulis. Inilah sebenarnya yang disebut sebagai *the living constitutional values* di tengah-tengah kehidupan kolektif warga negara.

Oleh sebab itu, 7 (tujuh) macam sumber hukum tatanegara yang kita maksudkan itu adalah:

- (i) Nilai-nilai konstitusi yang tidak tertulis;
- (ii) Undang-undang dasar, baik pembukaannya maupun pasal-pasalny;
- (iii) Peraturan perundang-undangan tertulis;
- (iv) Yurisprudensi peradilan;
- (v) Konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions*;
- (vi) Doktrin ilmu hukum yang telah menjadi *ius communis opinio doctorum*;
- (vii) Hukum Internasional yang telah diratifikasi atau telah berlaku sebagai hukum kebiasaan Internasional.²³⁴

Ketujuh macam sumber hukum tata negara itu, dapat diuraikan sebagai berikut.

1) Konstitusi yang Tidak Tertulis

Konstitusi ada yang tertulis dan ada yang tidak tertulis. Konstitusi yang tertulis disebut undang-undang dasar, *grondwet* (Belanda), *grundgezets* (Jerman), atau *droit constitutionnel* (Perancis). Sedangkan yang tidak tertulis tetap disebut sebagai konstitusi yang tidak tertulis (*onschreven constitutie, unwritten constitution*) yang

²³⁴ Khusus mengenai *International Law* ini, diakui juga menjadi bagian dari sistem hukum nasional Inggris, tetapi harus melalui ratifikasi terlebih dahulu sebelum menjadi hukum nasional dengan *Acts of Parliament*. Menurut Alder, secara formal, hukum internasional baru mengikat setelah diratifikasi menjadi hukum nasional, akan tetapi *International Customary Law* berdasarkan jurisprudensi kasus *Maclaine-Watson vs DoT* (1988) dianggap langsung mengikat secara hukum. Lihat John Alder, *Ibid.*, hal. 24.

juga termasuk pengertian *gerund-norms* atau norma dasar atau hukum dasar (*basic principles*). Dalam uraian John Alder di atas, antara *the basic principle* dan *general political and moral values* dibedakan satu sama lain. Namun keduanya berada dalam dunia yang sama, yaitu dunia nilai-nilai dan norma yang tidak tertulis dan berisi prinsip-prinsip yang diidealkan dalam peri kehidupan bernegara. Prinsip-prinsip yang diidealkan itu dapat berupa sesuatu yang diidealkan secara kognitif (*collective minds*), dan dapat pula dianggap ideal karena memang tercermin dalam pola perilaku nyata (*actual behavioral realities*) dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara.

Dengan demikian, kita dapat membedakan antara (i) pengertian-pengertian norma konstitusi dalam teks (*textually written constitutional rules*), (ii) norma konstitusi dalam pikiran warga negara (*cognitively perceived constitutional rules*), dan (iii) norma konstitusi dalam perilaku nyata segenap warga negara (*actually working constitutional rules*). Apa yang dimaksudkan dengan nilai konstitusi yang tidak tertulis itu adalah yang kedua dan yang ketiga, yaitu nilai-nilai dan norma hukum tata negara yang dianggap ideal tetapi tidak tertulis, juga harus diterima sebagai norma konstitusi yang mengikat dalam penyelenggaraan kegiatan bernegara. Nilai-nilai dan norma yang dimaksud dapat berupa pikiran-pikiran kolektif dan dapat pula berupa kenyataan-kenyataan perilaku yang hidup dalam masyarakat negara yang bersangkutan. Oleh sebab itu, *constitutional rules* di setiap negara berbeda-beda satu dengan yang lain. Meskipun pola konstitusi tertulisnya sama, tetapi karena komunitas kehidupan warganya berbeda, maka tentu *constitutional rules* yang menjadi sumber hukum dalam membuat keputusan-keputusan kenegaraan harus berbeda satu dengan yang lain.

Di pihak lain, dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara, ketiga norma konstitusi itu sendiri kadang-kadang berjarak antara satu sama lain. Apa yang ditulis di dalam teks konstitusi dengan apa yang menjadi pikiran kolektif warga negara boleh jadi tidak beresuaian satu sama lain. Demikian pula apa yang ditulis di dalam teks dengan apa yang nyatanya dilakukan dalam praktik penyelenggaraan kegiatan bernegara. Begitupun, ada juga yang dipikirkan dengan apa yang dikerjakan kadang-kadang juga tidak cocok satu dengan yang lain. Keadaan ini tentu tidak ideal. Sebab, antara norma ideal (*ideal norms*) dengan tindakan yang dilakukan dalam kenyataan (*actual behaviors*) tidak sama. Untuk mengatasi persoalan jurang atau *gap* dan diskrepansi antar ketiga norma aturan konstitusional dengan kenyataan (*the actual realities*) itulah diperlukan pendidikan kewarganegaraan (*civic education*), pendidikan politik, serta komunikasi politik yang mencerahkan.

Undang-undang dasar yang berisi norma-norma ideal haruslah menjadi *living constitution* atau konstitusi yang hidup dan dekat dengan segenap warga negara. Setiap warga negara haruslah merasa akrab dengan undang-undang dasar dan merasa dilindungi hak-haknya sebagai warga negara oleh undang-undang dasar, serta menjadikannya sebagai pegangan dan referensi tertinggi dalam setiap urusan kenegaraan. Sebagai satu kesatuan sistem rujukan ketatanegaraan, undang-undang dasar juga dipercaya sebagai alat pemersatu bangsa dalam kegiatan bernegara. Oleh karena itu, adalah tugas para guru dan para pemimpin, baik formal maupun informal, untuk membangun keteladanan serta mentransformasikan nilai-nilai dan pengetahuan ketatanegaraan menjadi bagian dari kesadaran kognitif dan kenyataan perilaku segenap warga negara. Tanggung jawab pendidikan (*civic education*) semacam ini sudah seharusnya diemban oleh semua guru, semua pemimpin, semua insti-

tusi kenegaraan dan pemerintahan, serta semua pejabat publik dalam sistem kenegaraan dimana saja mereka berada dan bekerja.

2) Undang-Undang Dasar sebagai Konstitusi Tertulis

Undang-Undang Dasar merupakan naskah konstitusi yang tertulis dalam satu kodifikasi (*written constitution, schreven constitutie*). Republik Indonesia pernah mempunyai beberapa versi naskah yang berbeda, yaitu: (i) UUD 1945 periode 1: 1945-1949, (ii) Konstitusi RIS Tahun 1949, (iii) UUDS Tahun 1950, (iv) UUD 1945 periode 2: tahun 1959-1999, (v) UUD 1945 periode 3: tahun 1999-2000, (vi) UUD 1945 periode 4: tahun 2000-2001, (vii) UUD 1945 periode 5: tahun 2001-2002, dan (viii) UUD 1945 periode 6: tahun 2002 sampai dengan sekarang.

Naskah UUD 1945 dalam kedelapan periode itu berbeda-beda satu dengan yang lain dikarenakan terjadinya perubahan-perubahan. Naskah yang terakhir setelah Perubahan Keempat tahun 2002 diberi nama resmi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Dalam naskah terakhir ini, versi resminya adalah naskah yang terdiri atas 5 (lima) dokumen, yaitu (i) naskah UUD 1945 versi Dekrit Presiden 5 Juli 1959, ditambah 4 (empat) naskah lampiran, yaitu (ii) naskah Perubahan Pertama UUD 1945 tahun 1999, (iii) naskah Perubahan Kedua UUD 1945 tahun 2000, (iv) naskah Perubahan Ketiga UUD 1945 tahun 2001, dan (v) naskah Perubahan Keempat UUD 1945 tahun 2002. Perbedaan-perbedaan antar naskah itu dapat digambarkan sebagai berikut:

(i) Periode 1 (1945–1959): berisi naskah asli UUD 1945 tanpa disertai dengan penjelasan resmi, karena pada awalnya status penjelasan ini hanya merupakan

- “Penjelasan Tentang UUD 1945”, bukan dimaksudkan sebagai “Penjelasan UUD 1945”;²³⁵
- (ii) Periode 2 (1959-1999): berisi naskah UUD 1945 ditambah Penjelasan UUD 1945;²³⁶
- (iii) Periode 3 (1999-2000): berisi naskah UUD 1945 versi tahun 1959 ditambah Perubahan Pertama tahun 1999;²³⁷
- (iv) Periode 4 (2000-2001): berisi naskah UUD 1945 versi tahun 1959 ditambah Perubahan Pertama tahun 1999 dan Perubahan Kedua tahun 2000;²³⁸

²³⁵ Berita Repoeblik Indonesia Tahun II No. 7, 15 Februari 1946. Dalam Berita Repoeblik Indonesia ini, Penjelasan UUD 1945 tercantum dalam halaman yang terpisah dari naskah UUD 1945, karena memang dimaksudkan sekedar sebagai Penjelasan Tidak Resmi tentang UUD 1945 itu. Bahkan judulnya pada bagian terpisah dari naskah UUD 1945 ditulis “*Pendjelasan Tentang Oendang-Oendang Dasar Negara Indonesia*” dengan catatan dari redaksi: “*Oentoek memberikan kesempatan lebih loeas lagi kepada oemoem mengenali isi Oendang-Oendang Dasar Pemerintah jang seoetoehnja, di bawah ini kita sadjikan pendjelasan selengkapnja*”. Tetapi setelah keluarnya Dekrit Presiden 5 Juli 1959, naskah Penjelasan yang terpisah itu dijadikan bagian yang tidak terpisahkan dengan naskah UUD 1945, sehingga selanjutnya dipakai sebagai penjelasan yang bersifat resmi dan dianggap mengikat secara hukum.

²³⁶ Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959 ini sangat terkenal, karena salah satu isinya yaitu menetapkan kembali berlakunya UUD 1945 setelah sebelumnya tidak lagi diberlakukan secara nasional dengan terbentuknya Republik Indonesia Serikat pada tahun 1949. Di masa RIS, diberlakukan Konstitusi RIS Tahun 1949, dan kemudian setelah bentuk negara kita kembali ke negara kesatuan diberlakukanlah UUDS Tahun 1950, sambil mempersiapkan undang-undang dasar baru. Untuk itu, sesuai hasil Pemilu 1955, dibentuklah Konstituante dengan tugas menyusun naskah UUD baru itu. Oleh karena Konstituante tidak berhasil menyelesaikan tugasnya, Presiden mengeluarkan Dekrit kembali ke UUD 1945 sejak tanggal 5 Juli 1959.

²³⁷ Perubahan Pertama ditetapkan pada tanggal 19 Oktober 1999. Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 1999).

²³⁸ Perubahan Kedua ditetapkan pada tanggal 18 Agustus 2000. Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar*

- (v) Periode 5 (2001-2002): berisi naskah UUD 1945 versi tahun 1959 ditambah Perubahan Pertama tahun 1999, Perubahan Kedua tahun 2000, dan Perubahan Ketiga tahun 2001;²³⁹
- (vi) Periode 6 (2002 s.d. sekarang): berisi naskah UUD 1945 versi tahun 1959 ditambah Perubahan Pertama tahun 1999, Perubahan Kedua tahun 2000, Perubahan Ketiga tahun 2001, dan Perubahan Keempat tahun 2002.²⁴⁰

Susunan naskah yang terakhir inilah yang dapat dikatakan naskah resmi sejak Perubahan Keempat tahun 2002, yaitu terdiri atas 5 (lima) berkas yaitu (i) naskah UUD 1945 versi Dekrit Presiden 5 Juli 1949,²⁴¹ (ii) naskah Perubahan Pertama UUD 1945, (iii) naskah Perubahan Kedua UUD 1945, (iv) naskah Perubahan Ketiga UUD 1945, dan (v) naskah Perubahan Keempat UUD 1945. Kelima naskah ini dicetak dalam bentuk konsolidasi oleh Sekretariat Jenderal MPR, di mana setiap pasal baru diberi catatan kaki dengan kode bintang (*), (**), (***) , atau (****) sesuai dengan nomor Perubahan UUD 1945-nya. Cara penulisan dan menerbitkan atau membukukannya jadi satu kesatuan yang terkonsolidasi

Negara Republik Indonesia Tahun 1945, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2000).

²³⁹ Perubahan Ketiga ditetapkan pada tanggal 19 November 2001. Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2001).

²⁴⁰ Perubahan Keempat ditetapkan pada tanggal 10 Agustus 2002. Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR RI, 2002).

²⁴¹ Dekrit Presiden beserta lampirannya berupa UUD 1945 diundangkan dalam Lembaran Negara Republik Indonesia No. 75 Tahun 1959. Lihat Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, (Bandung: Alumni, 1992), hal. 52-53.

seperti ini, dapat dikatakan merupakan cara penerbitan naskah yang tidak resmi. Penerbitan demikian dilakukan semata-mata untuk maksud memudahkan pembacanya sesuai usulan yang saya sendiri berkali-kali sarankan agar naskah Undang-Undang Dasar 1945 yang telah empat kali diubah itu dikonsolidasikan menjadi satu kesatuan naskah.

Dalam buku Konsolidasi Naskah UUD 1945 yang saya susun dan saya terbitkan sebelum Sekretariat Jenderal MPR-RI menerbitkan versi naskah konsolidasi itu, saya sendiri pun sudah menyinggung pentingnya upaya menyatukan naskah UUD 1945 yang telah empat kali mengalami perubahan itu.²⁴² Oleh sebab itulah saya menerbitkan buku Konsolidasi Naskah UUD 1945 tersebut disertai “footnotes” di setiap rumusan pasal dan ayat sebagai keterangan yang berisi komentar dan pendapat saya mengenai setiap butir ketentuan UUD 1945 pasca Perubahan itu. Saya sendiri berpendapat bahwa Komisi Konstitusi²⁴³ yang dibentuk pada tahun 2003, semestinya dimaksudkan untuk dapat menyelesaikan tugas konsolidasi yang demikian itu. Sayangnya, Komisi Konstitusi malah bekerja melampaui mandatnya sendiri,²⁴⁴ sehingga hasil kerjanya diabaikan sama sekali oleh MPR. Akibatnya, aspirasi dan kebutuhan untuk mengadakan konsolidasi naskah UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 itu tidak berhasil dicapai.

Namun sebagai gantinya, Badan Pekerja MPR sendiri berhasil menjadikan lima naskah terpisah itu menja-

²⁴² Lihat *Konsolidasi Naskah Undang-Undang Dasar 1945 Setelah Perubahan Keempat*, edisi ke-1 oleh PSHTN-FHUI, Jakarta, 2002, dan Edisi ke-2 oleh Watampone Press, 2003.

²⁴³ Komisi Konstitusi ini dibentuk berdasarkan Ketetapan MPR Nomor I/MPR/2002 Tahun 2002 dan Putusan Rapat Paripurna ke-6 (lanjutan) bertanggal 11 Agustus 2002 Sidang Tahunan MPR-RI Tahun 2002.

²⁴⁴ Lihat dalam laporan Komisi Konstitusi, Sekretariat Jenderal MPR-RI, 2003.

di satu kesatuan yang diterbitkan menjadi naskah tersendiri dengan mencontoh apa yang saya kerjakan sebelumnya. Namun, naskah konsolidasi itu harus dianggap bersifat tidak resmi, karena penyatuannya menjadi satu naskah itu bukan dilakukan secara resmi oleh sidang MPR, melainkan hanya oleh kesepakatan intern tim kerja Panitia Ad Hoc 1 Badan Pekerja MPR. Tim itulah yang meminta Sekretariat Jenderal MPR untuk menerbitkan naskah konsolidasi itu dalam satu rangkaian dengan naskah UUD 1945 selengkapya. Maksudnya tiada lain adalah untuk memudahkan para pembaca untuk mempelajari isi Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 secara utuh dan menyeluruh.

3) Peraturan Perundang-undangan Tertulis

Kelima sumber hukum, sebagaimana telah diuraikan sebelumnya secara ringkas, secara umum diakui baik di dunia teori maupun praktik di berbagai negara konstitusional (*constitutional states*). Namun, di setiap negara dalam arti hukum tata negara positif, pengaturan rincinya tentu berbeda-beda satu sama lain, terutama berkenaan dengan peraturan perundang-undangan yang bersifat tertulis sebagai sumber hukum pertama dan utama. Dalam sistem hukum Indonesia pun dari waktu ke waktu terjadi perubahan demi perubahan. Terakhir, sebelum diadakan perubahan atas Undang-Undang Dasar 1945, ketentuan mengenai sumber tertib hukum itu diatur dalam Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia yang kemudian diubah dengan Ketetapan MPR No. III/MPR/2000.²⁴⁵

²⁴⁵ Sebelumnya, Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia ini pernah ditinjau ulang,

Sesudah Perubahan UUD 1945, maka pada tahun 2004 telah diundangkan Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan²⁴⁶ yang kemudian menjadi sumber rujukan dalam rangka pembentukan peraturan perundang-undangan. Sumber-sumber hukum yang pertama inilah yang disebut di atas sebagai sumber hukum formal, yaitu naskah undang-undang dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis lainnya.

Pada umumnya, hukum tertulis itu merupakan produk legislasi oleh parlemen atau produk regulasi oleh pemegang kekuasaan regulasi yang biasanya berada di tangan pemerintah atau badan-badan yang mendapat delegasi kewenangan regulasi lainnya. Oleh karena itu, bentuknya dapat berupa *legislative acts* seperti Undang-Undang atau *executive acts* seperti Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, atau Peraturan Bank Indonesia, Peraturan KPU, KPPU, KPI, dan sebagainya. Demikian pula lembaga-lembaga pelaksana undang-undang lainnya biasa diberi pula kewenangan untuk menetapkan sendiri peraturan-peraturan yang bersifat internal seperti Mahkamah Agung menetapkan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA),²⁴⁷ Mahkamah Konstitusi menetapkan Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK),²⁴⁸ Badan Pemeriksa Keuangan juga demikian, dan lain-lain sebagainya.

Namun, peraturan-peraturan yang termasuk pengertian *executive acts* tersebut, tidak disebut secara

tetapi pada akhirnya dinyatakan tetap berlaku oleh Ketetapan MPR No.V/MPR/1973.

²⁴⁶ Indonesia, *Undang-undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 10 Tahun 2004, LN Tahun 2004 No. 53, TLN No. 4389.

²⁴⁷ Lihat Pasal 79 UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung *jo.* UU No. 5 Tahun 2004 tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah Agung.

²⁴⁸ Lihat Pasal 86 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

husus dalam Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004. Menurut ketentuan Pasal 7 ayat (1) Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan Republik Indonesia hanya terdiri atas:

- i) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- ii) Undang-undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang;
- iii) Peraturan Pemerintah;
- iv) Peraturan Presiden;
- v) Peraturan Daerah.

Peraturan Daerah (Perda), sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (2) UU No. 10 Tahun 2004 dan sebagainya, meliputi:

- a) Peraturan Daerah provinsi dibuat oleh dewan perwakilan rakyat daerah provinsi bersama dengan gubernur;
- b) Peraturan Daerah kabupaten/kota dibuat oleh dewan perwakilan rakyat daerah kabupaten/ kota bersama bupati/walikota;
- c) Peraturan Desa/peraturan yang setingkat, dibuat oleh badan perwakilan desa atau nama lainnya bersama dengan kepala desa atau nama lainnya.

Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara pembuatan Peraturan Desa/peraturan yang setingkat, menurut Pasal 7 ayat (3), diatur dengan Peraturan Daerah kabupaten/kota yang bersangkutan. Selanjutnya, dalam Pasal 7 ayat (4) dinyatakan bahwa jenis peraturan perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Sebab, seperti ditentukan dalam ayat (5)-nya, kekuatan hukum pera-

turan perundang-undangan adalah sesuai dengan *hierarki* sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tersebut.

4) Yurisprudensi Peradilan

Sumber berikutnya adalah yurisprudensi. Dalam sistem *common law*, putusan pengadilan inilah yang justru lebih utama sesuai dengan asas *precedent*. Akan tetapi dalam tradisi *civil law*, putusan pengadilan tidak dianggap paling utama, meskipun tetap dijadikan sebagai salah satu sumber hukum. Tidak semua putusan pengadilan dapat dijadikan referensi yang mengikat. Untuk dapat mengikat sebagai sumber hukum, putusan pengadilan harus lebih dulu memenuhi syarat sehingga diakui sebagai yurisprudensi yang harus pula dibedakan dari istilah yang sama yang biasa ditemukan dalam literatur *common law*.

Di Inggris, Amerika, Kanada, dan Australia, istilah *jurisprudence* berarti ilmu hukum. Sebab sejak semula, hukum dalam tradisi Anglo Saxonia memang tumbuh dari putusan-putusan pengadilan. Ilmu hukum dikembangkan dengan cara mempelajari kasus-kasus dan putusan pengadilan. Oleh karena itu, lama kelamaan, istilah *jurisprudence* di Inggris dan negara-negara berbahasa Inggris lainnya yang dipengaruhi oleh sistem hukum Anglo Saxon, berkembang dalam pengertian ilmu hukum.

Dalam sistem kontinental seperti di Jerman, Perancis, dan Belanda, putusan pengadilan dianggap sebagai salah satu saja dari norma hukum yang dipelajari dan dijadikan sumber hukum. Untuk itu, istilah *jurisprudentie* di Belanda menunjuk kepada pengertian putusan pengadilan yang bersifat tetap yang kemudian dijadikan referensi bagi hakim lain dalam memeriksa perkara serupa di kemudian hari. Pengertian inilah yang diadopsi ke dalam sistem hukum Indonesia.

Seperti dikemukakan di atas, tidak semua putusan pengadilan dapat menjadi atau dianggap sebagai yurisprudensi. Dalam sistem hukum Indonesia, dipersyaratkan bahwa putusan pengadilan itu (i) harus sudah merupakan putusan yang berkekuatan hukum tetap (*inkracht van gewijs*), (ii) dinilai baik dalam arti memang menghasilkan keadilan bagi pihak-pihak bersangkutan, (iii) putusan yang harus sudah berulang beberapa kali atau dilakukan dengan pola yang sama di beberapa tempat terpisah, (iv) norma yang terkandung di dalamnya memang tidak terdapat dalam peraturan tertulis yang berlaku, atau kalaupun ada tidak begitu jelas, dan (v) putusan itu dinilai telah memenuhi syarat sebagai yurisprudensi dan direkomendasikan oleh tim eksaminasi atau tim penilai tersendiri yang dibentuk oleh Mahkamah Agung atau Mahkamah Konstitusi untuk menjadi yurisprudensi yang bersifat tetap.

Untuk diakui sebagai yurisprudensi yang bersifat tetap, putusan pengadilan harus memenuhi kelima persyaratan tersebut secara kumulatif.²⁴⁹ Namun demikian, sekali putusan pengadilan itu benar-benar telah dianggap sebagai yurisprudensi, maka bagi para hakim di pengadilan, statusnya dianggap sebagai salah satu sumber hukum yang mengikat seperti halnya undang-undang.

5) Konvensi Ketatanegaraan

Sumber selanjutnya adalah konvensi ketatanegaraan atau *constitutional conventions* atau kadang-kadang disebut juga *conventions of the constitution*.²⁵⁰ Konvensi

²⁴⁹ Bandingkan dengan Ahmad Kamil dan M. Fauzan, *Kaidah-Kaidah Yurisprudensi*, (Jakarta: Prenada Media, 2004), hal.11-12. Baca juga *Yurisprudensi dalam Perspektif Pembangunan Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: Mahkamah Agung, 1995).

²⁵⁰ Hal tersebut misalnya dikemukakan oleh A.V. Dicey dan kemudian diikuti oleh banyak sarjana Inggris lainnya, seperti misalnya John Alder yang menyebutnya dengan istilah *conventions of the constitution*.

tidak identik dengan kebiasaan. Dengan demikian, konvensi ketatanegaraan juga tidak identik dengan kebiasaan ketatanegaraan. Kebiasaan menuntut adanya peraturan yang teratur, sedangkan konvensi tidak selalu harus didasarkan atas perulangan. Konvensi ketatanegaraan (*the conventions of the constitution*) dapat berbentuk kebiasaan, dapat pula berbentuk praktik-praktik (*practices*) ataupun *constitutional usages*. Terhadap hal ini, yang penting adalah bahwa kebiasaan, kelaziman, dan praktik yang harus dilakukan dalam proses penyelenggaraan negara, meskipun tidak tertulis, dianggap baik dan berguna dalam penyelenggaraan negara menurut undang-undang dasar. Oleh karena itu, meskipun tidak didasarkan atas ketentuan konstitusi tertulis, hal itu tetap dinilai penting secara konstitusional (*constitutionally meaningful*).

Oleh sebab itu, konvensi ketatanegaraan atau kebiasaan ketatanegaraan semacam itu dianggap harus ditaati sebagai konstitusi juga, yaitu sebagai konstitusi yang tidak tertulis. Tentu, konvensi atau kebiasaan itu sendiri dapat saja diubah. Cara mengubahnya tidak sesulit jika dibandingkan dengan konstitusi yang tertulis. Konvensi ketatanegaraan ataupun kebiasaan ketatanegaraan dapat saja diubah dengan melakukan penyimpanan yang dianggap perlu sebagai konvensi baru yang untuk selanjutnya, setelah dilakukan berulang-ulang, menjadi kebiasaan yang baru pula.

Seperti diuraikan di atas, dalam praktik ketatanegaraan Inggris, sebagian besar konvensi ketatanegaraan mengatur hubungan antar cabang-cabang kekuasaan pemerintahan pusat (*central government*), khususnya mengatur (i) *the relationship between the monarch, ministers, and parliament*, (ii) *the relationship between ministers among themselves*, and (iii) *the relationship bet-*

*ween ministers and civil servants.*²⁵¹ Kadang-kadang konvensi berfungsi sebagai *devices for adjusting the strict law to meet the changing demands of politics*. Dengan begitu, kebiasaan-kebiasaan ketatanegaraan itu berfungsi melancarkan jalan sehingga norma hukum dapat dijalankan dengan mulus dalam praktik.

Dalam pengalaman di Inggris, seperti contoh yang telah diuraikan sebelumnya, peraturan tertulis tegas menentukan bahwa "*The Queen's assent is required for a valid Act of Parliament*". Dalam praktik hal itu berubah dan akhirnya berkembang sebagai konvensi yaitu bahwa *The Queen must always assent to a bill*. Peraturan tertulis juga menentukan "*Parliament must meet at least every three years*", tetapi kemudian berubah karena konvensi menjadi *Parliament must meet annually*.

Peraturan tertulis di Inggris juga menentukan bahwa "*The Queen constitutes the executive branch of government but cannot make law nor raise taxes except through an Act of Parliament*". Tetapi dalam praktik, hal tersebut berubah akibat adanya konvensi sehingga menjadi beberapa norma, yaitu: (a) *The Queen acts only on the advice of Ministers*; (b) *The cabinet is collectively responsible to Parliament for the conduct of the government*, (c) *Ministers are individually responsible to Parliament for the conduct of their departments*; (d) *Legislation involving taxation and public expenditure can be introduced only by ministers*; (e) *Executive powers are exercised through ministers, who are collectively and individually responsible to Parliament*.

Contoh lain lagi adalah bahwa peraturan tertulis menentukan "*The Queen appoints and dismisses ministers*" tetapi dalam praktik berubah oleh konvensi menjadi (i) *The Queen must appoint as Prime Minister the person who can command the support of a majority of*

²⁵¹ Alder, *Op. Cit.*, hal. 26-27.

the House of Commons – nowadays an elected party leader, (ii) *The Queen must appoint and dismiss the persons nominated by the Prime Minister all of whom must usually the Members of Parliament and most members of the House of Commons*, dan (iii) *The government must resign if defeated on a vote of confidence in the House of Commons.*²⁵²

Di Indonesia juga dapat ditemukan banyak konvensi ketatanegaraan yang dipraktikkan sejak dulu sampai sekarang. Umpamanya, adanya kebiasaan penyelenggaraan kegiatan Pidato Kenegaraan Presiden pada Rapat Paripurna DPR-RI tanggal 16 Agustus setiap tahun, baik yang berlaku sejak awal masa pemerintahan Presiden Soeharto maupun yang berlaku sampai dengan sekarang. Di masa pemerintahan Presiden Soekarno, pidato kenegaraan semacam itu dilaksanakan langsung di hadapan rakyat di depan Istana Merdeka pada setiap tanggal 17 Agustus, sekaligus dalam rangka perayaan hari kemerdekaan. Pidato Presiden Soekarno di depan istana tersebut biasanya disebut sebagai "Amanat 17 Agustus". Beberapa sarjana dan juga Presiden Soekarno sendiri menyatakan bahwa pidatonya itu merupakan bentuk pertanggungjawabannya sebagai Pemimpin Besar Revolusi, bukan sebagai Presiden.

Namun, setelah masa Orde Baru, pidato kenegaraan tersebut diubah menjadi pidato kenegaraan di depan rapat paripurna DPR-RI, dan fungsinya dikaitkan dengan penyampaian nota keuangan dalam rangka rancangan APBN oleh Presiden kepada DPR-RI. Dengan demikian, fungsi Pidato Presiden tersebut berubah menjadi pidato yang bersifat lebih teknis, dan bukan lagi sebagai pidato yang bersifat simbolik dan sekaligus kerakyatan, sehingga tepat disebut sebagai Pidato Kenegaraan yang

²⁵² *Ibid.* hal. 27-28.

diadakan khusus satu kali dalam setiap tahun dalam rangka perayaan hari kemerdekaan.

Hal ini diteruskan sampai sekarang, sehingga timbul persoalan mengenai keterlibatan Dewan Perwakilan Daerah setelah terbentuk sebagai lembaga negara yang tersendiri di samping Dewan Perwakilan Rakyat. Namun, untuk mengatasi hal itu, diadakan pengaturan sehingga Presiden juga dijadwalkan menyampaikan pidato kenegaraan yang tersendiri di hadapan Dewan Perwakilan Daerah, yaitu pada setiap akhir bulan Agustus. Pidato di depan DPD tersebut juga dimanfaatkan untuk menyampaikan keterangan pemerintah mengenai APBN, khususnya yang berkaitan dengan kepentingan daerah-daerah di seluruh Indonesia.

6) Doktrin Ilmu Hukum (*ius comminis opinio doctorum*)

Doktrin ilmu pengetahuan hukum juga dapat dijadikan sumber hukum (*the source of law*), karena pendapat seorang ilmuwan yang mempunyai otoritas dan kredibilitas dapat dijadikan rujukan yang mengikat dalam membuat keputusan hukum. Fatwa atau *legal opinion* merupakan pendapat hukum yang tidak mengikat. Pendapat hukum itu dapat diajukan oleh ilmuwan hukum mengenai sesuatu persoalan atau oleh lembaga negara resmi, seperti Mahkamah Agung, asalkan pengaturan mengenai hal itu memang tidak terdapat dalam peraturan tertulis yang berlaku. Dalam hal demikian, maka pendapat hukum (*legal opinion*) itu dapat dijadikan rujukan dalam membuat keputusan asalkan memenuhi beberapa persyaratan.

Persyaratan dimaksud adalah bahwa (i) ilmuwan yang bersangkutan dikenal dan diakui luas sebagai ilmuwan yang memiliki otoritas di bidangnya dan mempunyai integritas yang dapat dipercaya; (ii) terhadap persoalan yang bersangkutan memang tidak ditemukan dalam

peraturan tertulis yang berlaku; (iii) pendapat hukum dimaksud telah diakui keunggulannya dan diterima oleh umum, khususnya di kalangan sesama ilmuwan. Dengan kata lain, pendapat yang bersangkutan sudah menjadi *ius comminis opinio doctorum* atau sudah menjadi prinsip atau pendapat ilmiah yang diterima oleh umum

7) Hukum Internasional

Hukum publik internasional secara umum dianggap juga menjadi sumber hukum tata negara. Meskipun sama-sama menjadikan negara selaku subjek hukum sebagai objek kajiannya, antara hukum tata negara (*constitutional law*) dengan hukum internasional publik (*International public law*) jelas dapat dibedakan satu sama lain. Hukum tata negara melihat negara dari segi internalnya, sedangkan hukum internasional melihat negara dari hubungan eksternalnya dengan subyek-subyek negara lain.

3. Contoh Sumber Hukum Tata Negara Inggris

Sebagai perbandingan dapat dikemukakan di sini pendapat A.W. Bradley dan K.D. Ewing mengenai sumber hukum tata negara Inggris (*the sources of constitutional law in Britain*) yang menurutnya sama saja dengan sumber hukum pada umumnya. Perbandingan ini penting, karena berbeda dengan negara-negara lain, Inggris dikenal tidak memiliki naskah undang-undang dasar yang bersifat tertulis dalam arti terkodifikasi dalam satu naskah. Menurut kedua sarjana Inggris ini:

*“In the absence of a written constitution, the two main sources of constitutional law are the same as those of law in general, namely: (a) legislation (or enacted law), and (b) judicial precedent (or case law).”*²⁵³

²⁵³ Bradley and Ewing, *Op Cit.*, hal 12-13.

Untuk lebih jelasnya, keduanya dapat dielaborasi sebagai berikut:

a. Legislation (*Enacted Law*)

Sumber hukum pertama adalah peraturan perundang-undangan tertulis, termasuk *acts of Parliament*, peraturan-peraturan tertulis yang ditetapkan oleh pemerintah, dan peraturan-peraturan yang ditetapkan oleh lembaga-lembaga lainnya yang mendapat delegasi kewenangan regulasi dari parlemen. Oleh karena Inggris tidak memiliki naskah undang-undang dasar tertulis yang tersendiri, maka sejak dulu sampai sekarang cukup banyak undang-undang yang disahkan oleh parlemen yang berhubungan dengan sistem penyelenggaraan pemerintahan. Mengenai hal ini yang dianggap paling penting di antaranya adalah:

1) Magna Charta

Magna Charta dianugerahkan oleh Raja John pada tahun 1215 di Runnymede kepada *the nobles*, dan dalam berbagai bentuknya dengan persetujuan parlemen Inggris dikonfirmasi oleh raja-raja berikutnya. *Magna Charta* muncul dalam *Statute Book* yang dikonfirmasi oleh Raja Edward I pada tahun 1297. Pentingnya piagam atau *charter* ini adalah di dalamnya terdapat *statement of grievances* yang dirumuskan atas nama sebagian besar komunitas rakyat *which the king undertook to redress*. Piagam *Magna Charta* ini juga merumuskan hak-hak bagi berbagai kelas masyarakat abad pertengahan itu sesuai dengan kebutuhan mereka masing-masing. Gereja diharuskan untuk bebas, London dan kota-kota lainnya harus menikmati kebebasan dan adat kebiasaannya masing-masing, dan para pedagang tidak boleh dipaksa untuk membayar pajak yang tidak adil.

Walaupun peradilan dengan sistem juri dan dengan *the writ of habeas corpus* dipengaruhi oleh sumber-sumber tradisi yang lain, Chapter 29 Magna Charta menyatakan bahwa “*no man should be punished except by the judgement of his peers or the law of the land and that to none should justice be denied*”. Ketentuan ini mencerminkan protes melawan hukuman yang sewenang-wenang dan pembatasan terhadap peradilan yang fair (*fair trial*), serta sistem hukum yang adil (*just legal system*). Sekarang, beberapa ketentuan *Magna Charta* itu masih terdapat dalam *Statute Book* tetapi telah diubah dengan sebutan *the nearest approach to an irrepealable “fundamental statute” that England has ever had*.²⁵⁴

2) *Petition of Right*

Dokumen atau naskah lain yang juga diundangkan oleh Parlemen Inggris pada era konflik konstitusional berikutnya adalah *Petition of Right* pada 1628, yang dituangkan dalam *Statute Book* pada bagian 3 Car 1 c 1.²⁵⁵ Petisi ini mengandung protes melawan kebijakan perpajakan yang diterapkan tanpa didasarkan atas persetujuan parlemen, pemenjaraan yang semena-mena, penerapan keadaan darurat militer di masa damai, dan pemaksaan kebijakan penginapan bagi tentara di tempat-tempat sipil (*private persons*). Terhadap protes-protes itu, Raja akhirnya menyerah, meskipun akibat selanjutnya dari konsesi yang diberikan itu diperlemah lagi oleh pandangan Charles I yang menyatakan bahwa hak prerogatifnya sendiri masih tetap tidak terhapus.

²⁵⁴ Pollock and Maitland, *History of English Law*, Vol. 1, hal. 173; juga dalam *R vs. Home Industry*, ex Phansopkar, 1976, QB 606; *R vs. Foreign Secretary*, ex Bancoult, 2001, QB 1067; dan A. Tomkins, 2001, PL. 571.

²⁵⁵ *Halsbury's Statutes*, Vol. 10, hal. 26. Lihat juga Bradley and Ewing, *Op. Cit.*, hal.13, ft. 10.

3) *Bill of Right and Claim of Right*

Revolusi Kemenangan tahun 1688 atau *The glorious revolution of 1688* menyebabkan jatuhnya James II of England dan James VII of Scotland dari singgasananya, dan dipulihkannya kekuasaan monarki di kedua kerajaan itu sesuai dengan syarat-syarat yang ditentukan oleh masing-masing parlemen Inggris dan Skotlandia. Di Inggris, yang menyetujui *The Bill of Rights* itu adalah *House of Lords* dan sisa-sisa anggota parlemen terakhir masa Charles II pada tahun 1689 yang selanjutnya dikonfirmasi oleh parlemen yang terbentuk sesudah revolusi.²⁵⁶

Hal inilah yang selanjutnya menjadi landasan bagi konstitusionalisme modern Inggris dengan meninggalkan klaim yang biasa dikenal dengan *the extravagant claims of the Stuarts to rule by prerogative right*.

4) *The Acts of Settlement*

Undang-undang Pemukiman Tahun 1700 ini diundangkan oleh parlemen Inggris, tidak saja menyediakan mekanisme suksesi ke singgasana, tetapi juga menambahkan berbagai ketentuan penting yang bersifat komplementer terhadap naskah *Bill of Rights*. *The Bill of Rights* dan *The Acts of Settlement* tersebut menandai kemenangan parlemen atas tuntutan atau klaim Raja untuk memerintah menurut prinsip *hak prerogatif* yang bersifat mutlak.²⁵⁷ Sebagai contoh, dalam *Acts of Settlement* ini ditentukan bahwa:

“That shosoever shall hereafter come to the possession of this crown shall join in communion with the Church of England as by law established. That in case the crown and imperial dignity of this realm shall hereafter come to any person, not being a native of this kingdom of England, this nation be not obliged to engage in any

²⁵⁶ *Ibid.*, hal. 14.

²⁵⁷ *Ibid.*, hal. 15.

war for the defence of any dominions or territories which do not belong to the crown of England, without consent of Parliament. That no person who has an office or place of profit under the King or receives a pension from the crown shall be capable of serving as a member of the House of Commons.”

*“That ... judges’ commissions be made ‘quamdiu se bene gesserint’ [so long as they are of good behaviour], and their salaries ascertained and established, but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them. That no pardon under the great seal of England be pleadable to an impeachment by the Commons in Parliament.”*²⁵⁸

5) *Other Statutes of Constitutional Importance*

Di samping itu, banyak lagi undang-undang lain yang dalam sistem ketatanegaraan Inggris dianggap mempunyai *constitutional importance* karena diakui sebagai bagian dari pengertian hukum tata negara Inggris dalam arti yang luas. Untuk menyebut beberapa di antaranya yaitu *the Act of Union with Scotland* tahun 1707, *the Act of Union of Ireland*, *the Parliament Act* tahun 1911 dan tahun 1949, *the Crown Proceedings Act* tahun 1947, *the European Communities Act* tahun 1972, *the British Nationality Act* tahun 1981, dan *the Public Order Act* tahun 1986. Selain itu, dalam beberapa tahun terakhir ini, terdapat pula beberapa undang-undang baru yang disahkan antara tahun 1997 sampai dengan tahun 2000. Misalnya, dapat dikemukakan di sini adalah *the Scotland Act* tahun 1998, *the Human Rights Act* tahun 1998, dan *the House of Lords Act* tahun 1999, serta undang-undang anti-terorisme atau *the Terrorism Act* tahun 2000.

Sekiranya Inggris memiliki naskah undang-undang dasar tertulis, tentulah materi-materi undang-undang

²⁵⁸ *Ibid.*, hal. 40.

tersebut di atas seharusnya tercantum dalam naskah undang-undang dasar, sehingga untuk mengadopsikannya memerlukan perubahan-perubahan naskah undang-undang dasar sebagaimana mestinya. Oleh karena itu, dikatakan oleh A.W. Bradley dan K.D. Ewing:

*“... in two respects a distinction is sometimes drawn between constitutional and other legislation. First, the House of Commons may refer Bills of constitutional significance for detailed consideration to a committee of the whole House rather than to a standing committee of the House, but not all Bills of constitutional significance are treated in this way. Second, by the doctrine of implied repeal, a later Act, however, in the case of some statutes of special significance, the courts are sometimes reluctant to hold that they have been overridden by a later Act. Under this category might come such Acts as the Bill of Rights 1689, the Acts of Union with Scotland and Ireland, the European Communities Act 1972, and the Human Rights Act 1998”.*²⁵⁹

Seperti dikatakan oleh Lord Wilberforce, seorang hakim senior Inggris:

*“In strict law there may be no difference in status ... as between one Act of Parliament and another, but I confess to some reluctance in holding that an Act of such constitutional significance as the Union with Ireland Act is subject to the doctrine of implied repeal or of obsolescence”.*²⁶⁰

Dengan doktrin *implied repeal* itu berarti terjadi penghapusan secara diam-diam, sedangkan dengan doktrin *obsolescence* berarti terjadi proses penataan alamiah yang menyebabkannya tidak terpakai lagi. Apalagi, meskipun tidak dipersyaratkan, kebiasaan praktik penye-

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ Lord Wilberforce, *Report by the Committee of Privileges on the Petition of the Irish Peers*, 1966, HL. 53, hal. 16.

lenggaraan referendum apabila muncul usulan untuk melakukan perubahan ketentuan konstitusional tertentu telah pula dikembangkan sejak tahun 1973.

b. *Judicial Precedent (Case Law)*

Sumber utama lainnya dari *rule of law* di Inggris dapat ditemukan dalam berbagai putusan pengadilan yang lebih tinggi atau pengadilan terdahulu. Putusan-putusan pengadilan dimaksud dapat ditemukan dalam bentuk laporan-laporan resmi (*law reports*) ataupun berita-berita negara sebagai tempat penuangan dan pemberitaan resmi adanya putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap (*in kracht van gewijs*). Di bawah doktrin *preseden* atau *stare decisis*,²⁶¹ putusan-putusan tersebut bersifat mengikat bagi pengadilan-pengadilan di bawahnya ataupun bagi pengadilan-pengadilan yang terkemudian.²⁶²

c. *The Common Law*

Secara harfiah, yang dimaksud dengan *common law* itu adalah hukum kebiasaan, yaitu terdiri atas *the laws and customs* yang sejak dahulu kala diakui sebagai hukum oleh para hakim dalam mengadili suatu perkara tertentu yang diajukan kepada mereka. Dalam berbagai laporan resmi mengenai hal ini, dapat ditemukan berbagai kasus hukum yang berkaitan dengan *the prerogatives of the Crown, the remedies of the subject against illegal acts by public authorities and officials, and the writ of habeas corpus*, yang dalam hukum Inggris melindungi kebebasan warga negara dari tindakan pemasungan dan pengekangan yang melanggar hukum.

²⁶¹ Dengan doktrin *stare decisis* ini berarti bahwa adalah tugas pengadilan untuk mengamati dan memperhatikan kasus-kasus terdahulu yang telah diputus.

²⁶² Cross and Harris, “Precedent in English Law”, dalam Bradley and Ewing, *Op. Cit.*, hal. 16.

Sebagai contoh, dalam putusan *Entick vs Carrington* ditentukan bahwa *Secretary of State* tidak mempunyai kekuasaan untuk mengeluarkan *general warrants for the arrest and search of those publishing seditious papers*, dan pada kasus *Burmah Oil Co. vs Lord Advocate* yang menentukan bahwa kerajaan harus membayar ganti rugi atas subjek kekayaan yang diambil dalam rangka pelaksanaan kewenangan prerogatifnya. Contoh kasus lainnya yaitu *Conway vs Rimmer* yang menentukan bahwa pengadilan mempunyai kewenangan untuk memerintahkan pengadaan atau pembuatan dokumen dalam rangka pembuktian untuk mana hak-hak keutamaan kerajaan diklaim oleh kementerian dalam negeri atau *Home Secretary*. Demikian pula dalam kasus *M vs Home Office* yang menentukan bahwa *Home Secretary* telah melakukan tindakan penghinaan terhadap pengadilan (*contempt of court*) dengan tidak mematuhi perintah hakim untuk membawa seorang guru berkebangsaan Zaire kembali ke Inggris.

Semua putusan-putusan dalam kasus-kasus tersebut di atas, dibuat oleh para hakim yang dikenal luas tergolong paling senior di Inggris. Putusan-putusan tersebut mengandung norma aturan yang sangat penting di lapangan hukum publik, yang tidak mungkin akan ditetapkan sebagai norma hukum oleh parlemen. Dengan tidak adanya naskah undang-undang dasar tertulis, putusan-putusan ini justru menyediakan apa yang disebut pondasi hukum bagi konstitusionalisme Inggris (*the legal foundations of British constitutionalism*).²⁶³ Meskipun demikian, putusan-putusan tersebut tidak dapat dikatakan mengikat sepanjang waktu, karena putusan-putusan itu juga dapat dikesampingkan atau diubah oleh

²⁶³ Lihat Allan, *Law, Liberty and Justice*, chs 1, hal. 4. Lihat juga S. Sedley, dalam Richardson and Genn (eds), *Administrative Law and Government Action*, ch 2, 1994, 110 LQR 270.

parlemen, bahkan dapat pula diubah secara retrospektif.²⁶⁴

d. *Interpretation of the Statute Law*

Pengadilan tidak berwenang untuk memutus atau menentukan keberlakuan undang-undang buatan parlemen (*Acts of Parliament*).²⁶⁵ Artinya, hakim di Inggris tidak diperkenankan melakukan pengujian konstitusionalitas atas undang-undang (*judicial review*). Pengadilan hanya berwenang menguji peraturan yang lebih rendah daripada undang-undang (*judicial review on the legality of regulations*). Di samping itu, pengadilan Inggris juga mempunyai kewenangan untuk menafsirkan peraturan perundang-undangan dalam hal pengertian dari suatu undang-undang yang bersangkutan sedang diperselisihkan. Persoalan-persoalan penting mengenai hukum publik dapat timbul dari penafsiran terhadap undang-undang sebagaimana terlihat dari 2 (dua) putusan *House Lords* baru-baru ini.

Dalam putusan pertama, *House of Lords* menentukan bahwa menurut Undang-undang tentang Hak Asasi Manusia (*the Human Rights Act*) tahun 1998, seseorang yang terbukti bersalah di pengadilan sebelum berlakunya undang-undang, dan mereka yang terbukti bersalah setelah berlakunya undang-undang tersebut, tidak dapat mengajukan permohonan bahwa haknya menurut undang-undang ini telah dilanggar.²⁶⁶

Sedangkan dalam putusan yang kedua, Menteri Lingkungan Hidup (*the Environment Secretary*), berdasarkan undang-undang tahun 1985, mempunyai kekuasaan yang luas untuk melindungi penghuni dari ke-

²⁶⁴ Lihat "The War Damage Act" tahun 1965, reversed the *Burmah Oil Decision* seperti tersebut di atas.

²⁶⁵ A.W. Bradley and K.D. Ewing, *Op. Cit.*, hal. 17.

²⁶⁶ *R vs Lambert*, 2001, 3 All ER 577; Cf. *R vs Kansal* No. 2, 2002, 1 All ER, hal. 257.

naikan harga sewa yang dihasilkan oleh putusan pengadilan mengenai sewa; para tuan tanah atau rumah mengklaim bahwa kekuasaan hanya dapat digunakan sebagai ukuran menghadapi inflasi. Dalam menaati aturan-aturan tersebut, para petinggi hukum membahas pendekatan pengadilan dalam memutus makna undang-undang tahun 1958 itu. Seperti dikemukakan oleh Lord Bingham, “*the overriding aim... must always be to give effect to the intention of Parliament as expressed in the words used*”.²⁶⁷ Menurut Lord Nicholls:

*“The task of the court is often said to be to ascertain the intention of Parliament expressed in the language under consideration. This is correct and may be helpful, so long as it is remembered that the ‘intention of Parliament’ is an objective concept, not subjective. The phrase is a shorthand reference to the intention which the court reasonably imputes to Parliament in respect of the language used. It is not the subjective intention of the minister or other persons who promoted the legislation. Nor is it the subjective intention of the draftsman, or of individual members or even of a majority of individual members of either House”.*²⁶⁸

Lord Nicholls menerangkan bahwa dalam mencari makna kata-kata yang dipakai oleh Parlemen, pengadilan menggunakan prinsip-prinsip baku dalam penafsiran sebagai pedoman. Jika diperlukan, pengadilan juga akan menggunakan dukungan internal (*internal aids*) yang ditemukan dalam bagian lainnya dari undang-undang yang bersangkutan ataupun dukungan eksternal (*external aids*) seperti bahan-bahan dari luar undang-undang untuk mengidentifikasi penyakit (*the mischief*) yang ingin disembuhkan atau dipulihkan oleh undang-un-

²⁶⁷ R vs Environment Secretary, ex p Spath Holme Ltd, 2001, 2 AC 349, 388.

²⁶⁸ *Ibid.*, 396, hal.17.

dang, dan tujuan yang hendak dicapai oleh proses legislasinya.

Dikarenakan sebagian besar kekuasaan pemerintahan berasal dari peraturan tertulis atau undang-undang, maka hukum buatan hakim (*judge-made law*) yang bersumber dari penafsiran terhadap peraturan tertulis (*interpretation of statutes*) menjadi sangat penting dalam hukum administrasi negara. Prinsip-prinsip atau pra-anggapan (*presumptions*) dalam penafsiran peraturan perundang-undangan yang diterapkan oleh pengadilan adalah jarang bersifat konklusif, dan malah kadang-kadang menunjuk kepada pengertian yang berkebalikan arah.²⁶⁹ Tugas pengadilan dalam menemukan pengertian atau akibat dari perkataan yang dipilih oleh parlemen memerlukan analisis tekstual atas perundang-undangan yang bersangkutan. Akan tetapi, jika kebijakan atau tujuan suatu undang-undang dapat ditentukan, sangat mungkin untuk memberikan penafsiran yang konsisten dengan hal itu.

Sebelumnya, ada aturan yang melarang pengadilan untuk melihat catatan atau risalah perdebatan di parlemen. Akan tetapi, pada tahun 1992, *House of Lords* memperbaiki ketentuan ini. Sekarang, pengadilan diperbolehkan menggunakan dokumen-dokumen yang disebut *the Hansard* itu sebagai alat bantu untuk melakukan konstruksi (*statutory construction*) apabila suatu undang-undang atau ketentuan dalam undang-undang yang bersangkutan bersifat *ambiguous* atau tidak jelas. Hal tersebut dilakukan karena dokumen-dokumen otentik yang terdapat dalam arsip parlemen justru berisi pernyataan-pernyataan yang sangat jelas dari seorang men-

²⁶⁹ Lihat Marshall, *Constitutional Theory*, ch. 4; Cross, *Statutory Interpretation*; Bennion, *Statutory Interpretation*.

teri atau para anggota parlemen yang mengusung ide rancangan undang-undang yang bersangkutan.²⁷⁰

Dalam penafsiran konstitusi dan peraturan perundang-undangan, pra-anggapan tertentu mempunyai arti konstitusional yang sangat penting (*constitutional importance*). Atas dasar pra-anggapan tersebut, banyak undang-undang yang dapat dikatakan tidak mengikat bagi pemerintah pusat. Hal tersebut dikarenakan bahwa mahkota kerajaan Inggris diasumsikan tidak terikat oleh undang-undang, kecuali jika hal itu secara eksplisit dinyatakan berlaku atau dianggap perlu diberlakukan secara diam-diam (*necessarily implied*).

4. Sumber Hukum Primer, Sekunder, dan Tertier

Dalam penelitian hukum dikenal pula adanya istilah sumber primer, sekunder, dan tertier. Pengertian sumber di sini lebih konkrit sifatnya, yaitu sumber fisik dari mana suatu norma hukum (*norm*) dikutip atau diambil untuk diterapkan dalam menilai sesuatu fakta (*feit*). Pengertian sumber dalam arti demikian pada umumnya dianggap penting, baik dalam dunia teori maupun praktik, untuk menjamin bahwa pengutipan norma dilakukan dengan benar. Kualifikasi sumber hukum itu menjadi penting untuk menentukan derajat keterpercayaan atau tingkat kebenaran referensi atau perujukannya. Oleh sebab itu, kategori sumbernya dibedakan antara sumber primer yang mempunyai nilai keterpercayaan paling tinggi, karena sifatnya yang langsung dengan sumber sekunder melalui perantara. Demikian pula dengan sumber yang tingkat keterpercayaannya paling rendah, yaitu sumber tertier dengan lebih banyak perantara.

²⁷⁰ Pepper vs Freemans plc, 1989, AC 66. *Ibid.*, hal. 18.

Misalnya, jika seseorang ingin mengutip sesuatu pasal undang-undang dalam tulisannya, maka ia dapat (i) mengutip bunyi pasal tersebut dari buku atau tulisan orang lain yang sudah lebih dulu mengulas atau membahas pasal undang-undang yang bersangkutan; (ii) mengutip bunyi pasal itu dari berita koran atau majalah; (iii) mengutip bunyi pasal itu dari buku undang-undang terbitan penerbit swasta; (iv) mengutip bunyi pasal itu dari kumpulan undang-undang yang diterbitkan oleh lembaga negara atau instansi pemerintah yang bersangkutan dengan undang-undang itu; atau (v) mengutip bunyi pasal undang-undang itu dari terbitan resmi Lembaran Negara Republik Indonesia. Dari kelima cara mengutip tersebut, yang bersifat resmi dan dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah adalah yang terakhir, yaitu pengutipan dari terbitan resmi Lembaran Negara Republik Indonesia.

Di samping bahwa sumber resmi itulah yang dinilai dapat dipertanggungjawabkan kebenarannya secara ilmiah, sumber resmi itu juga merupakan jaminan keabsahan pengutipan itu secara hukum. Artinya, ketentuan mengenai pengutipan tersebut berlaku tidak saja di dunia ilmiah, tetapi juga haruslah dijadikan standar dalam praktik penerapan norma hukum itu di pengadilan dan lembaga-lembaga pembuat keputusan hukum lainnya. Apabila pengutipan suatu norma hukum tidak dilakukan dari sumber resminya, maka dengan sendirinya hal itu dapat dianggap tidak benar secara ilmiah, dan sekaligus tidak "sah" secara hukum. Kita tidak dapat membenarkan seorang hakim membuat putusan dengan mengutip suatu pasal undang-undang dari sumber koran atau dari sumber buku terbitan swasta yang tidak dapat dipertanggungjawabkan ketepatan redaksionalnya secara hukum. Demikian pula dengan calon sarjana hukum S1, S2, dan S3, dalam menulis skripsi, tesis, dan disertasi, tidak dapat dibenarkan mengutip sesuatu bunyi pasal undang-

undang atau peraturan perundang-undangan lainnya dari sumber yang tidak resmi.

Sumber resmi itu adalah Lembaran Negara, Tambahan Lembaran Negara, dan Berita Negara, serta Tambahan Berita Negara, tergantung bentuk hukum peraturan perundang-undangan yang bersangkutan yang ditentukan berdasarkan peraturan yang berlaku. Ada peraturan yang pengundangannya dilakukan dengan penerbitannya dalam Lembaran Negara, Tambahan Lembaran Negara, Berita Negara, atau Tambahan Berita Negara. Selain dari keempat sumber tersebut, ada pula sumber-sumber lain seperti risalah-risalah rapat dan sidang yang berkaitan dengan penyusunan, perumusan, perdebatan, dan pengesahan peraturan perundang-undangan itu sebagai keseluruhan atau bunyi ketentuan-ketentuan hukum tertentu yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan yang bersangkutan yang memang dipersoalkan.

Dokumen-dokumen tersebut bernilai resmi dan otentik, serta berisi fakta-fakta historis yang dapat dijadikan dasar rujukan dalam memahami pengertian sesuatu norma hukum yang tertulis dalam teks resmi. Fungsinya tiada lain untuk menjamin agar produk peraturan perundang-undangan yang bersangkutan dapat dijadikan alat bukti (*bewijsbaar*) dan menjamin *stabiliteit* sistem hukum karena adanya kepastian mengenai kesatuan sistem referensi hukum. Semua dokumen tersebut biasanya terdapat dalam arsip-arsip lembaga negara atau lembaga pemerintah yang bersangkutan dengan hal itu, dan wajib dipelihara dan disimpan dengan sebaik-baiknya. Dengan sistem penyimpanan (*filig*) atau kearsiapan yang tepat dan benar, dimensi *availability* (ketersediaan), *reliability* (keterpercayaan), dan *legality* (keabsahan) dari arsip-arsip hukum dimaksud benar-benar dapat terjamin dengan sebaik-baiknya.

Selain dari sumber-sumber yang bersifat resmi tersebut, maka sumber-sumber lainnya haruslah dinilai tidak resmi. Seperti yang tergambar dalam keempat contoh pengutipan tersebut di atas, dapat dikatakan bahwa pengutipan model pertama, kedua, ketiga, dan keempat sama-sama tidak dapat dipertanggungjawabkan secara hukum dan ilmiah. Apabila dinilai dari tingkat keterpercayaannya dan jarak atau jumlah lapisan perantara dari media sumbernya yang resmi, maka yang dapat dikatakan paling dekat adalah pengutipan dari sumber buku terbitan instansi resmi. Misalnya, himpunan peraturan perundang-undangan tentang partai politik dan pemilihan umum dikumpulkan dan diterbitkan oleh Komisi Pemilihan Umum dengan misalnya mengutipnya langsung dari sumber Lembaran Negara, Tambahan Lembaran Negara, Berita Negara, dan Tambahan Berita Negara. Buku kumpulan peraturan perundang-undangan terbitan Komisi Pemilihan Umum ini dapat dianggap sebagai sumber sekunder, karena fungsinya sebagai perantara satu lapis ke sumber resminya tersebut.

Akan tetapi, teknik pengutipan model pertama dari buku atau tulisan orang lain, model kedua dari berita koran atau majalah, dan model ketiga dari buku-buku undang-undang terbitan penerbitan swasta, tidak dapat dikategorikan sebagai sumber sekunder, apalagi sumber primer. Sering terjadi, naskah undang-undang yang diterbitkan oleh penerbit swasta terdapat kesalahan ketik atau kesalahan tanda baca, ataupun penulisan huruf besar menjadi kecil dan huruf kecil menjadi besar, yang dalam hukum semua itu mempunyai arti dan pengaruh yang sangat besar dalam penafsiran untuk pelaksanaannya. Apalagi pengutipan yang dilakukan di berbagai media koran dan majalah, yang karena waktu dan ruang yang terbatas, seringkali salah dalam pengutipan, sehingga sangatlah berbahaya untuk diandalkan sebagai sumber rujukan normatif.

Oleh karena itu, menurut saya, 3 (tiga) teknik pengutipan pertama tersebut hanya mungkin dikategorikan sebagai sumber tertier yang sifatnya hanya menunjang dan memudahkan orang membaca peraturan perundang-undangan. Akan tetapi, jika sampai kepada keperluan untuk penulisan yang bersifat resmi, maka pengutipannya harus langsung diambil dari sumber primer tersebut.²⁷¹ Penulisan resmi itu dapat berupa penulisan ilmiah, yaitu (i) karya ilmiah resmi seperti skripsi, tesis, dan disertasi, (ii) laporan penelitian ilmiah, (iii) buku ilmiah yang bersifat standar, (iv) buku-buku teks ilmiah yang baku, (v) keputusan administratif, (vi) ketetapan pengadilan, dan (vii) putusan pengadilan.

B. Sumber Hukum Tata Negara Indonesia

1. Sumber Materiel dan Formil

Pandangan hidup bangsa Indonesia terangkum dalam perumusan sila-sila Pancasila yang dijadikan falsafah hidup bernegara berdasarkan UUD 1945. Sebagai pandangan hidup bangsa dan falsafah bernegara, Pancasila itu merupakan sumber hukum dalam arti materiel yang tidak saja menjiwai, tetapi bahkan harus dilaksanakan dan tercermin oleh dan dalam setiap peraturan hukum Indonesia. Oleh karena itu, hukum Indonesia haruslah berketuhanan Yang Maha Esa, berkemanusiaan yang adil dan beradab, merupakan faktor pemersatu bangsa, bersifat kerakyatan, dan menjamin keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia. Pancasila merupakan alat penguji untuk setiap peraturan hukum yang berlaku, apakah bertentangan atau tidak dengan nilai-nilai yang terkandung di dalamnya. Dengan demikian berarti

²⁷¹ Lihat dan bandingkan dengan pendapat Soerjono Soekanto dalam *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI-Press, 1986).

bahwa setiap peraturan hukum yang bertentangan dengan Pancasila tidak boleh berlaku.

Dalam bentuk formilnya, nilai-nilai Pancasila itu tercantum dan dalam perumusan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sebagai hukum tertulis yang tertinggi di Republik Indonesia. Namun di samping itu, sumber hukum formil itu tidak hanya terbatas kepada yang tertulis saja. UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 hanyalah salah satu bentuk yang tertulis dari norma dasar atau hukum dasar yang bersifat tertinggi itu. Di samping hukum dasar yang tertulis dalam naskah UUD 1945, ada pula hukum dasar atau konstitusi yang sifatnya tidak tertulis.²⁷²

Sumber hukum formil Hukum Tata Negara Indonesia itu dapat dilihat pertama-tama pada Undang-Undang Dasar 1945. Undang-Undang Dasar 1945 sebagai sumber hukum, selain merupakan hukum dasar tertulis yang mengatur masalah kenegaraan, juga merupakan landasan hukum bagi ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam peraturan-peraturan lainnya. Misalnya, Pasal 19 ayat (2) UUD 1945 menentukan bahwa "Susunan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) diatur dengan Undang-undang". Penunjukan diatur dengan Undang-undang dalam ayat ini menyebabkan Undang-Undang Dasar 1945 menjadi sumber hukum bagi pembentukan undang-undang yang akan mengatur tentang susunan Dewan Perwakilan Rakyat itu. Dengan demikian, dari ketentuan UUD 1945 itu mengalir peraturan-peraturan pelaksanaan yang merupakan sum-

²⁷² Penjelasan UUD 1945 menyiratkan bahwa Undang-Undang Dasar sebagian dari hukum dasar. Undang-Undang Dasar suatu Negara ialah hanya sebagian dari hukumnya dasar Negara. Undang-Undang Dasar itulah hukum dasar yang tertulis, sedangkan di sampingnya, berlaku juga hukum dasar yang tidak tertulis, yaitu aturan-aturan dasar yang timbul dan terpelihara dalam praktik penyelenggaraan negara meskipun tidak tertulis.

ber hukum formil pula sesuai dengan tingkatan hierarkisnya bagi peraturan-peraturan di bawahnya masing-masing.²⁷³

2. Peraturan Dasar dan Norma Dasar

Seperti dikemukakan oleh O. Hood Phillips, Paul Jackson, dan Patricia Leopold dalam "*The constitutional law of a state is the law relating to the constitution of that state*",²⁷⁴ maka penting sekali untuk memahami hukum, negara, dan konstitusi secara bersamaan. Hukum sendiri diakui tidak mudah untuk didefinisikan. H.L.A. Hart sendiri menyatakan bahwa mengenai apa itu hukum merupakan pertanyaan yang senantiasa diajukan di sepanjang sejarah umat manusia. Menurutnya, "*it is a persistent question*"²⁷⁵ yang selalu diajukan dari waktu ke waktu.

Namun demikian, di lapangan hukum tata negara, kita memusatkan perhatian hanya kepada hukum dalam konteks kenegaraan, yaitu hukum negara (*state law*), hukum kota (*municipal law*), hukum desa (*village law*), dan sebagainya. Dalam perspektif hukum tata negara, hukum negara (*the law of a state*) kita lihat sebagai hukum yang terdiri atas pedoman perilaku (*rules of conduct*) yang ditetapkan oleh lembaga negara yang bertindak sebagai legislator atau regulator dan yang ditegakkan oleh lembaga pengadilan yang dibentuk oleh negara (*duly constituted courts of the state*). Tetapi di pihak lain juga berfungsi sebagai pedoman bagi organ-organ negara

²⁷³ Bandingkan mengenai sumber hukum tata negara Indonesia yang dikemukakan oleh beberapa sarjana, seperti misalnya Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, RajaGrafindo Persada, 2005, Jakarta, hal. 32-37; Titik Triwulan Tutik, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara*, (Jakarta: Prestasi Pustaka, 2006), hal. 13-35.; dan lain sebagainya.

²⁷⁴ Phillips, Jackson, and Leopold, *Op. Cit.*, hal. 3.

²⁷⁵ H.L.A. Hart, *Op Cit.*

dalam arti yang seluas-luasnya untuk menjalankan tugas dan kewenangannya.

Pada pokoknya, hukum konstitusi itu mendahului keberadaan organisasi negara,²⁷⁶ seperti apa yang dikatakan oleh Thomas Paine bahwa konstitusi lebih dulu ada daripada adanya pemerintahan, karena pemerintahan justru dibentuk berdasarkan ketentuan konstitusi. Oleh karena itu, menurut Thomas Paine:

"A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government, and a government without a constitution is power without right".²⁷⁷

Konstitusi bukanlah peraturan yang dibuat oleh pemerintahan, tetapi merupakan peraturan yang dibuat oleh rakyat untuk mengatur pemerintahan, dan pemerintahan itu sendiri tanpa konstitusi sama dengan kekuasaan tanpa kewenangan.²⁷⁸

Konstitusi adalah hukum dasar, norma dasar, dan sekaligus paling tinggi kedudukannya dalam sistem bernegara. Namun, sebagai hukum, konstitusi itu sendiri tidak selalu bersifat tertulis (*schreven constitutie* atau *written constitution*). Konstitusi yang bersifat tertulis biasa disebut undang-undang dasar sebagai konstitusi dalam arti sempit, sedangkan yang tidak tertulis merupakan konstitusi dalam arti yang luas. Menurut Hans Kelsen, *gerund norm* atau norma dasar itulah yang disebut konstitusi. *Gerund norm* itu dijabarkan lebih lanjut menjadi *abstract norms* yang selanjutnya dioperasionalkan dengan *general norms* yang untuk seterusnya

²⁷⁶ Lihat N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, 1993, 56 MLR 1, dan C.M.G. Himsworth, 1996, 639.

²⁷⁷ "Rights of Man in the Complete Works of Thomas Paine", pp. 3020 dalam Allen and Thompson, *Op Cit.*, hal. 1.

²⁷⁸ Ada juga sarjana yang berpendapat bahwa tidak mungkin ada suatu negara tanpa adanya konstitusi. Lihat, misalnya, Max Boli Sabon, *Fungsi Ganda Konstitusi*, (Bandung: PT Graviti, 1991), hal. 44.

dilaksanakan dengan keputusan-keputusan yang berisi *concrete and individual norms*. Bagi Hans Kelsen, peraturan perundang-undangan berisi *general and abstract norms* yang tertuang dalam bentuk formal, sedangkan *gerund norms* tercakup dalam rumusan pengertian konstitusi dalam arti materiel. Konstitusi dalam arti materiel inilah yang disebut Kelsen dengan *the first constitution* yang mendahului *the (second) constitution* atau konstitusi dalam bentuknya yang formal tersebut.

Sementara itu, Hans Nawiasky, salah seorang murid Hans Kelsen, menyebut *gerund norms* itu dengan istilah *staatsfundamentalnorms* yang juga dibedakannya dari konstitusi. Tidak semua nilai-nilai yang terdapat dalam konstitusi merupakan *staatsfundamental norms*. Nilai-nilai yang termasuk *staatsfundamentalnorm* menurutnya hanya spirit nilai-nilai yang terkandung di dalam konstitusi itu, sedangkan norma-norma yang tertulis di dalam pasal-pasal undang-undang dasar termasuk kategori *abstract norms*. Oleh karena itu, jika dikaitkan dengan sistem konstitusi Republik Indonesia, dapat dibedakan antara Pembukaan UUD 1945 dengan pasal-pasal UUD 1945.

Bahkan, Padmo Wahyono dan Hamid S. Attamimi menyejajarkan pengertian *staatsfundamentalnorm* itu dengan kedudukan Pancasila sebagai dasar negara, sedangkan pasal-pasal UUD 1945 didudukan sebagai *abstract norms*. Oleh karena itu, dalam hierarki peraturan perundang-undangan menurut Padmo Wahyono dan Hamid S. Attamimi, Pancasila itu harus ditempatkan di luar dan di atas UUD 1945.

Pandangan yang demikian, sampai sekarang terus dianut oleh murid-murid Padmo Wahyono dan Hamid S. Attamimi, seperti tercermin, misalnya, dalam pandangan

Maria Farida Indrati mengenai hal tersebut.²⁷⁹ Pokok pikiran yang melandasi pandangan demikian tidak lain adalah *stufenbau theorie* menurut versi Hans Nawiasky tersebut di atas, yang sangat berbeda dari *stufenbau theorie* menurut versi Hans Kelsen. Bagi Kelsen, *gerund norm* itulah konstitusi, sedangkan peraturan perundang-undangan berisi *general and abstract norms*, sehingga Pancasila dan Pembukaan UUD 1945 tidak dapat dilihat sebagai sesuatu yang terpisah dari pasal-pasal UUD 1945 itu sendiri. Keduanya tercakup dalam pengertian UUD 1945 sebagai konstitusi yang tertulis yang berisi *gerund norms*. Tentu saja, di samping UUD 1945 sebagai konstitusi tertulis, ada pula konstitusi yang tidak tertulis yang hidup dalam kesadaran hukum dan praktik penyelenggaraan negara yang diidealkan sebagai bagian dari pengertian konstitusi dalam arti luas dan oleh karena itu adalah juga norma-norma dasar atau *gerund norms* yang mengikat sebagai bagian dari konstitusi.

3. Peraturan Perundang-undangan

Peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang berisi norma-norma hukum yang mengikat untuk umum, baik yang ditetapkan oleh legislator maupun oleh regulator atau lembaga-lembaga pelaksana undang-undang yang mendapatkan kewenangan delegasi dari undang-undang untuk menetapkan peraturan-peraturan tertentu menurut peraturan yang berlaku. Produk legislatif atau produk legislator yang dimaksud di sini adalah peraturan yang berbentuk undang-undang, dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), dan pembahasannya dilakukan bersama-sama dengan Presiden/-Pemerintah untuk mendapatkan persetujuan bersama yang akhirnya setelah mendapat persetujuan bersama

²⁷⁹ Lihat Maria Farida, *Ilmu Perundang-undangan: Dasar-Dasar dan Pembentukannya*, (Jakarta: Kanisius, 1998).

akan disahkan oleh Presiden dan diundangkan sebagaimana mestinya atas perintah Presiden. Untuk undang-undang tertentu, pembahasan bersama dilakukan dengan melibatkan pula peranan Dewan Perwakilan Daerah (DPD).²⁸⁰

Selain peraturan yang berbentuk undang-undang, ada pula peraturan yang disusun dan ditetapkan oleh lembaga eksekutif pelaksana undang-undang. Setiap lembaga pelaksana undang-undang dapat diberi kewenangan regulasi oleh undang-undang dalam rangka menjalankan undang-undang yang bersangkutan. Di samping itu, pemerintah karena fungsinya diberi kewenangan pula untuk menetapkan sesuatu peraturan tertentu, di samping undang-undang itu sendiri dapat pula menentukan adanya lembaga regulasi yang bersifat tertentu pula. Semua produk hukum tertulis yang berisi norma yang bersifat mengatur (*regeling*) itu dalam ilmu hukum kita namakan peraturan perundang-undangan.

Menurut ketentuan Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, bentuk-bentuk dan tata urutan peraturan perundang-undangan dimaksud adalah (i) Undang-Undang Dasar dan Perubahan Undang-Undang Dasar; (ii) Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang; (iii) Peraturan Pemerintah; (iv) Peraturan Presiden; dan (v) Peraturan Daerah.²⁸¹ Namun, di samping bentuk-bentuk yang disebut dalam Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 itu, masih ada bentuk peraturan lainnya yang sampai sekarang masih berlaku atau masih terus dibuat dalam praktik. Misalnya, banyak

²⁸⁰ Lihat Pasal 22D ayat (2) UUD 1945 dan Pasal 42 UU No. 22 Tahun 2003 tentang Susunan dan Kedudukan MPR, DPR, DPD, dan DPRD.

²⁸¹ Lihat kembali Pasal 7 ayat (1) mengenai jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan dalam UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan.

ketetapan-ketetapan MPR/S yang masih ada dan yang sampai sekarang masih diberlakukan berdasarkan Ketetapan (TAP) MPR No. I/MPR/2003, meskipun MPR sendiri dewasa ini tidak lagi mempunyai kewenangan menetapkan ketetapan yang bersifat mengatur (*regeling*).

Selain itu, dalam praktik, kita juga dapat menjumpai banyak sekali bentuk-bentuk peraturan lainnya, seperti Peraturan Menteri, Peraturan Bank Indonesia (PBI), Peraturan Mahkamah Agung (PERMA), Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK), Peraturan atau Keputusan Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), dan lain-lain sebagainya. Keputusan-keputusan para pejabat yang bersifat *regeling* atau yang mengandung regulasi juga masih banyak yang dituangkan dalam bentuk keputusan-keputusan yang ditetapkan untuk maksud mengikat untuk umum. Misalnya, keputusan-keputusan Komisi Pemilihan Umum (KPU), Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK), serta termasuk Keputusan-Keputusan Menteri, seperti Menteri Dalam Negeri, Menteri Luar Negeri, Menteri Keuangan, Menteri Perindustrian, Menteri Agama, Menteri Pendidikan Nasional, Menteri Pendayagunaan Aparatur Negara, Menteri Tenaga Kerja, dan sebagainya. Demikian pula Keputusan-Keputusan Direktur Jenderal, seperti Direktur Jenderal Pajak, Direktur Jenderal Bea dan Cukai, Direktur Jenderal Pendidikan Dasar, dan lain sebagainya.

1) Undang-undang (UU)

Pasal 20 ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 menyatakan, "*Dewan Perwakilan Rakyat memegang ke-*

kuasaan membentuk undang-undang".²⁸² Undang-undang itu selalu berisi segala sesuatu yang menyangkut kebijakan kenegaraan untuk melaksanakan amanat undang-undang dasar di bidang-bidang tertentu yang memerlukan persetujuan bersama antara Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat. Oleh karena itu, ditentukan oleh Pasal 20 ayat (2) bahwa "*Setiap rancangan undang-undang itu dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan Presiden untuk mendapat persetujuan bersama*". Pada ayat (4)-nya menentukan, "*Presiden menge-sahkan rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama untuk menjadi undang-undang*".

Produk undang-undang ini merupakan bentuk hukum peraturan yang paling tinggi statusnya di bawah undang-undang dasar. Jika dibandingkan dengan sistem hukum di negeri Belanda, undang-undang dapat disepadankan dengan *wet* yang mempunyai kedudukan tertinggi di bawah *grondwet*, atau seperti di Amerika Serikat dengan *act (legislative act)* yang berada langsung di bawah *constitution*. Sebagai produk hukum, undang-undang baru mulai mengikat untuk umum sebagai *alge-meene verbindende voorschriften* (peraturan yang mengikat untuk umum), yaitu pada saat diundangkan. Tindakan administrasi pengundangan undang-undang dilakukan dengan cara menerbitkan naskah undang-undang dimaksud (*published*) dalam Lembaran Negara Republik Indonesia (LN-RI). Sedangkan untuk naskah Penjelasannya dalam Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia (TLN-RI). Media Lembaran Negara dan Tambahan Lembaran Negara ini juga berfungsi sebagai

²⁸² Bandingkan dengan ketentuan Pasal 5 UUD 1945 sebelum amandemen, yang menyatakan, "*Presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat*".

media pengumuman (*publication*).²⁸³

Namun, tanggal efektifitas keberlakuan (*effective validity*) suatu undang-undang untuk dilaksanakan dalam praktik, kadang-kadang ditentukan berbeda waktunya dari tanggal pengundangan. Misalnya tanggal pengundangnya adalah tanggal 1 Januari 2005, tetapi tanggal berlakunya ditentukan baru efektif mulai tanggal 1 Januari 2006. Masa satu tahun itu disediakan sebagai waktu tenggang yang dapat dipakai untuk tujuan sosialisasi undang-undang itu sebelum dijalankan sebagaimana mestinya. Oleh karena itu, tanggal pengundangan tidak selalu atau tidak mutlak harus ditentukan sama dengan tanggal pemberlakuan. Misalnya, Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2002 tentang Yayasan,²⁸⁴ diundangkan pada tahun 2002, tetapi mulai diberlakukan secara efektif baru pada tahun 2003. Bahkan, pelaksanaannya pernah ditunda satu tahun sehingga pelaksanaannya dimulai pada tahun 2004.

Di samping itu, tanggal pengesahan undang-undang secara formil dapat pula dibedakan dari tanggal pengesahannya secara materiel. Ketentuan Pasal 20 ayat (4) UUD 1945 yang dilaksanakan dengan tindakan pengundangan seperti dimaksud di atas, dapat disebut sebagai pengesahan yang bersifat formil. Sedangkan, pengesahan suatu rancangan undang-undang oleh dan dalam rapat paripurna DPR sebagai tanda bahwa suatu rancangan undang-undang telah mendapat persetujuan bersama antara DPR dan Pemerintah dapat disebut sebagai pengesahan materiel. Sebelum rancangan undang-undang disahkan dalam rapat paripurna DPR, maka dari

²⁸³ Lihat juga "BAB IX: Pengundangan dan Penyebarluasan" dalam UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundangan-undangan.

²⁸⁴ Indonesia, *Undang-undang tentang Yayasan*, UU No. 16 Tahun 2002, LN No. 112 Tahun 2002, TLN No. 4132.

pihak Pemerintah seyogyanya diberi kesempatan untuk menyampaikan pendapat akhirnya sebagai tanda persetujuan atas rancangan suatu undang-undang untuk disahkan. Apabila dalam rapat paripurna DPR tersebut rancangan undang-undang telah disahkan sebagai tanda telah dicapainya persetujuan bersama, maka pengesahan tersebut sama dengan pengesahan yang bersifat materiel.

Dikatakan pengesahan itu bersifat materiel, karena setelah itu terhadap materi rancangan undang-undang dimaksud tidak dapat lagi diadakan perubahan apapun juga. Dalam Pasal 20 ayat (5) UUD 1945 ditentukan:

"Dalam hal rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu tiga puluh hari semenjak rancangan undang-undang tersebut disetujui, rancangan undang-undang tersebut sah menjadi undang-undang dan wajib diundangkan".²⁸⁵

Artinya, meskipun dari segi bentuknya naskah rancangan undang-undang itu masih berupa rancangan yang belum disahkan oleh Presiden dan karena itu belum mengikat sebagai hukum, tetapi materinya sudah final. Rancangan yang sudah disahkan dalam rapat paripurna DPR itu sudah menjadi *wet in materiele zin*, meskipun belum menjadi undang-undang dalam arti yang resmi atau *wet in formele zin*.

Dalam ilmu hukum atau *rechtswetenschap*, memang dibedakan antara pengertian *wet in formele zin* dan *wet in materiele zin*. Misalnya, Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara biasa dituangkan dalam bentuk atau diberi baju hukum dalam bentuk undang-

²⁸⁵ Bandingkan dengan Pasal 21 UUD 1945 sebelum amandemen yang berbunyi: "Jika rancangan itu, meskipun disetujui oleh Dewan Perwakilan Rakyat, tidak disahkan oleh Presiden, maka rancangan tadi tidak boleh dimajukan lagi dalam persidangan Dewan Perwakilan Rakyat masa itu".

undang, yaitu sebagai produk hukum yang dibentuk dan dibahas bersama oleh DPR dengan persetujuan bersama dengan Presiden. Akan tetapi, dari segi isi atau materinya, APBN itu sebenarnya bukanlah norma hukum yang biasa dikenal dengan pengertian undang-undang.

Oleh sebab itu, UU tentang APBN itu biasa disebut sebagai undang-undang dalam arti formil (*wet in materiele zin*), bukan undang-undang dalam arti materiel (*wet in materiele zin*).²⁸⁶

Sebenarnya, setiap keputusan tertulis yang ditetapkan oleh pejabat yang berwenang di bidang pengaturan (*regelendaad*) yang berisi norma hukum (*legal norms*) dan mengatur tingkah laku yang mengikat untuk umum dapat disebut sebagai peraturan perundang-undangan. Undang-undang hanyalah merupakan salah satu bentuknya,²⁸⁷ yaitu sebagai peraturan yang dibentuk oleh DPR, dibahas dan disetujui bersama oleh DPR dan Presiden, dan disahkan oleh Presiden, serta diundangkan sebagaimana mestinya atas perintah Presiden, sehingga menjadi norma hukum mengikat untuk umum. Dengan begitu, undang-undang berbeda dari pengertian peraturan perundang-undangan pada umumnya. Peraturan perundang-undangan itu adalah segala bentuk peraturan negara dari jenis yang tertinggi di bawah undang-undang dasar sampai dengan yang terendah, yang dihasilkan dan ditetapkan secara atributif dari peraturan yang lebih tinggi atau secara delegasi dari pemegang kekuasaan pembentuk undang-undang (*legislative power, wetge-*

²⁸⁶ Bandingkan dengan pendapat dari Arifin P. Soeria Atmadja dalam beberapa tulisannya seperti pada "Mekanisme Pertanggungjawaban Keuangan Negara: Suatu Tinjauan Yuridis" (1986) dan "Keuangan Publik dalam Perspektif Hukum" (2005).

²⁸⁷ Lihat Bagir Manan, *Dasar-Dasar Perundang-Undangan Indonesia*, (Jakarta: Ind-Hill Co., 1992), hal. 4.

vende macht, atau *gesetzgebende gewalt*).²⁸⁸ Maka artinya bahwa Undang-Undang Dasar tidak termasuk pengertian peraturan perundang-undangan.

2) Perpu (Peraturan Pemerintah Pengganti UU)

Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang sebagai sumber hukum dapat dilihat dalam Pasal 5 ayat (2) dan Pasal 22 Undang-Undang Dasar 1945. Pasal 5 ayat (2) UUD 1945 menentukan, "*Presiden menetapkan peraturan pemerintah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya*". Sedangkan, Pasal 22 menentukan:

- (1) Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang;
- (2) Peraturan pemerintah itu harus mendapat persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut;
- (3) Jika tidak mendapat persetujuan, maka peraturan pemerintah itu harus dicabut.

Untuk memudahkan, Peraturan Pemerintah sebagai Pengganti Undang-undang ini biasanya disingkat "Perpu". Dalam Konstitusi RIS 1949 dan UUDS 1950, Peraturan Pemerintah sebagai Pengganti Undang-undang disebut dengan istilah "undang-undang darurat". Kecuali terhadap sebutannya yang berlainan, tidak ada perbedaan yang prinsipil antara Perpu menurut UUD 1945 dan undang-undang darurat menurut Konstitusi RIS dan UUDS 1950 itu.

²⁸⁸ Bandingkan dengan pendapat H. Abdul Latief yang menganggap bahwa istilah peraturan perundang-undangan itu juga mengandung pengertian sebagai proses pembentukan peraturan dimaksud. Lihat H. Abdul Latief, *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*, (Yogyakarta: UII-Press, 2005), hal. 38-39.

Bagaimanapun, perpu itu sendiri memang merupakan undang-undang yang dibentuk dalam keadaan yang darurat yang menurut istilah Pasal 22 ayat (1) UUD 1945 disebutkan "*Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa*". Istilah hal-ihwal kegentingan yang memaksa dan darurat di sini tentu tidak boleh dikacaukan atau diidentikkan dengan pengertian "keadaan bahaya" menurut ketentuan Pasal 12 UUD 1945. Keadaan darurat atau dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa di sini adalah keadaan yang ditafsirkan secara subjektif dari sudut pandang Presiden/ Pemerintah, di satu pihak karena (i) Pemerintah sangat membutuhkan suatu undang-undang untuk tempat menuangkan sesuatu kebijakan yang sangat penting dan mendesak bagi negara, tetapi di lain pihak (ii) waktu atau kesempatan yang tersedia untuk mendapatkan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat tidak mencukupi sebagaimana mestinya.

Oleh karena itu, dari segi substansinya sebenarnya juga merupakan undang-undang dalam arti materiel (*wet in materiele zin*). Sebab, substansi norma yang terkandung di dalamnya adalah materi undang-undang bukan materi peraturan pemerintah. Materi normatif tersebut dituangkan dalam bentuk peraturan pemerintah hanya bersifat sementara waktu saja, karena itu harus mendapat persetujuan DPR dalam persidangan yang berikut. Jika tidak mendapat persetujuan DPR, maka peraturan pemerintah itu harus dicabut oleh Presiden. Jadi, substansinya adalah substansi undang-undang, tetapi bentuk formilnya adalah Peraturan Pemerintah. Oleh karena itu, perpu dianggap sederajat kedudukannya dengan undang-undang, sehingga materi muatannya sangat mungkin bertentangan atau bersifat mengubah

ketentuan undang-undang yang ada sebelumnya.²⁸⁹

3) Ketetapan MPR/S

Istilah ketetapan dalam Ketetapan MPR/S tersebut sebenarnya tidak terdapat dalam ketentuan Undang-Undang Dasar 1945. Menurut Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, istilah ini mungkin diambil oleh MPRS pada sidang-sidangnya yang pertama dari bunyi pasal-pasal Undang-Undang Dasar 1945 yang menyebutkan bahwa MPR berwenang menetapkan Undang-Undang Dasar, Garis-garis besar daripada haluan negara (Pasal 3), dan memilih Presiden dan Wakil Presiden (Pasal 6 ayat 2). Namun, Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (MPRS) itu sendiri sampai dengan sekarang masih merupakan sumber hukum, karena masih ada beberapa Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara yang dinyatakan tetap berlaku oleh Ketetapan MPR Nomor I/MPR/2003.

Seperti diketahui, setelah Perubahan Keempat UUD 1945, status hukum Ketetapan MPR/S yang bersifat mengatur (*regeling*) dianggap tidak lagi mempunyai dasar konstitusional. MPR menurut Pasal 3 *juncto* Pasal 8 ayat (3) UUD 1945 hanya memiliki 4 (empat) kewenangan konstitusional saja, yaitu (i) mengubah dan menetapkan UUD, (ii) melantik Presiden dan/atau Wakil Presiden, (iii) memberhentikan Presiden dan/atau Wakil Presiden dari jabatannya menurut UUD 1945, dan (iv) memilih Presiden dan/atau Wakil Presiden untuk mengi-

²⁸⁹ Lihat dan cermati ketentuan-ketentuan pada Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, khususnya pada bagian Bab III mengenai Materi Muatan. Bandingkan juga pengertian mengenai klausa “hal ikhwal kegentingan yang memaksa” dalam Putusan Mahkamah Konstitusi dalam perkara Pengujian Undang-undang Nomor 19 Tahun 2004 tentang Kehutanan bertanggal 7 Juli 2005.

si lowongan jabatan. Oleh karena itu, tidak ada lagi Ketetapan MPR yang bersifat pengaturan (*regeling*) yang boleh dibuat oleh MPR di masa mendatang.

Terhadap berbagai Ketetapan MPR/S yang sudah ada dan diwarisi dari masa lalu, telah diadakan peninjauan menyeluruh mengenai materi dan status hukumnya berdasarkan Ketetapan MPR No. I/MPR/Tahun 2003 tentang Peninjauan Terhadap Materi dan Status Hukum Ketetapan MPRS dan Ketetapan MPR-RI Tahun 1960 Sampai Dengan Tahun 2002.²⁹⁰ Ada Ketetapan MPR/S yang dinyatakan sudah dicabut, ada yang dinyatakan masih berlaku sampai terbentuknya pemerintahan baru hasil Pemilu 2004, ada pula ketetapan yang dinyatakan masih berlaku sampai materinya diatur dengan undang-undang. Namun demikian, selain itu semua, sampai sekarang masih terdapat 8 (delapan) Ketetapan MPR/S yang dapat dikatakan masih berlaku sebagai peraturan yang mengikat untuk umum.

Kedelapan Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) atau Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (MPRS) tersebut adalah:

- (i) Ketetapan MPRS Nomor XXV/MPRS/1966 tentang Pembubaran PKI, Pernyataan Sebagai Organisasi Terlarang di Seluruh Wilayah Negara RI bagi PKI dan Larangan Setiap Kegiatan untuk Menyebarkan atau Mengembangkan Faham atau Ajaran Komunis/Marxisme-Leninisme dinyatakan tetap berlaku, dengan ketentuan seluruh ketentuan dalam Ketetapan MPRS-RI Nomor XXV/MPRS/1966 ini, ke depan diberlakukan dengan berkeadilan dan meng-

²⁹⁰ Lihat Himpunan Ketetapan MPRS dan Ketetapan MPR-RI Berdasarkan Ketetapan MPR-RI No. I/MPR/Tahun 2003 tentang Peninjauan Terhadap Materi dan Status Hukum Ketetapan MPRS dan Ketetapan MPR-RI Tahun 1960 sampai dengan Tahun 2002, (Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR, 2003).

hormati hukum, prinsip demokrasi, dan hak asasi manusia;

- (ii) Ketetapan MPR-RI Nomor XVI/MPR/1998 tentang Politik Ekonomi dalam Rangka Demokrasi Ekonomi, dinyatakan tetap berlaku dengan ketentuan, Pemerintah berkewajiban mendorong keberpihakan politik ekonomi yang lebih memberikan kesempatan dukungan dan pengembangan ekonomi, usaha kecil menengah, dan koperasi sebagai pilar ekonomi dalam membangkitkan terlaksananya pembangunan nasional dalam rangka demokrasi ekonomi sesuai hakikat Pasal 33 UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- (iii) Ketetapan MPRS No. XXIX/MPRS/1966 tentang Pengangkatan Pahlawan Ampera tetap berlaku dengan menghargai Pahlawan Ampera yang telah ditetapkan hingga terbentuknya undang-undang tentang pemberian gelar, tanda jasa, dan lain-lain tanda kehormatan;
- (iv) Ketetapan MPR No. XI/MPR/1998 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas KKN sampai terlaksananya seluruh ketentuan dalam ketetapan tersebut. Sekarang telah terbentuk UU tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, meskipun masih ada aspek yang terkait dengan mantan Presiden Soeharto yang belum terselesaikan;
- (v) Ketetapan MPR No. VI/MPR/2001 tentang Etika Kehidupan Berbangsa;
- (vi) Ketetapan MPR No. VII/MPR/2001 tentang Visi Indonesia Masa Depan;
- (vii) Ketetapan MPR No. VIII/MPR/2001 tentang Rekomendasi Arah Kebijakan Pemberantasan dan Pencegahan KKN sampai terlaksananya seluruh ketentuan dalam ketetapan tersebut;
- (viii) Ketetapan MPR No. IX/MPR/2001 tentang Pembauran Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam

sampai terlaksananya seluruh ketentuan dalam Ketetapan tersebut.

Status hukum kedelapan Ketetapan MPR/S yang tersisa ini tidak dapat dikategorikan sebagai undang-undang dasar, karena ketika dibuat materinya memang tidak dimaksudkan sebagai norma hukum dasar atau konstitusi. Namun, karena lembaga yang menetapkannya adalah MPR, maka dapat saja timbul penafsiran seakan-akan Ketetapan MPR/S itu setingkat kedudukannya dengan undang-undang dasar. Akan tetapi, status hukum Ketetapan MPR/S yang tersisa itu dapat pula ditafsirkan setingkat kedudukannya atau dapat dipersamakan dengan undang-undang.

Dipersamakan itu berarti tidak harus sama, tetapi secara teknis hukum kedudukannya dapat dianggap sama. Sebab, MPR sendiri telah menentukan, ada di antara ketetapan-ketetapannya itu yang masih berlaku sampai materinya diatur dengan undang-undang. Hal itu menunjukkan bahwa MPR sendiri telah menundukkan status hukum ketetapan-ketetapannya itu setingkat dengan undang-undang, karena ketetapan-ketetapan tersebut dapat diubah dengan undang-undang. Meskipun secara formil bentuknya bukan undang-undang (*wet*), tetapi secara materiel Ketetapan-Ketetapan MPR/S tersisa itu adalah juga undang-undang atau *wet in materiele zin*.

4) Peraturan Pemerintah

Menurut ketentuan Pasal 5 ayat (2) UUD 1945, Presiden menetapkan Peraturan Pemerintah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya. Dikarenakan Peraturan Pemerintah diadakan untuk melaksanakan Undang-undang, maka tidak mungkin bagi Presiden untuk menetapkan Peraturan Pemerintah sebelum ada undang-undangnya. Oleh karena itu, UU selalu

mendahului Peraturan Pemerintah (PP), dan Peraturan Pemerintah dapat dibentuk hanya atas dasar perintah undang-undang. Dengan perkataan lain, Peraturan Pemerintah itu merupakan bentuk *delegated legislation* atau kewenangan yang didelegasikan oleh *principal legislator* atau pembentuk undang-undang kepada Presiden selaku kepala pemerintahan yang akan menjalankan (*eksekutif*) undang-undang yang bersangkutan.

Dalam hubungan dengan pendelegasian kewenangan itu, kadang-kadang timbul persoalan, misalnya, kewenangan yang didelegasikan tersebut disalahgunakan oleh Pemerintah. Jika kewenangan regulasi itu disalahgunakan, seperti umpamanya, materi yang diatur dalam Peraturan Pemerintah itu berlebihan sehingga menambah-nambah atau bahkan mengubah materi yang diatur dalam undang-undang yang menjadi dasar berpijaknya, maka tersedia mekanisme untuk mengujinya ke Mahkamah Agung. Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 menentukan, "*Mahkamah Agung berwenang ... menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, ...*".²⁹¹

Dengan perkataan lain, jika di dalam undang-undang tidak ada perintah yang tegas agar Peraturan Pemerintah ditetapkan oleh Pemerintah, maka Pemerintah tidak dapat menetapkan Peraturan Pemerintah sama sekali. Pengaturan dengan Peraturan Pemerintah itu semata-mata untuk maksud mengatur lebih lanjut hal-hal yang diperintahkan untuk diatur dalam dan dengan Peraturan Pemerintah. Hanya saja, dalam Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pem-

²⁹¹ Bandingkan dengan kewenangan dari Mahkamah Konstitusi yang mempunyai kewenangan untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Lihat Pasal 13 UU No. 14 Tahun 1984 tentang Mahkamah Agung dan Pasal 10 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

bentukan Peraturan Perundang-undangan,²⁹² ditentukan juga bahwa Peraturan Pemerintah itu dapat dibentuk atas dasar pendelegasian yang tegas atau tidak tegas dari undang-undang. Pasal 10 undang-undang ini menyatakan, "*Materi muatan Peraturan pemerintah berisi materi untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya*".

Dalam Penjelasan pasal tersebut dinyatakan bahwa yang dimaksud dengan "sebagaimana mestinya" adalah materi muatan yang diatur dalam Peraturan Pemerintah tidak boleh menyimpang dari materi yang diatur dalam undang-undang yang bersangkutan. Dari penjelasan ini timbul penafsiran bahwa sekiranya tidak diperintahkan secara eksplisit pun oleh undang-undang, PP tetap dapat dikeluarkan oleh Pemerintah asalkan materinya tidak bertentangan dengan undang-undang, dan asalkan hal itu memang diperlukan sesuai dengan kebutuhan yang timbul dalam praktik untuk maksud "... menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya". Perbedaan penafsiran atas prosedur teknis pelaksanaan pendelegasian yang tidak tegas itulah yang nantinya dapat menimbulkan masalah serius di lapangan.

5) Peraturan Presiden

Undang-undang, Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang, dan Peraturan Pemerintah adalah bentuk-bentuk peraturan yang disebut oleh Undang-Undang Dasar 1945. Namun, tidak demikian halnya dengan Peraturan Presiden. Sebelum dibentuknya UU No. 10 Tahun 2004, istilah yang biasa dipakai untuk ini adalah Keppres (Keputusan Presiden). Keputusan Presiden sebagai bentuk peraturan, baru ditetapkan oleh Ketetapan Majelis

²⁹² Indonesia, *Undang-undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 10 Tahun 2004, LN Tahun 2004 No. 53, TLN No. 4389.

Permusyawaratan Rakyat Sementara No. XX/MPRS/1966. Dengan ketetapan MPRS ini, bentuk-bentuk peraturan yang ada sebelumnya, seperti Peraturan Presiden (Perpres) dan Penetapan Presiden (Penpres) diiadakan. Keputusan Presiden dalam Ketetapan MPRS ini dimaksud untuk melaksanakan ketentuan UUD 1945 dan ketetapan-ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara/Majelis Permusyawaratan Rakyat dalam bidang eksekutif, atau Peraturan Pemerintah.²⁹³

Namun, materi Keputusan Presiden ini ada yang bersifat mengatur (*regeling*) dan ada pula yang hanya bersifat penetapan administratif (*beschikking*) dan berlaku untuk sekali atau *einmalig* saja. Karena muatannya tercampur-aduk antara yang bersifat *regeling* dan *beschikking*, maka dipandang perlu untuk diadakan pembedaan yang tegas di antara keduanya. Dalam berbagai makalah yang kemudian tertuang dalam berbagai buku saya, sangat sering saya usulkan adanya pembedaan semacam itu.

Alasan pertama ialah bahwa penggunaan nomenklatur untuk bentuk hukum yang berisi norma yang mengatur haruslah "peraturan", bukan "keputusan". Sedangkan untuk bentuk hukum yang bersifat penetapan, tidak boleh disebut "peraturan" karena sifatnya memang tidak mengatur (*regeling*).

Kedua, adanya pembedaan tersebut penting dan memudahkan masyarakat memahami bahwa keduanya memang berbeda, sehingga upaya hukum untuk melawannya juga berbeda mekanismenya. Upaya hukum untuk melawan produk peraturan disebut sebagai pengu-

²⁹³ Ketetapan MPRS XX/MPRS/1966 bagian II Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia menurut UUD 1945.

jian peraturan (*judicial review*),²⁹⁴ sedangkan upaya hukum untuk melawan keputusan administrasi negara (*beschikking*) adalah melalui gugatan ke pengadilan tata usaha negara (TUN). Dengan demikian, istilah peraturan dan keputusan memang tidak tepat untuk dikacaukan atau dicampuradukkan satu sama lain. Oleh karena itu, berdasarkan UU No. 10 Tahun 2004, istilah Peraturan Presiden yang pernah dikenal sebelum masa Orde Baru, dihidupkan kembali untuk mewadahi kewenangan regulasi yang dimiliki oleh Presiden di luar bentuk Peraturan Pemerintah yang ditentukan dalam UUD 1945.

Menurut ketentuan Pasal 11 UU No. 10 Tahun 2004 dijelaskan, "*materi muatan Peraturan Presiden berisi materi yang diperintahkan oleh Undang-Undang atau materi untuk melaksanakan Peraturan Pemerintah*". Dalam ketentuan ini dapat timbul dua persoalan. *Pertama*, Pasal 11 ini memungkinkan pembentuk undang-undang memberikan delegasi kewenangan pengaturan mengenai materi tertentu langsung kepada Peraturan Presiden atau kepada Peraturan Pemerintah. Pilihan mengenai salah satu dari kedua bentuk peraturan ini sepenuhnya tergantung kepada pembentuk undang-undang sendiri. Dengan logika demikian, berarti kedua jenis peraturan ini haruslah berbeda satu sama lain, terutama dari segi kriteria isinya. Sebab, jika keduanya tidak berbeda, untuk apa pembentuk undang-undang

²⁹⁴ Dalam arti luas, gugatan terhadap keputusan pejabat administrasi negara, dalam bahasa Inggris (*British*), biasa disebut dengan istilah *judicial review* juga. Tetapi, *judicial review* yang dimaksud di sini sesuai pengertian yang biasa dipahami di Indonesia, yakni dalam arti sempit hanya mencakup pengertian pengujian peraturan saja. Lihat Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, (Jakarta: Kompas, 2005); dan Fatmawati, *Hak Menguji (Toetsingsrecht) yang Dimiliki oleh Hakim dalam Sistem Hukum Indonesia*, (Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2005).

diharuskan memilih di antara kedua jenis peraturan itu. Bukankah cukup PP saja yang berfungsi sebagai peraturan pelaksana langsung atas ketentuan undang-undang. Sedangkan, Peraturan Presiden cukup difungsikan sebagai pelaksana Peraturan Pemerintah sesuai dengan tata urutan hierarkisnya. *Kedua*, dalam Penjelasan Pasal 11 itu juga ditentukan bahwa:

“Sesuai dengan kedudukan Presiden menurut UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Peraturan Presiden adalah peraturan yang dibuat oleh Presiden dalam menyelenggarakan pemerintahan Negara sebagai atribusi dari Pasal 4 ayat (1) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945”.

Dengan penjelasan ini berarti, Peraturan Presiden dipahami oleh pembentuk undang-undang sebagai peraturan yang bersifat mandiri yang dapat terlepas dari Undang-undang atau apalagi Peraturan Pemerintah. Jika suatu undang-undang tidak menentukan harus diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah, maka untuk melaksanakan berbagai ketentuan undang-undang yang bersangkutan dapat ditetapkan Peraturan Presiden sebagaimana mestinya.

Demikian pula untuk kepentingan menjabarkan lebih lanjut ketentuan Peraturan Pemerintah, maka Presiden dapat lebih lanjutnya menetapkan Peraturan Presiden. Bahkan, meskipun Undang-undang (UU) ataupun Peraturan Pemerintah (PP) tidak mengatur, jika Presiden menganggapnya penting untuk diatur dalam rangka menjalankan roda pemerintahan, maka berdasarkan ketentuan Pasal 4 ayat (1) UUD 1945, Presiden dianggap dapat menafsirkan kewenangan atributifnya untuk mengatur hal itu dengan Peraturan Presiden. Dengan demikian, terdapat dua macam Peraturan Presiden, yaitu Peraturan Presiden yang bersumber dari

delegasi pengaturan dari undang-undang dan Peraturan Presiden yang berdasarkan ketentuan Pasal 4 ayat (1) UUD 1945. Kedua macam Peraturan Presiden tersebut dapat menimbulkan kerancuan seperti halnya kedudukan Keputusan Presiden dalam sistem yang pernah dipraktikkan di masa lalu.²⁹⁵

Jika perintah untuk mengatur itu tercantum secara tegas dalam undang-undang, maka niscaya produk peraturan yang harus ditetapkan oleh Presiden itu adalah dalam bentuk sebagaimana yang diperintahkan dalam undang-undang tersebut. Akan tetapi, apabila perintah mengenai bentuknya tidak disebut dengan tegas, atau bahkan tidak ada perintah sama sekali untuk mengaturnya, maka Presiden dianggap dengan sendirinya memiliki ruang gerak kewenangan diskresi (*discretionary power*) berdasarkan prinsip *freies-ermessen* atau *beleidsvrijhei* untuk berkreasi. Asalkan hal itu berada dalam batas-batas kebutuhan yang rasional, objektif, wajar (*reasonable*) dan sewajarnya (proporsional), Presiden dapat berinisiatif untuk mengeluarkan Peraturan Presiden yang dibutuhkan, kecuali jika materi yang hendak diatur itu termasuk kategori materi yang harus diatur dengan undang-undang, tentu Presiden tidak dapat menuangkannya dalam bentuk Peraturan Presiden.

Namun, berkenaan dengan hal tersebut di atas, dapat timbul persoalan di lapangan, yaitu bagaimana menentukan batasan yang wajar, sehingga kewenangan diskresi yang dimiliki oleh Presiden untuk mengeluarkan Peraturan Presiden itu tidak dilakukan dengan sew-

²⁹⁵ Lihat pendapat Bagir Manan mengenai hal ini dalam Anna Erliyana, *Keputusan Presiden: Analisis Keppres RI 1987-1998*, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004), hal. 23.

nang-wenang. Jika hal itu dilakukan sewenang-wenang, maka pemerintahan akan kembali berkembang seperti di masa Orde Baru, di mana banyak sekali tindakan pemerintahan yang dilakukan hanya dengan Keputusan-Keputusan Presiden, sehingga saya sendiri pernah menamakannya sebagai gejala *Government by Keppres*.²⁹⁶

Jika diperhatikan dengan sungguh-sungguh, sebenarnya, Penjelasan Pasal 11 UU No. 10 Tahun 2004 tersebut, jelas mengandung substansi konsep Keputusan Presiden yang bersifat mandiri yang pernah dipopulerkan oleh Prof. Dr. Hamid S. Attamimi di masa Orde Baru yang banyak mendapat kritik dari para ahli hukum.²⁹⁷

6) Peraturan Daerah (Perda)

Menurut ketentuan Pasal 7 ayat (2) UU No. 10 Tahun 2004, Peraturan Daerah (Perda) meliputi:

- a. Peraturan Daerah provinsi yang dibuat oleh dewan perwakilan rakyat daerah provinsi bersama dengan gubernur;
- b. Peraturan Daerah kabupaten/kota yang dibuat oleh dewan perwakilan rakyat daerah kabupaten/kota bersama bupati/walikota;
- c. Peraturan Desa/peraturan yang setingkat, yang dibuat oleh badan perwakilan desa atau nama lainnya bersama dengan kepala desa atau nama lainnya.

²⁹⁶ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Konpress, Jakarta, 2005. Dalam semangat yang sama, Frans Hendrawinata juga menulis artikel di Harian Kompas dengan judul, "Keppres Sarana Legitimasi Praktik KKN", 26 Oktober 1998, hal. 9.

²⁹⁷ Lihat Hamid S. Attamimi, *Peranan Keputusan Presiden dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara: Suatu Studi Analisis mengenai Keputusan Presiden yang berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita IV*, disertasi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1990. Di samping Hamid S. Attamimi, kajian ilmiah tentang Keputusan Presiden juga dilakukan oleh Anna Erliyana dalam disertasinya pada tahun 2004.

Mengenai pengertian Peraturan Desa (Perdes) ini dapat timbul persoalan serius di lapangan. Sebagai bentuk peraturan di tingkat desa, seharusnya Peraturan Desa dikeluarkan dari pengertian Peraturan Daerah yang tercantum resmi sebagai bentuk peraturan yang berada dalam posisi hierarki kelima dalam susunan peraturan perundang-undangan yang dimaksud oleh Pasal 7 ayat (2) UU No. 10 Tahun 2004 tersebut. Unit pemerintahan desa, sudah seharusnya dibedakan dari unit pemerintahan daerah pada umumnya. Kehidupan masyarakat desa merupakan bentuk komunitas yang dapat mengurus dirinya sendiri. Oleh karena itu, masyarakat desa juga biasa disebut sebagai *self-governing communities (zelf-bestuur gemeenschap)* yang merupakan unit-unit kegiatan masyarakat di luar pengertian formal daya jangkau organisasi negara. Oleh karena itu, Peraturan Desa tidak perlu dimasukkan ke dalam kategori peraturan perundang-undangan negara.

Dengan demikian, bentuk Peraturan Desa itu sebenarnya tidak perlu dikategorikan sebagai peraturan perundang-undangan yang berada di bawah undang-undang, sehingga memenuhi kualifikasi sebagai bentuk peraturan yang dapat diuji oleh Mahkamah Agung. Jika peraturan desa dikategorikan sebagai bentuk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 24A ayat (1) UUD 1945, maka berarti bahwa peraturan desa itu dapat dijadikan objek pengujian oleh Mahkamah Agung. Hal demikian tentulah dapat dianggap tidak realistis, dan justru tidak sesuai dengan maksud perumusan Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 itu sendiri, karena akan membebani Mahkamah Agung dengan tugas-tugas yang sangat tidak realistis. Kehidupan masyarakat desa sebagai *self-governing communities* merupakan unit-unit kegiatan masyarakat di luar pengertian formal daya jangkau organisasi nega-

ra. Meskipun desa merupakan kaki-kaki yang kokoh bagi organisasi negara dalam arti yang umum, tetapi daya jangkau organ-organ negara memang tidak seharusnya menjangkau sampai ke tingkat desa. Oleh sebab itu, Peraturan Desa tidak perlu dimasukkan ke dalam kategori peraturan perundang-undangan negara.

Namun demikian, terlepas dari hal itu, secara normatif pada ayat (3) pasal ini, lebih lanjut telah ditentukan bahwa tata cara pembuatan Peraturan Desa atau peraturan yang setingkat peraturan desa itu diatur dengan Peraturan Daerah Kabupaten/Kota yang bersangkutan. Selanjutnya, Pasal 7 ayat (4) menentukan bahwa jenis Peraturan Perundang-undangan selain yang ditentukan pada Pasal 7 ayat (1) UU No. 10 Tahun 2004, diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi.

7) Peraturan Pelaksanaan Lainnya

Di masa awal Orde Baru dulu, yang dimaksud dengan peraturan pelaksanaan lainnya adalah bentuk-bentuk peraturan yang ada setelah Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966, dan harus bersumber kepada peraturan perundangan yang lebih tinggi. Umpamanya, Peraturan Menteri, Peraturan Daerah, dan sebagainya. Sumber-sumber hukum formil Hukum Tata Negara pada masa itu adalah sebagaimana ditentukan dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Nomor XX/MPRS/1966,²⁹⁸ yang kemudian oleh Ketetapan Majelis Permu-

²⁹⁸ Ketetapan MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia. Pasal 1, menerima baik isi memorandum DPR-GR tertanggal 9 Juni 1966, khusus mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia. Pasal 2, Sumber Tertib Hukum dan Tata Urutan Pera-

syawaran Rakyat Nomor V/MPR/ 1973 dinyatakan tetap berlaku.²⁹⁹ Sumber-sumber hukum tersebut merupakan sumber hukum formil menurut tingkat kewenangannya (hierarkinya), sehingga setiap peraturan hukum yang berlaku senantiasa bersumber pada dan dari peraturan hukum yang lebih tinggi tingkatannya.

Setelah ditetapkannya Ketetapan MPR Nomor III/MPR/2000 di masa reformasi, bentuk dan jenis-jenis peraturan perundang-undangan disederhanakan sehingga terdiri atas (i) Undang-Undang Dasar, (ii) Ketetapan MPR/S, (iii) Undang-undang (UU), (iv) Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang (Perpu), (v) Peraturan Pemerintah (PP), (vi) Keputusan Presiden (Keppres), (vii) Peraturan Daerah (Perda). Sedangkan, bentuk-bentuk lainnya yang tetap diakui adalah Peraturan/Keputusan Menteri, lembaga-lembaga independen lainnya, Mahkamah Agung, dan sebagainya, yang disebut peraturan atau keputusan yang bersifat mengatur.

Setelah diadakan peninjauan kembali mengenai materi dan status hukum Ketetapan-Ketetapan MPR/MPRS sejak tahun 1960 sampai dengan tahun 2002, maka oleh Ketetapan MPR No. I/MPR/2003 ditentukan bahwa TAP MPR No. III/MPR/2000 tersebut di atas dinyatakan masih tetap berlaku sampai terbentuknya undang-undang yang mengatur materi

aturan Perundangan Republik Indonesia tersebut pada Pasal 1 berlaku bagi pelaksanaan Undang-Undang Dasar 1945 secara murni dan konsekuen.

²⁹⁹ Ketetapan MPR No. V/MPR/1973 tentang Peninjauan produk-produk yang berupa ketetapan-ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Republik Indonesia. Pasal 3, dinyatakan tetap berlaku dan perlu disempurnakan Ketetapan-ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara: (1) Tap XX/MPRS/1966 tentang Memorandum DPR-GR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia.

yang diatur dalam ketentuan itu. Untuk itu, maka dibentuklah Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan. Dengan berlakunya UU No. 10 Tahun 2004 ini, maka segala sesuatu yang berkenaan dengan bentuk dan pembentukan peraturan perundang-undangan harus tunduk kepada ketentuan yang diatur oleh undang-undang ini. Pasal 54 UU No. 10 Tahun 2004 menjelaskan bahwa:

“Teknik penyusunan dan/atau bentuk Keputusan Presiden, Keputusan Pimpinan Majelis Permusyawaratan Rakyat, dan Keputusan Pimpinan Dewan Perwakilan Rakyat, Keputusan Pimpinan Dewan Perwakilan Daerah, Keputusan Ketua Mahkamah Agung, Keputusan Ketua Mahkamah Konstitusi, Keputusan Kepala Badan Pemeriksa Keuangan, Keputusan Gubernur Bank Indonesia, Keputusan Menteri, Keputusan Kepala Badan, Lembaga atau Komisi yang setingkat, Keputusan Pimpinan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Keputusan Gubernur, Keputusan Pimpinan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Keputusan Bupati/Walikota, Keputusan Kepala Desa atau yang setingkat, harus berpedoman pada teknik penyusunan dan/atau bentuk yang diatur dalam Undang-Undang ini”.

Sementara itu, dalam Pasal 56 Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 tersebut dinyatakan pula:

“Semua Keputusan Presiden, Keputusan Menteri, Keputusan Gubernur, Keputusan Bupati/Walikota, atau keputusan pejabat lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 yang sifatnya mengatur, yang sudah ada sebelum Undang-undang ini berlaku, harus dibaca *peraturan*, sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini”.

Oleh karena itu, semua keputusan lembaga-lembaga seperti yang dimaksud dalam Pasal 54 tersebut di

atas, sepanjang bersifat mengatur (*regeling*) harus dibaca sebagai peraturan, dan untuk seterusnya, semua produk yang bersifat mengatur tersebut harus disebut dengan nama peraturan yang pembentukannya tunduk kepada ketentuan UU No. 10 Tahun 2004 itu.

Peraturan-peraturan dimaksud, misalnya, Peraturan Tata Tertib MPR, Peraturan Tata Tertib DPR, Peraturan Tata Tertib DPD,³⁰⁰ Peraturan Mahkamah Agung (PERMA), Peraturan Mahkamah Konstitusi (PMK), Peraturan Badan Pemeriksa Keuangan, Peraturan Bank Indonesia (PBI), Peraturan Menteri (Permen), Peraturan Kepala Badan, Peraturan Lembaga, Peraturan Komisi Pemilihan Umum (KPU),³⁰¹ Peraturan Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, atau peraturan lembaga yang setingkat lainnya. Semua peraturan perundang-undangan tersebut merupakan bentuk-bentuk peraturan pelaksanaan undang-undang atau biasa disebut *subordinate legislations* yang merupakan peraturan yang didelegasikan oleh undang-undang (*delegated legislations*). Semua itu tetap dapat disebut sebagai peraturan perundang-undangan yang termasuk ke dalam kategori *allgemeene verbindende voorschriften* atau peraturan yang mengikat untuk umum.

Bahkan, dalam bahasa Belanda, bentuk-bentuk pengaturan yang ditetapkan oleh para administrator sebagai pejabat pelaksana fungsi-fungsi administrasi

³⁰⁰ Peraturan-peraturan ini biasanya ditetapkan dalam bentuk atau dengan memakai baju hukum keputusan, tetapi dinamakan Peraturan Tata Tertib karena isinya bersifat mengatur.

³⁰¹ Sebelum diundangkannya UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, jenis-jenis peraturan seperti yang dikeluarkan oleh Komisi Pemilihan Umum (KPU) biasa disebut dengan istilah Keputusan Ketua KPU. Akan tetapi, berdasarkan ketentuan Pasal 56 UU No. 10 Tahun 2004 tersebut, semua sebutan Keputusan yang berisi norma yang bersifat pengaturan (*regeling*) itu harus dibaca sebagai peraturan menurut ketentuan UU No. 10 Tahun 2004.

negara dalam rangka melaksanakan ketentuan undang-undang disebut juga dengan istilah *besluit van algemeene strekking* atau keputusan yang berisi ketentuan yang berlaku untuk umum. Oleh sebab itu, bentuk hukum pengaturan seperti itu sebelum dibentuknya UU No. 10 Tahun 2004, biasa disebut juga dengan istilah "Keputusan". Misalnya, Keputusan Menteri, Keputusan Direktur Jenderal Pajak, Keputusan Gubernur, Keputusan Komisi Pemilihan Umum, dan sebagainya, disebut dengan istilah keputusan, padahal isinya bersifat mengatur (*regeling*). Kebiasaan penggunaan istilah keputusan itu disebabkan oleh karena dalam bahasa Belanda, bentuk-bentuk pengaturan seperti itu juga biasa disebut dengan istilah *besluit van algemeene strekking*.

Di samping itu, ada pula bentuk-bentuk atau jenis-jenis peraturan di tingkat daerah. Bentuk-bentuk atau jenis peraturan tingkat daerah ini sebenarnya dapat saja disebut atau tidak disebut sebagai peraturan perundang-undangan. Misalnya, undang-undang dapat menentukan ada atau tidaknya perbedaan yang jelas antara pengertian peraturan pusat dan peraturan daerah. Akan tetapi, Pasal 7 ayat (2) dan ayat (1) Undang-undang Nomor 10 Tahun 2004 telah dengan jelas menentukan bahwa Peraturan Daerah yang mencakup pengertian Peraturan Daerah Provinsi, Peraturan Daerah Kabupaten/Kota, dan Peraturan Desa atau yang setingkat, termasuk ke dalam pengertian peraturan perundang-undangan. Pasal 7 ayat (1) jelas menentukan bahwa Peraturan Daerah itu adalah peraturan perundang-undangan yang berada dalam urutan hierarkis ke-5 setelah UUD, UU/Perpu, PP, dan Perpres.

Dengan demikian, peraturan tingkat daerah beserta peraturan pelaksanaannya adalah termasuk juga dalam pengertian peraturan perundang-undangan. Peraturan-peraturan tingkat daerah itu terdiri atas Peraturan Daerah Provinsi, Peraturan Gubernur, Peraturan Daerah

Kabupaten/Kota, dan Peraturan Bupati/Walikota. Hubungan antara Perda Provinsi dengan Peraturan Kepala Pemerintah Daerah itu dapat disetarakan dengan hubungan antara Undang-undang dengan Peraturan Pemerintah atau Peraturan Presiden di tingkat pusat. Demikian pula bentuk-bentuk peraturan lainnya, dapat pula disebut, misalnya Peraturan Tata Tertib DPRD Provinsi, dan Peraturan Tata Tertib DPRD Kabupaten/Kota, meskipun tidak termasuk pengertian *algemeene verbindende voorschriften*, tetapi tetap dapat disebut sebagai peraturan tingkat daerah.

4. Konvensi Ketatanegaraan

Dalam Hukum Tata Negara (*constitutional law*), dikenal pula apa yang disebut konvensi ketatanegaraan (*the convention of the constitution*). Konvensi ketatanegaraan mempunyai kekuatan yang sama dengan Undang-undang, karena diterima dan dijalankan, meskipun hakim di pengadilan tidak terikat olehnya. Bahkan seringkali konvensi ketatanegaraan ini menggeser berlakunya suatu peraturan perundang-undangan yang tertulis.

Sebagai contoh, pada awal kemerdekaan, dapat dikemukakan bahwa menurut Pasal 17 Undang-Undang Dasar 1945, Menteri Negara bertanggung jawab kepada Presiden, karena ia adalah pembantu Presiden. Dalam perkembangan ketatanegaraan Indonesia di tahun 1945, ternyata ketentuan yang menyatakan bahwa Menteri Negara harus bertanggung jawab kepada Presiden, karena konvensi ketatanegaraan, diubah menjadi bertanggung jawab kepada Badan Pekerja Komite Nasional Indonesia Pusat (BP-KNIP). Pada masa itu, Badan Pekerja Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) ini berfungsi sebagai semacam Dewan Perwakilan Rakyat yang menja-

lankan tugas-tugas yang bersifat legislatif.

Hal ini terjadi karena keluarnya Maklumat Wakil Presiden No. X tanggal 16 Oktober 1945, yang kemudian diikuti dengan Maklumat Pemerintah tanggal 14 November 1945, di mana Komite Nasional Indonesia Pusat yang semula membantu Presiden dalam menjalankan wewenangnya berdasarkan Aturan Peralihan Pasal IV Undang-Undang Dasar 1945, menjadi badan yang sederajat dengan Presiden, dan sebagai tempat Menteri Negara bertanggung jawab. Dengan demikian, sistem pemerintahan yang semula menganut sistem presidentil (*presidential system*) berubah menjadi sistem pemerintahan parlementer. Hal ini dapat dilihat dalam kabinet Syahrir I, II, dan III, serta kabinet Amir Sjarifudin yang menggantikannya.

Konvensi ketatanegaraan dapat dibedakan dari kebiasaan ketatanegaraan. Dalam kebiasaan terdapat unsur yang menunjukkan bahwa suatu perbuatan yang sama berulang-ulang dilakukan, yang kemudian diterima dan ditaati. Kebiasaan ketatanegaraan akan menjadi hukum kebiasaan yang mengikat apabila ia diberi atau dilengkapi dengan sanksi. Kebiasaan ketatanegaraan ialah perbuatan dalam kehidupan ketatanegaraan yang dilakukan berulang kali, sehingga ia diterima dan ditaati dalam praktik ketatanegaraan, walaupun ia bukan hukum. Di sinilah letak perbedaannya dengan ketentuan hukum yang sudah tidak diragukan keabsahannya. Kebiasaan ketatanegaraan walaupun bagaimana pentingnya tetap merupakan kebiasaan saja.

Sebagian kebiasaan ketatanegaraan memang dapat disebut sebagai konvensi ketatanegaraan. Akan tetapi, tidak selalu konvensi ketatanegaraan merupakan kebiasaan ketatanegaraan, sebab konvensi dapat timbul meskipun sesuatu belum menjadi kebiasaan. Misalnya,

tindak penyimpangan dari ketentuan konstitusi, tetapi telah mendapatkan kesepakatan bersama atau dibiarkan berlaku oleh semua pihak yang terkait, maka hal itu dapat diterima sebagai konvensi ketatanegaraan, meskipun belum menjadi kebiasaan yang dimaksud di atas. Kebiasaan mempersyaratkan terjadinya perulangan-perulangan. Tetapi dalam konvensi tidak harus lebih dulu terjadi perulangan. Uraian lebih rinci beserta contoh-contoh mengenai hal ini akan dibahas dalam sub bab tersendiri.

5. Traktat (Perjanjian)

Sumber hukum formil yang lain dari Hukum Tata Negara adalah traktat atau perjanjian, sepanjang traktat atau perjanjian itu menentukan segi hukum ketatanegaraan yang hidup bagi negara masing-masing yang terikat di dalamnya, sekalipun ia termasuk dalam bidang Hukum Internasional. Bentuk traktat (*treaty*) tersebut tidak selalu tertulis karena kemungkinan terjadi bahwa perjanjian hanya diadakan dengan pertukaran nota atau surat-surat belaka. Dalam kamus Hukum Internasional, tidak dibedakan antara traktat dan perjanjian. Bahkan, traktat dan perjanjian sering dikatakan mempunyai arti yang sama saja. Akan tetapi, Bellefroid berpendapat bahwa kedua hal itu mempunyai arti yang berbeda. Traktat adalah perjanjian yang terikat pada bentuk tertentu, sedangkan perjanjian tidak selalu terikat pada bentuk tersebut.³⁰²

Traktat atau perjanjian adalah perjanjian yang diadakan oleh dua negara atau lebih. Apabila perjanjian

³⁰² Bellefroid, Mr. J.H., *Inleiding tot de rechtswetenschap in Nederland*, (Utrecht: Dekker & van de Vegt. N.V. Nijmegen, 1948), hal. 107, "De stalen gaan ook overeenkomst aan, waarby de tractaatsvorm enkel en alleen door nota-wisseling of door briefwisseling gesloten worden. Al worden die overeenkomst doorgaans niet met de naam tractaten bestempeld toch staan zij, van juridisch standpunt beschouwd met tractaten op een lijn".

itu diadakan oleh dua negara, ia disebut perjanjian bilateral. Sedangkan, apabila diadakan oleh banyak negara, ia disebut perjanjian multilateral. Dalam praktik, mana yang disebut traktat dan mana yang dapat disebut sebagai persetujuan, tidak mudah untuk dibedakan. Keduanya sama-sama termasuk ke dalam pengertian perjanjian yang seringkali tidak dapat dipisahkan secara tajam.

Dalam lapangan Hukum Internasional, suatu proses pembuatan perjanjian sampai mengikat kedua negara atau lebih, dilakukan dalam beberapa tahap, yaitu:

- 1) perundingan atau pembicaraan diadakan mengenai hal-hal yang menyangkut kepentingan masing-masing negara. Pembicaraan atau perundingan tersebut merupakan tindakan persiapan sebelum terjadinya suatu traktat;
- 2) jika para pihak telah memperoleh kata sepakat, maka substansi pokok yang dihasilkan dari perundingan itu diparaf sebagai tanda persetujuan sementara. Dikatakan sementara, karena naskah itu masih memerlukan persetujuan lebih lanjut dari lembaga perwakilan rakyat atau parlemen masing-masing negara;
- 3) sesudah diperoleh persetujuan dari masing-masing negara, kemudian disusul dengan penguatan (*bekrachtiging*) oleh Kepala Negara masing-masing. Sesudah keputusan dicapai, tidak mungkin lagi bagi kedua pihak untuk mengadakan perubahan, karena perjanjian tersebut sudah mengikat kedua belah pihak;
- 4) keputusan yang sudah disetujui dan ditandatangani oleh para pihak kemudian diumumkan. Lazimnya pengumuman itu dilakukan dalam suatu upacara

dengan saling menukarkan piagam perjanjian.³⁰³

Dapat dikatakan bahwa pada tahap pertama, yaitu tahap perundingan, sepenuhnya merupakan kewenangan Presiden. Dalam rangka hubungan dengan luar negeri, Presiden dapat menentukan dalam hal apa saja dan kapan saja perlu diadakan perjanjian antara Republik Indonesia dengan negara lain. Dalam hal ini Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) sama sekali tidak perlu ikut campur untuk menentukan secara langsung. Akan tetapi, kadang-kadang DPR dapat pula menyatakan pendapatnya di muka umum mengenai hal itu. Misalnya, DPR dapat menyatakan pendapatnya bahwa hubungan antara Republik Indonesia dengan negara lain belum waktunya diadakan perjanjian. Pendapat yang demikian itu dapat muncul sebagai pendapat perorangan anggota DPR, atau pun kemudian diadopsi menjadi pendapat DPR sebagai institusi. Jika pendapat seperti itu timbul, tentu hal ini dapat saja menimbulkan akibat tertentu terhadap Presiden, setidaknya-tidaknya secara politik.

Jika diukur dengan asas kedaulatan rakyat, sebenarnya, tahap kedualah yang terpenting, yaitu tahap penentuan kesepakatan materiel mengenai hal-hal yang diperjanjikan itu. Sebab, bagaimanapun juga, sudah seharusnya rakyat mengetahui segala tindakan, langkah dan kegiatan Presiden yang berhubungan dengan negara lain. Setiap perjanjian dengan negara lain dapat berakibat langsung ataupun tidak langsung terhadap kehidu-

³⁰³ Lihat Utrecht, *Pengantar dalam Hukum Indonesia, Op. Cit*, hal 186, sebagai berikut : 1. Penetapan, 2. Persetujuan masing-masing Dewan Perwakilan Rakyat dari pihak yang bersangkutan, 3. Ratifikasi, atau pengesahan oleh masing-masing Kepala Negara, 4. Pelantikan atau pengumuman (*afkondiging*).

pan rakyat banyak. Oleh karena itu, wakil-wakil rakyat yang ada di Dewan Perwakilan Rakyat harus mengetahui apakah suatu perjanjian akan menguntungkan rakyat atau justru sebaliknya akan merugikan rakyat yang mereka wakili kepentingannya di lembaga perwakilan rakyat.

Di samping itu, perlu dicatat pula bahwa, selain merupakan sumber hukum materil, perjanjian juga diakui sebagai sumber hukum formil dalam Hukum Tata Negara. Hal ini merupakan konsekuensi logis dari adanya hubungan antarnegara. Sebagai contoh, dapat dikemukakan adanya perjanjian dwi-kewarganegaraan yang dikenal pada masa Undang-Undang Dasar Sementara 1950. Perjanjian yang mengatur persoalan dwi-kewarganegaraan tersebut dulu dianggap sebagai sumber hukum formil bagi Hukum Tata Negara, karena masalah kewarganegaraan itu merupakan salah satu bidang kajian yang dianggap penting dalam Hukum Tata Negara.

Selain itu, Undang-Undang Dasar 1945 sendiri tidak membedakan antara istilah perjanjian dan traktat. Pasal 11 UUD 1945 hanya menyebut istilah perjanjian dengan negara lain. Dalam kepustakaan, wewenang yang timbul dalam hubungan dengan negara lain ini disebut sebagai kekuasaan diplomatik (*diplomatic power*) atau hubungan luar negeri (*foreign Affairs*).³⁰⁴ Dalam Pasal 11 Undang-Undang Dasar 1945 tersebut tidak dirinci lebih

³⁰⁴ C.F. Strong memakai istilah *diplomatic power*, lihat dalam Strong, *Op Cit.*, hal. 233; Bernard Schwartz menyebutnya *foreign affairs*, lihat Bernard Schwartz, *American Constitutional Law*, (Cambridge University Press, 1955), hal. 102 dst.; Wolhoff memakai istilah “hubungan luar negeri”, lihat dalam *Pengantar Hukum Tata Negara Republik Indonesia*, (Jakarta: Timun Mas, 1960), hal. 193; Ismail Suny menggunakan istilah “kekuasaan diplomatik”, lihat dalam *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, (Jakarta: Nilam, 1965), hal. 34, 83 dan 125; Sementara itu, Wirjono Prodjodikoro memakai istilah “hubungan luar negeri”, lihat dalam *Azas-Azas Hukum Tata Negara di Indonesia*, (Jakarta: Dian Rakyat, 1974), hal. 67.

lanjut apakah semua perjanjian seperti halnya dengan persetujuan termasuk pengertian perjanjian antarnegara (*international agreement*). Ismail Suny menyebutkan bahwa hal-hal yang termasuk *International Agreement* itu tidaklah memerlukan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat.³⁰⁵

Dalam praktek di masa pemerintahan Presiden Soekarno, Pasal 11 UUD 1945 pernah diartikan mencakup pengertian perjanjian internasional yang penting dan yang kurang penting.³⁰⁶ Hal itu, misalnya tercermin dalam Surat Presiden kepada Ketua Dewan Perwakilan Rakyat Gotong Royong tanggal 22 Agustus 1960 No.2826 /HK/ 1960 yang membedakan dua macam perjanjian internasional, yaitu:

- (i) perjanjian internasional yang memuat materi yang penting (*treaty*);
- (ii) perjanjian internasional yang mengandung materi yang kurang penting (*agreement*).

Perjanjian internasional yang dapat dikatakan mempunyai kandungan materi yang penting adalah perjanjian yang memuat persoalan politik dan persoalan-persoalan yang dapat mempengaruhi kebijakan atau haluan politik luar negeri negara, seperti perjanjian persahabatan, persekutuan, perubahan wilayah atau penetapan tapal batas, dan sebagainya, yang dari segi materinya, berkenaan dengan:

- (i) perikatan-perikatan yang sedemikian rupa sifatnya,

³⁰⁵ Ismail Suny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, *Op. Cit.*, hal. 83.

³⁰⁶ Sebelum Perubahan Ketiga UUD 1945 pada tahun 2001, pasal ini hanya berisi 1 butir ketentuan, yaitu “Presiden dengan persetujuan DPR menyatakan perang, membuat perdamaian, dan perjanjian dengan Negara lain”. Ketentuan tersebut sekarang mempunyai rumusan Pasal 11 ayat (1) yang baru dengan ditambah ayat (2) dan ayat (3).

sehingga mempengaruhi haluan politik luar negeri negara; dan

- (ii) persoalan-persoalan yang menurut Undang-Undang Dasar 1945 atau menurut sistem peraturan perundang-undangan negara kita hanya diatur dapat dengan Undang-undang, seperti soal kewarganegaraan.

Apabila materi perjanjian dengan negara lain itu berkenaan dengan kedua hal tersebut, maka perjanjian itu dapat dikatakan penting. Akan tetapi, jika perjanjian itu berkenaan dengan hal-hal di luar itu, maka dapat dianggap sebagai perjanjian internasional yang kurang penting.

Namun, oleh karena materi dari suatu perjanjian internasional (*internasional agreement*) itu kadang-kadang sangat berkaitan dengan kepentingan atau menyangkut hajat hidup rakyat banyak, maka hal-hal yang demikian itu dianggap memang sudah seharusnya memerlukan persetujuan DPR. Misalnya, persetujuan internasional yang berkenaan dengan pinjaman luar negeri yang berjangka panjang, atau bantuan pinjaman dari negara kita kepada negara lain atau suatu organisasi di luar negeri. Kedua-duanya menyangkut keuangan negara, yang pada akhirnya membebani seluruh rakyat. Untuk itu, hal-hal demikian harus mendapat persetujuan dari DPR.

Oleh karena itu, Pasal 11 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945³⁰⁷ menentukan bahwa "Presiden dengan persetujuan DPR menyatakan perang, membuat perdamaian, dan perjanjian dengan negara lain"; "Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang memim-

³⁰⁷ Merupakan hasil amandemen ketiga UUD 1945 pada tahun 2001.

bulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan DPR". Dalam Pasal 9 ayat (2) UU No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional,³⁰⁸ diatur bahwa pengesahan perjanjian internasional oleh Pemerintah dilakukan dengan undang-undang atau dengan keputusan presiden.³⁰⁹

Menurut ketentuan Pasal 10 UU No. 24 Tahun 2000, pengesahan perjanjian internasional dilakukan dengan undang-undang apabila berkenaan dengan:

- a. masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara;
- b. perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara Republik Indonesia;
- c. kedaulatan atau hak berdaulat negara;
- d. hak asasi manusia dan lingkungan hidup;
- e. pembentukan kaidah hukum baru;
- f. pinjaman dan/atau hibah luar negeri.

Kemudian, berdasarkan pada ketentuan Pasal 11 UU No. 24 Tahun 2000 tersebut, pengesahan perjanjian internasional yang materinya tidak termasuk materi seperti yang dimaksud di atas, cukup dilakukan dengan keputusan presiden.

C. Konvensi Ketatanegaraan

1. Hakikat Konvensi Ketatanegaraan

Menurut pendapat Albert Venn Dicey (1835-1922) dalam bukunya "*Introduction to the Study of the Law of*

³⁰⁸ Indonesia, *Undang-undang Tentang Perjanjian Internasional*, UU No. 24 Tahun 2000, LN No. 185 Tahun 2000, TLN No. 4012.

³⁰⁹ Pengesahan dengan undang-undang memerlukan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat. Pengesahan dengan Keputusan Presiden selanjutnya diberitahukan kepada Dewan Perwakilan Rakyat.

the Constitution”, kita harus membedakan antara (i) *the law of the constitution*, dan (ii) *the conventions of the constitution*,³¹⁰ yang keduanya sama-sama sebagai dua *maxim* yang penting dalam ilmu hukum tata negara.³¹¹ Termasuk ke dalam pengertian *the laws of the constitution* itu adalah segala ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku mengikat, yang dapat dipaksakan dan diakui berlakunya oleh badan-badan peradilan (*which are enforced or recognized by the court*), yaitu (a) *statutes*, atau undang-undang, (b) norma-norma yang berasal dari *custom* atau adat kebiasaan, tradisi atau prinsip-prinsip yang diciptakan oleh hakim (*judge-made maxims*) yang biasa dikenal sebagai *common laws*. Sedangkan, norma-norma hukum lain selain hal tersebut di atas, dikategorikan oleh A.V. Dicey sebagai *the conventions of the constitution* atau konvensi ketatanegaraan.

Konvensi ketatanegaraan atau *constitutional convention* merupakan peristilahan yang lazim disebut dalam pembicaraan mengenai masalah-masalah praktik ketatanegaraan dan dalam ilmu hukum tata negara (*constitutional law*).³¹² Kadang-kadang, istilah konvensi atau konvensi ketatanegaraan itu dianggap identik de-

³¹⁰ Lihat Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th edition, (London: Macmillan, 1959). Buku ini sudah tergolong buku klasik (*classical work of Dicey*), tetapi sampai sekarang tetap dianggap sebagai bacaan umum di bidang hukum tata negara.

³¹¹ Bandingkan dengan Michael T. Molan yang menggunakan istilah *legal rules of the constitution* untuk pengertian Dicey mengenai *the law of the Constitution*, dan *non-legal rules of the constitution* untuk istilah *the conventions of the constitution*. Lihat Michael T. Molan, *Textbook on Constitutional Law: The Machinery of Government*, 4th edition, (Old Bailey Press, 2003), hal. 21-22.

³¹² *Constitutional Convention* di dalam Oxford Dictionary Law diartikan sebagai “*Practices relating to the exercise of their functions by the crown, the government, Parliament, and the judiciary that are not legally enforceable but are commonly followed as if they were*”.

ngan kebiasaan atau kebiasaan ketatanegaraan, padahal sebenarnya berbeda. Kebiasaan mempersyaratkan pengulangan, sedangkan konvensi tidak. Dalam praktik, konvensi juga dianggap sebagai salah satu cara untuk mengubah apa yang tertulis dalam teks konstitusi, sesuai dengan kebutuhan yang baik untuk memastikan bekerjanya norma konstitusi dalam praktik. K.C. Wheare dalam bukunya “*Modern Constitutions*”, misalnya, adalah salah seorang sarjana yang menganggapnya demikian. Menurut K.C. Wheare:

“*Many important changes in the working of a constitution occur without any alteration in the rules which regulate a government, whether they strictly legal or rules of custom and convention*”.³¹³

Banyak perubahan yang terjadi dalam rangka pelaksanaan undang-undang dasar tanpa mengubah secara mutlak bunyi teks hukum ketentuan yang mengatur suatu pemerintahan, melainkan terjadi begitu saja melalui kebiasaan dan konvensi (*rules of custom and convention*). K.C. Wheare bahkan menguraikan lebih lanjut mengenai perubahan-perubahan konstitusi yang dapat terjadi melalui (i) perubahan hukum dalam arti yang *strict*, yaitu perubahan melalui amandemen formal; (ii) perubahan melalui penafsiran yudisial atas teks konstitusi, yaitu melalui proses peradilan tata negara (*constitutional adjudication*); dan (iii) perubahan melalui kebiasaan dan konvensi.³¹⁴ Artinya, konvensi juga dapat dianggap sebagai salah satu metode perubahan konstitusi.

³¹³ Wheare, *Op Cit.*, Bandingkan dengan terjemahan Muhammad Hardani, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, (Surabaya: Pustaka Eureka, 2003). Lihat juga Ismail Suny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, (Jakarta: Aksara Baru, 1986), hal. 31.

³¹⁴ *Ibid.*

Secara umum, konvensi sering diartikan sebagai *unwritten laws*, tetapi kadang-kadang dibedakan dan bahkan tidak dianggap sebagai hukum sama sekali. Di Inggris, *unwritten laws* biasa diidentikkan dengan pengertian *common law*. Sering juga *unwritten laws* itu sendiri diidentikkan pula dengan *customs* atau adat kebiasaan atau adat istiadat. Semua ini berpotensi menimbulkan kebingungan jika dikaitkan dengan pengertian hukum kebiasaan atau *customary laws* yang tidak saja merupakan hukum dalam pengertian yang mutlak (*strict sense*) tetapi juga memerlukan *immemorial antiquity* untuk pemberlakuannya. Sedangkan, *constitutional convention* sama sekali tidak membutuhkan *immemorial antiquity* semacam itu.³¹⁵

Perkataan *convention* sering digunakan oleh para ahli hukum tata negara atau *constitutional lawyers* untuk menunjuk kepada pengertian *rules of political practice* atau norma yang timbul dalam praktik politik yang juga dianggap berlaku mengikat oleh pihak-pihak yang terkait dengannya, terutama oleh para penyelenggara negara. Namun, norma praktik itu sendiri, karena tidak didasarkan atas ketentuan yang bersifat tertulis, dianggap tidak mengikat para hakim, jika kepada mereka diajukan perkara oleh pihak-pihak yang berkepentingan yang menggugat atau melawan praktik-praktik politik yang tidak tertulis itu. O. Hood Phillips, Paul Jackson, dan Patricia Leopold berpendapat bahwa:

*“The lack of judicial enforcement distinguishes conventions from laws in the strict sense. This is an important formal distinction for the lawyer, though the politician may not be so interested in the distinction”.*³¹⁶

³¹⁵ Phillips, Jackson, and Leopold, *Op. Cit.*, hal. 136.

³¹⁶ *Ibid.*, hal. 24.

Untuk memahami lebih tepat mengenai konvensi itu, kita dapat pula menghubungkannya dengan pengertian yang berlaku dalam sosiologi hukum dan antropologi hukum. Dalam kaitannya dengan daya ikat norma, biasa dibedakan antara pengertian (i) cara (*usages*), (ii) kebiasaan (*folkways*), (iii) tata laku (*mores*), dan (iv) adat istiadat (*customs*).³¹⁷ Dalam konteks yang demikian, maka yang kita maksudkan dengan konvensi ketatanegaraan (*the conventions of the constitution*) itu sendiri tidak lain adalah praktik-praktik ketatanegaraan yang berisi salah satu dari keempat jenis norma, yaitu *usages* (cara), *folkways* (kebiasaan), *mores* (pola kelakuan), atau *customs* (adat istiadat) tersebut, yang terangkum dalam istilah *constitutional usages*, dan *constitutional practices*, serta *constitutional customs* atau kebiasaan ketatanegaraan.

Konvensi-konvensi ketatanegaraan, tidak saja dijumpai di negara-negara yang tidak mengenal dokumen konstitusi tertulis, tetapi juga di kebanyakan negara-negara dengan konstitusi tertulis. Di semua negara anggota Persemakmuran (*Commonwealth*) seperti Australia,³¹⁸ Amerika Serikat, dan sebagainya. Konvensi-konvensi ketatanegaraan itu diakui sebagai sumber hukum yang penting dalam praktik. Misalnya, tata cara pemilihan presiden dan tata cara penentuan anggota kabinet pemerintahan Amerika Serikat sebagian terbesar diatur menurut kebiasaan ketatanegaraan (*constitutional conventions*), bukan atas dasar peraturan yang bersifat tertulis.³¹⁹ Begitu juga di Indonesia, banyak sekali *usages* dan *practices* dalam penyelenggaraan negara yang tidak

³¹⁷ Soerjono Soekanto, *Sosiologi Suatu Pengantar*, (Jakarta: Yayasan Penerbit UI, 1975), hal. 75.

³¹⁸ Mengenai konvensi ketatanegaraan di Australia, baca misalnya George Winterton, *The Executive and the Governor General*, 1983.

³¹⁹ W.B. Munro, *The Government of the United States*, 4th edition, 1936, hal. 80-83.

didasarkan atas aturan tertulis, melainkan hanya didasarkan atas kebiasaan-kebiasaan yang diwarisi dari masa lalu. Misalnya, adanya Pidato Kenegaraan Presiden pada setiap tanggal 16 Agustus di depan Rapat Paripurna DPR-RI dapat juga dikatakan sebagai konvensi ketatanegaraan.

Akan tetapi, sifat konvensi yang tertulis atau tidak tertulis itu sendiri sebenarnya tidaklah mutlak. Kadang-kadang, konvensi ketatanegaraan dapat juga dituangkan dalam bentuk tulisan tertentu, meskipun ia tetap dapat disebut sebagai konvensi ketatanegaraan atau *constitutional convention*. Ismail Suny, misalnya, termasuk guru besar hukum tata negara yang berpendapat demikian. Menurutnyanya, "*konvensi tidak perlu selalu merupakan ketentuan yang tidak tertulis, yang timbul dari persetujuan (agreement) boleh saja berbentuk tertulis*".³²⁰ Sebagai salah satu contoh, misalnya, jika Presiden mengadakan persetujuan dengan pimpinan parlemen mengenai sesuatu agenda persidangan parlemen, dan persetujuan itu dituangkan secara tertulis dalam bentuk *express agreement*, maka hal itu dapat menjadi konvensi dalam bentuk yang tertulis. Misalnya, persetujuan antara Wakil Presiden Mohammad Hatta dan Badan Pekerja Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) pada tanggal 16 Oktober 1945 atas Maklumat Pemerintah bertanggal 14 November 1945 juga ditandatangani dalam bentuk tertulis.

Oleh karena itu, banyak sarjana yang berpendapat bahwa pengertian *written versus unwritten* atau *documentary versus non-documentary* dalam hukum konstitusi (*constitutional law*) sebenarnya tidaklah mutlak sifatnya.³²¹ Di negara mana saja di seluruh dunia, meski-

³²⁰ Ismail Suny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, *Op Cit.*, hal. 41.

³²¹ Lihat misalnya G.S. Diponolo, *Ilmu Negara*, jilid 2, (Jakarta: Balai Pustaka, 1975), hal. 173-174, dan Kusnardi dan Saragih, *Op Cit.*

pun konstitusinya dikatakan tidak tertulis seperti Inggris dan Israel, tetap dianggap memiliki konstitusi dan disebut sebagai *constitutional state*. Demikian pula konvensi yang tidak mutlak harus bersifat tidak tertulis, sehingga perbedaan antara *the laws of the constitution* dan *the conventions of the constitution* tidak dapat dibedakan dari sekedar sifatnya yang tertulis atau yang tidak tertulis. Hal yang terpenting adalah bahwa yang pertama dapat dipaksakan dan diakui berlakunya di pengadilan dan oleh pengadilan, sedangkan yang kedua (*convention*) tidak dapat dipaksakan di pengadilan dan oleh pengadilan.³²²

Namun, meskipun tidak dapat dipaksakan berlakunya, peranan *the conventions of the constitution* dalam praktik ketatanegaraan di semua negara konstitusional (*constitutional state*) dapat dikatakan sangat penting. Demikian pula di Inggris yang memang dikenal tidak memiliki naskah konstitusi yang tertulis dan menganut tradisi *common law*, norma-norma hukum kebiasaan justru lebih menonjol peranannya. Bahkan, menurut Hood Phillips, Paul Jackson, dan Patricia Leopold ditegaskan:

"Not only do the British have no written constitution, but they have been reluctant to stereotype their rules of government in the form of statutes. Many important political developments have been effected since 1688 without recourse to legal forms at all".³²³

Konvensi ketatanegaraanlah yang mendeskripsikan dan menjelaskan bagaimana konstitusi dijalankan, tumbuh, dan berkembang. Fungsi utamanya adalah mengadaptasikan struktur kepada fungsinya. Dengan begitulah kerajaan Inggris yang kuat pada tahun 1688

³²² Bandingkan dengan Kusnardi dan Saragih, *Op. Cit.*

³²³ Phillips, Jackson, and Leopold, *Op. Cit.*, hal. 25.

(*strong monarchy*) diubah menjadi kerajaan yang dibatasi (*limited monarchy*) dengan sistem pemerintahan yang bertanggung jawab kepada parlemen (*responsible parliamentary government*).

Oleh karena itu, studi mengenai konvensi ketatanegaraan sangat penting untuk mengetahui bekerjanya konstitusi yang tertulis dalam praktik. Meskipun sejak lama konvensi ketatanegaraan sudah menjadi perhatian para ahli sejak abad ke-19, seperti E.A. Freeman dalam bukunya "*Growth of the English Constitution*" (1872),³²⁴ tetapi pentingnya konvensi itu baik dalam rangka pemahaman terhadap konstitusi maupun untuk penerapan konstitusi dalam praktik, dapat dikatakan baru berkembang sejak prakarsa A.V. Dicey yang menekankan pentingnya konvensi ketatanegaraan di dalam bukunya "*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*" yang pertama kali terbit pada tahun 1885.³²⁵ Albert Venn Dicey, namanya biasa disingkat A.V. Dicey atau Dicey, menekan perbedaan antara hukum konstitusi (*laws of the constitution*) dan kebiasaan konstitusi (*the conventions of the constitution*), bukan untuk maksud mengeluarkan yang kedua dari perhatian para mahasiswa hukum. Sebaliknya, Dicey membedakan keduanya untuk meyakinkan para mahasiswa agar tidak mengabaikan pentingnya penyelidikan mengenai kon-

³²⁴ O. Hood Phillips, *Constitutional Conventions: Dicey's Predecessors*, 29, M.L.R., 1966, hal. 137.

³²⁵ Dicey, *Op Cit.*. Lihat juga R.A. Casgrove, *The Rule of Law*, Albert Venn Dicey, Victorian Jurist, 1981, hal. 87-90; Sir Ivor Jennings, *The Law and the Constitution*, 5th edition; *Cabinet Government*, 3rd edition; Parliament, 2nd edition; K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, 1951 (lihat juga terjemahannya dalam bahasa Indonesia oleh Muhammad Hardani, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Pustaka Eureka, Surabaya, 2003), *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, 1960; O. Hood Phillips, *Constitutional Conventions: A Conventional Reply*, 1964; serta Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, 1984.

vensi ketatanegaraan atau *constitutional convention* dalam studi ilmu hukum tata negara.

Oleh karena kompleksitas pengertian konvensi yang demikian, dalam bukunya "*Constitutional and Administrative Law*", O. Hood Phillips, Paul Jackson, dan Patricia Leopold merumuskan definisi *constitutional convention* sebagai "*rules of political practice which are regarded as binding by those to whom they apply, but which are not laws as they are not enforced by the courts or the Houses of Parliament*". Dengan rumusan definisi tentang konvensi yang demikian, konvensi ketatanegaraan jelas berbeda dengan kebiasaan, dari aturan yang berlaku di lingkungan parlemen, prosedur-prosedur beracara di pengadilan, ataupun dengan norma aturan yang bersifat non-hukum, seperti etik, dan lain sebagainya. Untuk lebih jelasnya, konsepsi mengenai konvensi ketatanegaraan, dapat dibedakan dari kelima hal di bawah ini, yaitu:³²⁶

- (i) Praktik, penerapan, kebiasaan, atau fakta-fakta (*mere practice, usage, habit or fact*) yang tidak dianggap bersifat kewajiban (*obligatory*), seperti keberadaan partai politik (*fakta*) atau kebiasaan-kebiasaan seperti kebiasaan Presiden menerima tamu umum pada hari Raya Iedul Fitri dan Iedul Adha, ataupun kebiasaan tabur bunga dan renungan suci pada tanggal 17 Agustus malam di makam pahlawan Kalibata.
- (ii) Norma-norma aturan yang tidak bersifat politik (*non-political rules*), seperti *rules of conduct* atau kode etik yang tidak berkaitan dengan persoalan pemerintahan, ataupun hal-hal yang berhubungan dengan sopan santun tata upacara kerajaan yang tidak memiliki *constitutional significance* sama sekali untuk dipermasalahkan.

³²⁶ Phillips, Jackson, and Leopold, *Op. Cit.*, hal. 136-138.

- (iii) *Judicial rules of practice* seperti kebiasaan hakim dalam memeriksa dan memutus dengan mengikuti *rules of precedent* dari contoh-contoh perkara serupa yang pernah diputus sebelumnya. Dalam praktik di Inggris misalnya, hal ini sama sekali tidak ada aturan tertulisnya melainkan tumbuh sendiri dalam praktik. Itu sebabnya, seperti dalam kasus *R. vs Kneller Ltd (Publishing, Printing and Promotions)*, *House of Lords* tidak merasa terikat dengan keputusan yang dibuatnya sendiri pada masa sebelumnya.
- (iv) *Rules enforced by the courts*, yaitu peraturan perundang-undangan yang diterapkan atau ditegakkan oleh pengadilan, baik dalam bidang perdata, pidana, tata usaha negara, ataupun tata negara. Sambil mengakui adanya perbedaan formal antara *laws* dan *conventions*, Sir Ivor Jennis cenderung pada pendapat bahwa perbedaan keduanya tidaklah bersifat substantif. Perbedaannya itu mungkin tidak penting bagi ilmuwan politik, tetapi sangat penting bagi ahli hukum. Bahkan, perbedaan itu sendiri dikritik oleh Mitchell, mengingat *there may be laws with no judicial sanction*.³²⁷ Menurutnya ada juga hukum yang tidak disertai ketentuan mengenai sanksi peradilan. Memang benar, seperti dikemukakan oleh Sir Ivor Jennings, ada undang-undang misalnya di bidang pidana yang tidak dapat diterapkan untuk badan-badan pemerintahan, tetapi dapat diterapkan terhadap orang perorang yang menduduki jabatan dalam badan pemerintahan itu.³²⁸

³²⁷ J.D.B. Mitchell, *Constitutional Law*, 2nd edition, 1968, hal. 34-39.

³²⁸ *Raleigh vs Goschen*, 1893, 1 Ch. 73 dalam Phillips, Jackson, and Leopold, *op. cit.*, hal. 137.

- (v) *Rules enforced by the Houses of Parliament* melalui para pejabatnya, seperti Ketua Parlemen menurut peraturan tata tertib parlemen yang bersangkutan. Sebagian dari *the law and custom of Parliament* dapat disebut termasuk ke dalam pengertian *the common law* dalam arti yang luas. Oleh karena itu, sering dipahami secara tumpang tindih dengan pengertian konvensi. Memang ada juga praktik-praktik penyelenggaraan kegiatan parlemen yang menciptakan konvensi (*constitute conventions*), seperti perlindungan atau pemberian kesempatan khusus kepada kelompok minoritas dalam perdebatan ataupun dalam rangka komposisi penyusunan anggota komisi-komisi tertentu. Peraturan Tata Terbit (*Standing Orders*) kadang-kadang juga disebut sebagai *constitutional conventions*, tetapi jika ditelaah lebih seksama, peraturan tata tertib atau *Standing Order* itu sendiri terdiri atas norma yang (i) sebagian dapat disebut sebagai hukum (*law*), (ii) sebagian merupakan *mere practice*, dan (iii) barulah sebagian kecil lainnya dapat disebut *conventions*.

Di samping itu, menurut Hood Phillips, Paul Jackson, dan Patricia Leopold, "*It is also useful to distinguish 'conventions' from such distinct, if allied concepts as 'traditions', 'principles' and 'doctrines'*".³²⁹ Kegunaan konvensi dapat dilihat juga untuk memberikan arti kepada tradisi, prinsip-prinsip, atau nilai-nilai. Misalnya, Sir John Donaldson mengaitkan hubungan antara parlemen dan pengadilan dengan istilah konvensi, yaitu dengan menyatakan:

"Although the United Kingdom has no written constitution, it is a constitutional convention of the highest

³²⁹ Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, 1984, hal. 3.

*importance that the legislature and the judiciary are separate and independent of one another, subject to certain ultimate rights of Parliament over the judiciary".*³³⁰

Independensi peradilan (*the independence of the judiciary*) dapat dipandang sebagai *a principle of the Constitution* sejak tahun 1668, yang tercermin dalam ketentuan undang-undang (*statutory provisions*) yang berisi jaminan atas masa jabatan para hakim (*judicial security of tenure*).³³¹

Konvensi itu sendiri, menurut Michael Allen dan Brian Thompson, dapat ditemukan dalam semua undang-undang dasar yang dibentuk (*established constitutions*), termasuk bahkan dalam konstitusi yang baru terbentuk sekalipun. Menurut kedua sarjana ini, pentingnya konvensi itu disebabkan oleh kenyataan bahwa tidak ada peraturan umum yang bersifat *self-applying*, melainkan harus diterapkan menurut syarat-syarat aturan tambahan tertentu (*no general rules of law is self-applying, but must be applied according to the terms of additional rules*).³³² Dikatakan lebih lanjut oleh Allen dan Thompson:

"These additional rules may be concerned with the interpretation of the general rule, or with the exact circumstances in which it should apply, about wither of which uncertainty may exist, and the greater the generality the greater will the uncertainty tend to be. Many constitutions include a large number of additional legal rules to clarify the meaning and application of their main provisions, but in a changing world it is rarely possible to eradicate or prevent all doubts on these points by enactment or even by adjudication. The result often is to leave a significant degree of discretion to

³³⁰ Lihat kasus R. vs H.M. Treasury, ex p. Smedley, 1985, Q.B. 657, 666.

³³¹ Phillips, Jackson, and Leopold, *Op. Cit.*, hal. 138.

³³² Allen and Thompson, *Op. Cit.*, hal. 242.

*those exercising the rights or wielding the powers legally conferred, defined, or permitted".*³³³

Tidak ada peraturan, apalagi undang-undang dasar sebagai hukum yang tertinggi yang bersifat garis besar, yang secara mendetil menentukan cara norma-norma dasarnya dilaksanakan dalam praktik. Selalu diperlukan peraturan pelaksanaan atau norma-norma lain yang bersifat tidak tertulis yang memungkinkan peraturan yang bersangkutan dijalankan dengan sebaik-baiknya. Setiap tingkatan peraturan yang lebih rendah pada pokoknya merupakan peraturan yang bersifat lebih rinci dalam rangka melaksanakan peraturan yang lebih tinggi. Oleh karena itu, pelaksanaan setiap peraturan umum, memerlukan penafsiran yang mengelaborasi atau merinci pengertian-pengertian normatifnya sehingga dapat dilaksanakan dengan sebaik-baiknya.

Proses penafsiran semacam itu dapat dilakukan, melalui pembentukan peraturan yang lebih rendah, melalui proses peradilan yang akan menerapkan norma-norma hukum yang bersifat umum itu dalam kasus-kasus perkara hukum yang konkrit, ataupun melalui konvensi ketatanegaraan tertentu. Hal yang terakhir ini sangat penting, karena selain melalui proses pembentukan peraturan yang lebih rendah dan mekanisme peradilan, dalam praktik, selalu terdapat ruang yang sangat luas dan terbuka untuk munculnya *significant degree of discretion* Adanya ruang bagi *discretionary power* ini tentu saja di satu pihak dapat dikatakan sangat berguna, tetapi di lain pihak dapat pula disalahgunakan oleh pihak yang berkuasa, semata-mata untuk kepentingan kekuasaan itu sendiri.

³³³ *Ibid.*

2. Pengakuan Hakim terhadap Konvensi (*Judicial Recognition*)

Seperti dikemukakan di atas, para hakim tidak terikat atau tidak ada keharusan bagi pengadilan untuk menerapkan konvensi dalam memutus sesuatu perkara. Sebab, pada pokoknya, konvensi itu sendiri tidak dapat dipersamakan atau bukanlah hukum (*law*) dalam arti yang sebenarnya. Itu sebabnya, dalam artikelnya berjudul "*Laws and Conventions Distinguished*" (1975), C.R. Munro menyatakan:

*"The validity of conventions cannot be the subject of the proceedings in a court of law. Reparation for breach of such rules will not be effected by any legal sanction. There are no cases which contradict these propositions. In fact, the idea of a court enforcing a mere convention is so strange that the question hardly arises".*³³⁴

Dalam bukunya yang lain, dinyatakan pula oleh C.R. Munro, "*In a legal system, a certain number of sources are recognized as law-constitutive. So there are rules specifying what counts as law (or what, by implication, does not)*".³³⁵ Di Inggris, menurutnya:

*"The courts accept as law only legislation made or authorised by Parliament and the body of rules evolved by the courts called common law. There are formal signs, such as the words of enactment used for Acts of Parliament, denoting that rules have passed a test for being laws".*³³⁶

Penting untuk ditegaskan di sini, bukanlah bahwa status konvensi itu berada di luar kategori hukum, tetapi

³³⁴ C.R. Munro, "Laws and Conventions Distinguished", 91 Law Q Review, 218, 1975, hal. 228.

³³⁵ C.R. Munro, *Studies in Constitutional Law*, 2nd edition, 1999, hal. 69-71.

³³⁶ *Ibid.*

bahwa konvensi itu tidak memiliki kualitas kualifikasi yang sama dengan hukum dalam arti yang sebenarnya.

Kemudian yang dapat juga dipastikan ialah bahwa konvensi itu tidak dapat ditegakkan oleh pengadilan dan pelanggaran terhadapnya tidak dapat dikenakan sanksi oleh hakim. Meskipun demikian, tentu tidak berarti bahwa pengadilan tidak mengakui sama sekali keberadaan konvensi sebagai sumber hukum. Setiap konvensi tetap dapat dijadikan pegangan yang dipercaya bagi hakim sebagai alat bantu untuk menafsirkan peraturan tertulis yang berlaku. Konvensi ketatanegaraan (*constitutional conventions*) juga dapat dijadikan alat untuk justifikasi sikap pengadilan yang mengambil jarak dari keputusan-keputusan tata usaha negara di bidang-bidang yang pengadilan sendiri menganggap dirinya tidak terlibat atau tidak boleh dilibatkan.

Di Inggris, dapat dikemukakan beberapa contoh mengenai adanya pengakuan pengadilan terhadap konvensi ketatanegaraan (*constitutional conventions*). Misalnya, *House of Lords* menjadikan pertanggungjawaban Menteri Dalam Negeri kepada parlemen sebagai salah satu alasan untuk memutus dalam perkara *Liversidge vs Anderson* (1942).³³⁷ Demikian pula dalam perkara *Padfield vs Minister of Agriculture, Fisheries and Food* (1968), di mana konvensi mengenai pertanggungjawaban menteri juga dijadikan pertimbangan. Begitu pula dalam kasus *Air Canada vs Secretary of State for Trade* (1983),³³⁸ tercantum beberapa konvensi sebagai referensi yang melarang Menteri yang berasal dari satu partai politik untuk mendapatkan akses kepada dokumen-dokumen dari menteri pendahulunya yang berasal dari partai politik yang lain tanpa persetujuan

³³⁷ Phillips, Jackson, and Leopold, *Op. Cit.*, hal. 139.

³³⁸ Lihat Lord Hunt of Tanworth, "Access to A Previous Government's Papers", P.L. 1982, hal. 514.

dari pejabat terdahulu (*without the agreement of the previous administration*).

Di Mahkamah Agung Kanada, baik soal eksistensi maupun isi konvensi, juga pernah menjadi perkara yang menyebabkan Mahkamah Agung terlibat dalam pembahasan mengenai *the general nature of constitutional conventions*. Berkenaan dengan hal itu, mayoritas para hakim Mahkamah Agung Kanada berpendirian bahwa *a constitutional convention cannot crystallise into law*. Menurut mereka:

*“No instance of an explicit recognition of a convention as having matured into a rule of law was produced. The very nature of a convention, as political in inception and as depending on a persistent course of political recognition by those for whose benefit and to whose detriment (if any) the convention developed over a considerable period of time, is inconsistent with its legal enforcement.... The attempted assimilation of the growth of a convention to the growth of the common law is misconceived. The latter is the product of judicial effort, based on justifiable issues which attained legal formulation and are subject to modification and even reversal by the courts which gave them their birth.... No such parental role is played by the courts with respect to conventions...”*³³⁹

Konvensi diakui eksistensinya, tetapi jika ada peraturan perundang-undangan tertulis, dan terdapat pertentangan antara konvensi dimaksud dengan peraturan perundang-undangan, maka pengadilan harus menerapkan peraturan perundang-undangan tertulis di atas konvensi. Oleh karena itu, konvensi tidak dapat diterapkan secara mandiri, atau bahkan sering dikatakan bahwa konvensi itu memang tidak dapat ditegakkan atau diterapkan oleh pengadilan. Sanksi konvensi itu bersifat

³³⁹ Phillips, Jackson, and Leopold, *Op. Cit.*, hal. 140.

politik, meskipun pelanggaran terhadap konvensi ketatanegaraan dapat juga disebut sebagai sesuatu yang tidak konstitusional atau inkonstitusional. Mahkamah Agung Kanada juga menerima kriteria yang diajukan oleh Sir Ivor Jennings tentang konvensi ketatanegaraan (*constitutional conventions*).

Konvensi diakui tidak saja oleh para politisi, tetapi juga oleh masyarakat luas pada umumnya. Pada umumnya para sarjana mengakui bahwa konvensi itu merupakan norma aturan yang mengikat untuk umum. Seperti misalnya oleh G. Marshall dikatakan:

“on the obligatory nature of the conventions distinguishes between ‘positive morality’ (subjective test) and ‘critical morality’ (objective test), preferring the latter but not stating definitely whose opinion is to be taken”.³⁴⁰

Oleh karena itu, legislasi perundang-undangan dapat pula mengakui atau menyerap isinya sebagaimana mestinya (*Legislation may recognize or presuppose conventions*). Konvensi ketatanegaraan dapat diformulasikan ke dalam rumusan undang-undang, atau bahkan ke dalam rumusan undang-undang dasar.

Misalnya, *the Statute of Westminster* tahun 1931 telah dimuat dalam berbagai konstitusi negara-negara anggota Persemakmuran atau Commonwealth,³⁴¹ baik dengan efek penerapannya di pengadilan ataupun tidak (*with or without justiciable effect*).³⁴² Selain itu, kedudukan konvensi ketatanegaraan Inggris juga terdapat dalam

³⁴⁰ Marshall, *Op. Cit.*, catatan 18, hal. 11-12.

³⁴¹ Ulasan dan ringkasan atas “Statute of Westminster” ini dapat dibaca dalam D.G. Cracknell, *Cracknell’s Statutes: Constitutional and Administrative Law*, 3rd edition, (London: Old Bailey Press, 2003), hal. 18-19.

³⁴² Lihat de Smith, *The New Commonwealth and its Constitution*, 1964, hal. 51-52, dan 88-90; juga C. Samford and D. Wood, “Codification of Constitutional Conventions in Australia”, 1978, P.L. 231.

Konstitusi Nigeria. Konvensi dimaksud sama sekali tidak diadopsi secara *expressis verbis* dalam Konstitusi. Akan tetapi, dalam praktik, konvensi ketatanegaraan Inggris biasa digunakan dalam rangka membantu para hakim menafsirkan Konstitusi Nigeria tersebut.³⁴³

Hukum konstitusi, bagaimanapun juga, dapat berdiri sendiri sebagai hukum, meskipun normanya yang karena sifatnya yang statis dapat tertinggal dalam perkembangan zaman. Sedangkan, konvensi dapat berkembang dinamis, tetapi akan kehilangan arti jika tidak didukung oleh *legal context*. Setiap konvensi ketatanegaraan (*constitutional conventions*) pastilah terkait erat dengan satu atau beberapa norma hukum tertentu. Konvensi membentuk sistem kabinet, misalnya, didasarkan atas anggapan bahwa aturan hukum yang terkait dengan hal itu sebagai kekuasaan prerogatif Raja atau Ratu (*the Queen's royal prerogative*), kewenangan menteri, konstitusi pemerintahan departemen (*the constitution of government departments*), dan komposisi keanggotaan parlemen. Artinya, terdapat beberapa lapisan peraturan perundang-undangan, konvensi, dan fakta-fakta atau praktik politik (*political practices*) dalam setiap tingkatan organisasi pemerintahan, termasuk undang-undang yang mengakui keberadaan konvensi.

Sementara itu, konvensi ketatanegaraan itu sendiri juga mengalami proses pertumbuhan dan transformasi. Seperti dikatakan oleh Baldwin:

“The historian can probably tell you perfectly clearly what the constitutional practice of the country was at any given period in the past, but it would be very difficult for a living writer to tell you at any given period in his lifetime what the constitution of the country is in all respects, and for this reason, that at almost

³⁴³ K.J. Keith, “The Courts and the Conventions of the Constitution”, 1967, 16 I.C.L.Q. 542.

*any given moment of our lifetime, there may be one practice called ‘Constitutional’ which is falling into desuetude and there may be another practice which is creeping into use but which is not yet called ‘constitutional’.”*³⁴⁴

3. Fungsi Konvensi Ketatanegaraan

Konvensi ketatanegaraan (*constitutional convention*) merupakan aturan politik (*rules of political behaviour*) yang penting untuk kelancaran bekerjanya konstitusi. Pentingnya konvensi ini, tidak saja berlaku di Inggris, tetapi juga di semua negara yang mengenal undang-undang dasar tertulis. Seperti dikatakan oleh K.C. Wheare:³⁴⁵

“in all countries, usage and convention are important and... in many countries which have Constitutions usage and convention play as important a part as they do in England”.

Konvensi memfasilitasi evolusi dan perubahan dalam diri konstitusi itu sendiri, sementara bentuk hukumnya tetap tidak berubah (*Conventions facilitate*

³⁴⁴ H.C. Deb., vol. 261, ser. 5, col. 515, 1932, dalam O. Hood Phillips, Paul Jackson, and Patricia Leopold, *Op. Cit.*, hal. 141.

³⁴⁵ K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, 1966, hal. 122. Bandingkan dengan terjemahan Muhammad Hardani, Konstitusi-Konstitusi Modern, Pustaka Eureka, Surabaya, 2003, hal. 204. Perkataan *usage and convention* diterjemahkan secara tidak tepat oleh Muhammad Hardani dengan *kebiasaan dan tradisi*. *Convention* atau konvensi tidak sama dengan *tradisi* yang mempersyaratkan sifat *immemorial* dan sifat berulang-ulang. Oleh karena itu, saya menganjurkan sebaiknya *convention* itu diterjemahkan dengan memakai istilah aslinya saja yang memang sudah lazim dipakai dalam ilmu hukum tata negara, yaitu konvensi atau lebih tepatnya konvensi ketatanegaraan.

evolution and change within the constitution while the legal form remain unchanged).³⁴⁶

Dalam praktik, konvensi ketatanegaraan dikembangkan untuk keperluan mengatur kewenangan diskresi yang bersifat terbuka. Jika kewenangan yang bersifat terbuka tidak diatur, kebijakan kenegaraan (*state policy*) akan ditetapkan berdasarkan *discretionary power* yang sangat mungkin tidak terkendali. Hal demikian tentu akan rawan terhadap penyalahgunaan semata-mata untuk kepentingan kekuasaan itu sendiri. Oleh karena itu, pengertian konvensi dapat dikaitkan dengan fungsinya, yaitu untuk membatasi penggunaan diskresi konstitusional (*constitutional discretion*).

Dengan perkataan lain, konvensi merupakan *non-legal rules* yang mengatur cara bagaimana *legal rules* diterapkan dalam praktik.³⁴⁷ Hubungan antara hukum dan konvensi dapat dikatakan sangat penting dan mempunyai karakteristik yang fundamental dalam sistem dan struktur ketatanegaraan. Bahkan, dalam penyelenggaraan negara konstitusional di seluruh dunia, konvensi ketatanegaraan terus tumbuh dan berkembang dalam praktik. Dapat dikatakan, tidaklah mungkin menyelesaikan berbagai perselisihan dan sengketa konstitusional dalam praktik penyelenggaraan negara dengan hanya mengandalkan rujukan kepada norma hukum (*it is impossible to settle constitutional disputes merely by reference to the state of the law*).³⁴⁸

Meskipun pengadilan tidak dapat menerapkan atau menentukan sanksi atas pelanggaran terhadap ketentuan konvensi ketatanegaraan, tetapi pengakuan pengadilan terhadap adanya konvensi ketatanegaraan tersebut tetap mempunyai arti penting bagi hakim dalam menjatuhkan

³⁴⁶ Allen and Thompson, *Op. Cit.*, hal. 241.

³⁴⁷ *Ibid.*, hal. 242.

³⁴⁸ *Ibid.*

putusan atas perkara konstitusi yang diajukan kepadanya. Konvensi dapat dipakai sebagai alat penunjang penafsiran terhadap peraturan tertulis atau untuk mendukung keputusan-keputusan hakim (*an aid to statutory interpretation or to support judicial decisions*).³⁴⁹

4. Beberapa Contoh Konvensi di Indonesia

Dalam pelaksanaan undang-undang dasar, banyak perubahan yang terjadi terhadap norma yang terkandung di dalamnya tanpa melalui proses perubahan formal, melainkan hanya terjadi begitu saja melalui kebiasaan ataupun konvensi ketatanegaraan. Menurut Profesor Ismail Suny, perubahan yang terjadi dalam sistem pemerintahan berdasarkan UUD 1945, yakni dengan dipraktikkannya sistem pertanggungjawaban menteri sebagai mana termuat dalam Maklumat Pemerintah tanggal 14 November 1945, merupakan salah satu contoh konvensi ketatanegaraan yang mengubah bunyi teks UUD 1945 mengenai pertanggungjawaban pemerintahan. Seperti dikemukakan oleh K.C. Wheare:

“Many important changes in the working of a constitution occur without any alteration in the rules which regulate a government, whether they strictly legal or rules of custom and convention”.³⁵⁰

Oleh karena itu, konvensi ketatanegaraan atau *the conventions of the constitution* mempunyai kedudukan yang sangat penting dalam hukum tata negara, dan dianggap mempunyai kekuatan yang sama dengan undang-undang, diterima, dan dijalankan seperti halnya undang-undang. Bahkan, seringkali konvensi ketatanegaraan itu menggeser berlakunya peraturan perundang-undangan tertulis. Meskipun, lazim dipahami bahwa hakim di pengadilan tidak terikat untuk melaksanakan

³⁴⁹ *Ibid.*, hal. 262.

³⁵⁰ Wheare, *Op. Cit.*, hal. 119.

atau tidak melaksanakan konvensi ketatanegaraan tersebut, tetapi di luar pengadilan konvensi ketatanegaraan biasanya ditaati seperti halnya orang menaati undang-undang.

Sebagai contoh, seperti diuraikan oleh Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, dapat dikemukakan di sini mengenai konvensi yang berlaku atas ketentuan Pasal 17 Undang-Undang Dasar 1945, pada masa-masa awal kemerdekaan. Menurut ketentuan Pasal 17 itu,³⁵¹ Menteri Negara adalah pembantu Presiden, dan karena itu bertanggung jawab kepada Presiden. Dalam praktik ketatanegaraan pada tahun 1945 ternyata ketentuan mengenai Menteri Negara bertanggung jawab kepada Presiden tersebut, disimpangi dengan dasar konvensi ketatanegaraan. Ketentuan tersebut diubah, sehingga Menteri ditentukan harus bertanggung jawab kepada Badan Pekerja Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) yang merupakan lembaga semacam DPR pada masa sekarang.³⁵²

Hal itu dilakukan dengan dikeluarkannya Maklumat Wakil Presiden Nomor X bertanggal 16 Oktober 1945, yang selanjutnya diikuti oleh Maklumat Pemerintah tanggal 14 Nopember 1945, di mana Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) yang semula membantu Presiden dalam menjalankan wewenangnya berdasarkan Aturan Peralihan Pasal IV UUD 1945, menjadi badan yang sederajat dengan Presiden, tempat ke mana para Menteri Negara diharuskan bertanggung jawab. Pengertian demikian ini terus dipraktikkan mulai dari kabinet

³⁵¹ Pasal 17 UUD 1945 sebelum amandemen menyatakan: (1) Presiden dibantu oleh menteri-menteri negara, (2) Menteri-menteri itu diangkat dan diperhentikan oleh Presiden, dan (3) Menteri-menteri itu memimpin departemen pemerintahan.

³⁵² Kusnardi dan Ibrahim, *Op.Cit.*

Syahrir I, II, dan III, sampai dengan kabinet Amir Sjarifudin yang menggantikannya.

Dalam rangka konvensi ketatanegaraan itu, jelas terdapat unsur yang menunjukkan bahwa suatu perbuatan yang sama berulang-ulang dilakukan, yang kemudian diterima dan ditaati. Konvensi demikian itu dapat pula disebut sebagai kebiasaan ketatanegaraan karena di dalamnya terkandung pengulangan-pengulangan yang menjadi ciri pokok adanya kebiasaan. Kebiasaan-kebiasaan itu, termasuk kebiasaan ketatanegaraan, akan berkembang menjadi hukum kebiasaan (*customary law*) apabila ia diberi sanksi (*legal sanction*). Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa kebiasaan ketatanegaraan ialah praktik dalam kehidupan ketatanegaraan yang dilakukan berulang kali, sehingga ia diterima dan ditaati dalam kegiatan penyelenggaraan negara, walaupun tidak dianggap sebagai hukum (*the laws of the Constitution*).

Namun demikian, unsur perulangan itu sebenarnya tidaklah bersifat mutlak. Unsur perulangan merupakan salah satu ciri kebiasaan, tetapi konvensi itu sendiri tidak identik dengan kebiasaan. Ketika tindakan yang bersifat menyimpang dari norma aturan tertulis yang resmi pertama kali dilakukan, belum ada unsur perulangan. Akan tetapi, tindakan yang baru pertama kali itu sudah dapat diterima sebagai konvensi ketatanegaraan. Dengan demikian, dalam pengertian konvensi ketatanegaraan tercapuk pengertian yang lebih luas daripada sekedar kebiasaan ketatanegaraan. Di samping kebiasaan, konvensi mencakup pula pengertian tindakan-tindakan (*usages*) atau praktik-praktik ketatanegaraan (*constitutional practices*) yang diterima dalam praktik penyelenggaraan negara.

Namun harus dicatat bahwa konvensi ketatanegaraan itu sendiri pada hakikatnya bukanlah hukum (*the*

laws of the constitution). Di sinilah letak perbedaannya dengan ketentuan hukum (*the law of the constitution*) yang sudah tidak diragukan lagi keabsahan dan daya ikatnya secara hukum. Kebiasaan ketatanegaraan, bagaimanapun pentingnya, ia tetap merupakan kebiasaan saja (*habbit and custom*) yang tidak mengikat bagi para hakim. Di samping itu, kebiasaan ketatanegaraan juga harus dibedakan dari konvensi ketatanegaraan. Kebiasaan ketatanegaraan tidak selalu dapat disebut sebagai konvensi ketatanegaraan, sebab konvensi dapat timbul meskipun sesuatu belum menjadi kebiasaan. Misalnya, suatu tindak penyimpangan dari ketentuan konstitusi, tetapi disepakati atau dibiarkan berlaku oleh semua pihak yang terkait, maka hal itu dapat diterima sebagai konvensi ketatanegaraan, meskipun belum menjadi kebiasaan sebagaimana yang dimaksud di atas. Dengan demikian, konvensi ketatanegaraan lebih luas cakupan pengertiannya daripada kebiasaan ketatanegaraan.

Sebagai contoh mengenai konvensi ketatanegaraan yang telah menjadi kebiasaan dalam kehidupan ketatanegaraan Indonesia, sebagaimana telah disinggung sebelumnya, yaitu bahwa pada setiap tanggal 16 Agustus, Presiden selalu mengucapkan pidato kenegaraan di depan rapat paripurna Dewan Perwakilan Rakyat. Pidato kenegaraan tersebut pada hakikatnya merupakan lebih dari suatu laporan tahunan yang bersifat informatoris dari Presiden, karena di dalamnya juga dimuat suatu rencana mengenai kebijakan-kebijakan yang akan ditempuh pada tahun yang akan datang. Pada masa Presiden Soekarno, pidato semacam itu disampaikan langsung di hadapan rakyat di depan istana, pada tiap tanggal 17 Agustus, yang disebut sebagai "Amanat 17 Agustus". Menurut Presiden Soekarno, pidatonya itu merupakan pidato pertanggungjawabannya sebagai Pemimpin Besar

Revolusi dan bukan pidato pertanggungjawabannya sebagai Presiden.

Pidato lainnya yang juga dianggap sebagai konvensi ketatanegaraan adalah pidato yang diucapkan sebagai keterangan Pemerintah tentang Rancangan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara pada minggu pertama bulan Januari setiap tahunnya. Isinya berupa hasil-hasil kegiatan nasional serta hasil penilaian tahun yang lalu dan rencana anggaran pendapatan dan belanja negara untuk tahun yang akan datang. Setelah Orde Baru, Pidato Presiden sebagai pengantar nota keuangan RAPBN ini selalu digabungkan dengan "Amanat 17 Agustus" tersebut di atas, sehingga timbul konvensi baru, yaitu Pidato tanggal 17 Agustus ditiadakan dan digabung menjadi Pidato Kenegaraan dan Penyampaian Nota Keuangan RAPBN di depan rapat paripurna DPR pada setiap tanggal 16 Agustus.

Sekarang, setelah Dewan Perwakilan Daerah (DPD) terbentuk sebagai hasil dari Pemilu 2004, timbul tuntutan agar DPD juga terlibat dalam forum persidangan DPR tanggal 16 Agustus itu. Namun, karena Peraturan Tata Tertib DPR-RI tidak memungkinkan hal itu, maka akibatnya, timbul perbedaan pendapat antara DPR dan DPD. Untuk mengatasi hal tersebut Presiden, Ketua DPR, dan Ketua DPD mengadakan kesepakatan bahwa untuk DPD diadakan forum tersendiri di DPD, di mana Presiden juga akan menyampaikan pidato mengenai APBN yang berkaitan dengan kepentingan daerah pada tanggal yang berbeda, akan tetapi tetap pada bulan Agustus juga. Jika hal ini dianggap baik, tentunya akan terus dipraktikkan sebagai kebiasaan ketatanegaraan yang diterima.

Namun, saya sendiri tidak menganggap penting adanya forum yang tersendiri itu. Seharusnya, keberada-

an forum rapat paripurna di DPR itu pun dievaluasi kembali kegunaannya. Apalagi, siklus anggaran dewasa ini sudah berubah dari Januari sampai dengan Desember. Sementara itu, di samping Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) sekarang ada pula Dewan Perwakilan Daerah (DPD). Majelis Permusyawaratan Rakyat sebagai institusi juga tetap ada. Dalam format kelembagaan dan konfigurasi fungsi-fungsi ketatanegaraan yang sudah berubah seperti itu, sudah seharusnya menjelang perayaan Hari Kemerdekaan Republik Indonesia setiap tahun, forum tahunan yang diadakan untuk itu haruslah benar-benar merupakan forum yang bersifat kerakyatan yang memiliki makna simbolik sebagai forum bersama semua komponen bangsa. Oleh sebab itu, kepentingan-kepentingan yang bersifat teknis anggaran negara haruslah dipisahkan dari agenda tahunan perayaan hari kemerdekaan Republik Indonesia itu.

Terlepas dari keseluruhan hal-hal tersebut di atas, satu hal yang pasti adalah bahwa konvensi ketatanegaraan selalu ada di setiap negara. Beberapa contoh mengenai kebiasaan ketatanegaraan yang terdapat di Inggris, misalnya, ditentukan bahwa seorang Menteri haruslah mempunyai kedudukan sebagai seorang anggota parlemen. Ketika Patrick Gordon Walker yang bukan anggota parlemen diangkat oleh Partai Buruh Inggris sebagai Menteri setelah pemilihan umum pada bulan Oktober 1964, diharuskan memperoleh keanggotaan *House of Commons*. Untuk itu ia ikut dalam pemilihan umum tambahan/susulan yang diadakan setelah pemilihan umum bulan Oktober tersebut. Sayangnya, dalam pemilihan umum itu, Patrick Gordon Walker tidak terpilih, sehingga akibatnya ia harus meletakkan jabatannya sebagai Menteri Luar Negeri. Ketentuan seperti ini timbul dari praktik ketatanegaraan yang tidak tertulis di Inggris.

Di Amerika Serikat, contoh dari kebiasaan ketatanegaraan juga cukup banyak. Misalnya, seorang calon Presiden Amerika Serikat dan Wakilnya dipilih oleh konvensi partai politik yang bersangkutan, baru kemudian dipilih oleh rakyat melalui *electoral college*.³⁵³ Contoh lain adalah mengenai timbulnya sistem parlementer di negeri Belanda sebagai akibat dari perselisihan antara Pemerintah dan Parlemen pada tahun 1866-1868 atas masalah daerah jajahan (koloni). Dalam perselisihan itu, Parlemen mempergunakan hak budgetnya untuk menolak rancangan anggaran pendapatan dan belanja negara yang diajukan oleh Menteri Keuangan pada waktu itu. Penolakan itu terkait dengan perselisihan yang sedang dihadapi. Akibatnya, kabinet berhasil dijatuhkan (*verwerping van de begrooting om redenen daar buiten gelegen*).

Sejak itu terjadi perubahan dalam sistem Pemerintahan di Kerajaan Belanda. Dalam sistem pertanggungjawaban menteri yang dianut semula, pihak Pemerintah selalu memenangkan perselisihan yang terjadi dengan parlemen (*overwicht van het cabinet*). Setelah jatuhnya kabinet karena penolakan anggaran pendapatan dan belanja negara itu, maka setiap kali ada perselisihan yang timbul antara Pemerintah dan Parlemen, Parlemenlah yang menang, dan kabinet harus berhenti. Sistem ini tidak diatur dalam *Grondwet* Kerajaan Belanda, tapi timbul dan hidup sebagai konvensi yang menggeser

³⁵³ Barnes & Noble, *Op.Cit.*, hal. 29-30, "Through the development of political parties, the election of the President has been changed from the original plan of indirect choice by a small group of elections to a system of nomination and election in which the whole country participates". Lihat juga Bernard Schwartz, *Op.Cit.*, hal. 92-93, "The nominating organ of American parties has been a convention composed of representatives of the member of the party".

ketentuan dalam Undang-Undang Dasarnya.³⁵⁴

Contoh lain di Kerajaan Inggris ialah bahwa Raja atau Ratu akan mengangkat Ketua Partai yang menang dalam pemilihan umum sebagai Perdana Menteri.³⁵⁵ Konvensi-konvensi ketatanegaraan (*The Conventions of the Constitution*) di Inggris jumlahnya banyak sekali, dan atas pengaruh pemikiran A.V. Dicey dibedakan dari hukum konstitusi (*The Law of Constitution*), karena konvensi tidak dapat dipaksakan berlakunya atau tidak diakui oleh badan-badan peradilan.³⁵⁶

Konvensi-konvensi ketatanegaraan itu antara lain adalah kebiasaan (*customs*), praktik-praktik (*practices*), asas-asas (*maxims*), atau tata aturan lainnya yang hidup dalam praktik. Misalnya, kabinet yang sudah tidak mendapat dukungan kepercayaan dari *House of Commons* (majelis rendah) akan meletakkan jabatannya, Raja harus mengesahkan setiap rancangan Undang-undang (*bill*), *House of Lords* (majelis tinggi) tidak akan mengajukan rancangan Undang-undang Keuangan (*money bill*). Betapapun pentingnya konvensi-konvensi itu berlaku dalam kehidupan ketatanegaraan, namun oleh karena ia bukan hukum (*the laws of the constitution*),

³⁵⁴ Kranenburg, *Op.Cit.*, hal. 165-167.

³⁵⁵ Dicey, *Op. Cit.*, hal. 42. "The party who for the time being command a majority in *The House of Commons*, have (in general) a right to have their leader placed in office. The most influential of these leaders ought (generally speaking) to be the premier, or head of the Cabinet".

³⁵⁶ *Ibid.*, hal. 417, "In an earlier part of this work stress was laid upon the essential distinction between the law of the constitution, which consisting (as it does) of rules enforced and recognized by the courts, makes up a body of laws in the proper sense consisting (as they do) of customs, practices, maxims or precepts which are not enforced or recognized by the courts, makes up a body not laws but of constitutional or political ethics". Selanjutnya dalam hal. 420 dinyatakan "A Ministry which is outvoted in the *House of Commons* is in many cases bound to retire from office".

maka pelanggaran yang terjadi terhadap konvensi-konvensi sama sekali tidak dihiraukan oleh pengadilan.

Konvensi-konvensi ketatanegaraan ini sudah dikenal dalam konferensi-konferensi Kerajaan Inggris (*Imperial Conferences*) di masa lalu yang mengatur hubungan antara Kerajaan Inggris dan wilayah-wilayah Dominion. Konvensi menetapkan cara-cara kerjasama dan hubungan antar sesama anggota Persemakmuran (*Commonwealth*) Inggris, dan menetapkan perundingan-perundingan di antara mereka dengan negara-negara asing. Mengenai terbentuknya konvensi-konvensi itu, Sir Ivor Jennings menyatakan, "some of them, such as those expressed in resolutions of the imperial Conferences, are definite and clearly established". Dengan perkataan lain, timbulnya konvensi ketatanegaraan tidak perlu atau tidak mutlak didasarkan atas *the gradual crystallisation of practice*.³⁵⁷ Konvensi dapat timbul kapan saja, tidak mutlak harus bersifat berulang-ulang seperti dalam pengertian kebiasaan. Konvensi ketatanegaraan tidak dapat diidentikkan dengan kebiasaan ketatanegaraan. Kebiasaan ketatanegaraan dapat termasuk pengertian konvensi ketatanegaraan, tetapi konvensi ketatanegaraan tidak hanya berbentuk kebiasaan ketatanegaraan. Konvensi dapat juga terbentuk secara tiba-tiba tanpa preseden yang mendahuluinya.

Konvensi juga tidak selalu merupakan ketentuan yang tidak tertulis, yang timbul dari persetujuan (*agreement*), tapi dapat saja berbentuk tertulis. Konvensi itu mungkin saja merupakan persetujuan yang ditandatangani pemimpin-pemimpin negara seperti antara Wakil Presiden Republik Indonesia dan Badan Pekerja

³⁵⁷ Ismail Suny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif, Op Cit.*, hal. 29; Lihat juga pendapat Jennings dalam *Law and the Constitution, Op Cit.*, hal. 133.

pada tanggal 16 Oktober 1945 atau suatu memorandum yang dikeluarkan setelah pembicaraan antara menteri-menteri seperti Maklumat Pemerintah pada tanggal 14 Nopember 1945. Contoh-contoh seperti ini dalam konstitusi Inggris adalah persetujuan yang dinyatakan bahwa suatu perubahan dalam hukum yang berkenaan dengan penggantian mahkota (*succession*) atau gelar Raja memerlukan pengesahan Parlemen dari semua Dominion. Demikian pula mengenai pengesahan dari Parlemen Kerajaan Inggris sendiri juga diperlukan. Konvensi-konvensi itu bahkan telah mencapai bentuk yang lebih formil dalam ungkapan bahwa konvensi-konvensi itu tercantum dalam bagian kedua Pendahuluan (*preamble*) *Statute of Westminster*. Oleh karena preamble menurut hukum tata negara Inggris tidak mempunyai akibat hukum, maka keadaan itu hanya dianggap sebagai faktor yang memperkuat berlakunya konvensi.

Seperti telah dikemukakan di atas, perubahan sistem pemerintahan di mana menurut UUD 1945 Menteri bertanggung jawab kepada Presiden diubah menjadi pertanggungjawaban Menteri kepada Komite Nasional Pusat pada bulan November 1945. Perubahan itu adalah perubahan berdasarkan konvensi ketatanegaraan. Menurut pendapat A.G. Pringgodigdo, perubahan menjadi sistem pertanggungjawaban para menteri kepada Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) itu dilakukan dengan mengubah Undang-Undang Dasar. Pendapat ini jelas tidak dapat dibenarkan. Dalam rangka memberikan pembenaran konseptual terhadap kebijakan mengubah konsep pertanggungjawaban tersebut, A.G. Pringgodigdo juga berpendapat bahwa perubahan itu seolah didasarkan atas aturan yang tegas juga tidak berdasar. Perubahan itu semata-mata didasarkan pada konvensi ketatanegaraan (*the Convention of the Constitu-*

tion) yang bersifat melengkapi hukum konstitusi (*the Law of the Constitution*).

Tidak ada ketentuan di dalam naskah Undang-Undang Dasar 1945 yang tegas atau yang secara eksplisit mengharuskan pertanggungjawaban eksekutif (pemerintah) kepada lembaga perwakilan rakyat. Namun demikian, UUD 1945 juga tidak melarang dilakukannya praktik semacam itu.³⁵⁸ Hal ini dapat dihubungkan dengan pendapat George Jellinek yang membedakan pengertian *Verfassungsänderung* dengan pengertian *Verfassungswandlung*. Perubahan Undang-Undang Dasar yang dengan sengaja dilakukan menurut tata cara yang diatur sendiri oleh Undang-Undang Dasar disebutnya sebagai *Verfassungsänderung*, sedangkan *Verfassungswandlung* merupakan perubahan Undang-Undang Dasar dengan cara-cara di luar yang diatur sendiri dalam Undang-Undang Dasar itu, yaitu cara-cara yang istimewa seperti revolusi, *coup d'état*, konvensi, dan sebagainya. Sehubungan dengan hal itu, perubahan ke arah sistem parlementer tersebut merupakan perubahan yang dilakukan bukan menurut tata cara yang diatur dalam Undang-Undang Dasar, melainkan menurut tata cara selain itu, yaitu berdasarkan konvensi ketatanegaraan (*the convention of the constitution*).³⁵⁹

Konvensi ketatanegaraan tidak hanya terdapat atau diterapkan di lingkungan negara-negara yang mempunyai konstitusi tidak tertulis, tetapi juga di negara-negara yang mempunyai naskah undang-undang dasar atau konstitusi tertulis (*written constitution*). Bahkan, mungkin saja konvensi-konvensi ketatanegaraan di

³⁵⁸ Lihat Ismail Suny, *Op. Cit.*, hal. 29, juga A.K. Pringgodigdo, *Perubahan Kabinet, Op Cit.*, hal. 69.

³⁵⁹ *Ibid.*

negara-negara yang terakhir ini justru memegang peranan yang jauh lebih penting. Menurut Bernard Schwartz, konvensi ketatanegaraan (*constitutional conventions*) telah berkembang sedemikian rupa dalam praktik ketatanegaraan Amerika Serikat yang artinya sering kali sama atau tidak dapat dibedakan dari ketentuan pasal-pasal yang resmi dalam naskah undang-undang dasar atau konstitusi yang tertulis.³⁶⁰

Ketika seorang Presiden Amerika Serikat mengangkat anggota kabinetnya, maka praktis menurut hukum, ia mempunyai kekuasaan untuk menetapkan siapa saja yang ia sukai untuk masuk atau tidak masuk dalam kabinetnya. Akan tetapi, akibat dari konvensi ketatanegaraan, Presiden diharuskan menjamin bahwa pelaksanaan kewenangan yang dimilikinya itu tidak akan mengangkat orang-orang dari negara bagian sebelah Utara saja atau sebelah Selatan saja. Presiden harus berusaha membicarakan penunjukan itu sedemikian rupa, sehingga daerah-daerah utama yang dianggap mempunyai arti politis yang penting dapat dipastikan akan terwakili dalam susunan kabinetnya. Demikian pula misalnya, di Indonesia, sulit untuk membayangkan bahwa semua anggota kabinet hanya terdiri atas tokoh-tokoh dari suku Jawa saja atau Sunda saja tanpa mempertimbangkan keragaman suku bangsa di tanah air kita.

Secara psikologis-politis, memang harus diakui, tidaklah mudah untuk menyatakan hal itu secara eksplisit dengan istilah yang biasa dikenal sebagai suatu ketentuan atau *formal rule*. Oleh karena itu, menurut

³⁶⁰ Ismail Suny, *Op. Cit.*, hal. 29; Georg Jellinek, *Verfassungswandlung und Verfassungswandlung, Eine staatsrechtlich politische Afhandlung*, (Berlin: Verslag von O. Haring, 1906), hal. 3; juga A.A.H. Struycken dalam pidato jabatannya membedakan antara "normale en abnormale rechtsvorming." Lihat *Positiefrecht Rede uit gesproken by de aanvaarding van het Hoogleerraarsambt aan de Universiteit van Amsterdam*, op de 15e Oktober 1906, (Amsterdam: Scheltema & Holkema's Boekhandel, 1906), hal. 20-21.

Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, mungkin tepat untuk menyebut hal ini sebagai konvensi ketatanegaraan, di mana seorang Presiden dalam melaksanakan kewenangannya untuk menyusun kabinet, diharuskan untuk berusaha mengakomodasikan unsur-unsur yang luas dalam kemajemukan masyarakat Indonesia. Begitu juga Presiden Amerika Serikat, menurut konvensi, dipastikan selalu akan mengakomodasikan beberapa unsur negara bagian atau pertimbangan utara dan selatan ke dalam susunan kabinetnya.³⁶¹

Suatu konvensi mungkin akan menyebabkan salah satu pasal dari Undang-Undang Dasar (konstitusi) tidak berlaku. Dalam hal ini, sesungguhnya konvensi tidak mengubah Undang-Undang Dasar (Konstitusi) tersebut, hanya saja menyebabkan pasal tertentu tidak dipakai dalam praktik ketatanegaraan.³⁶² Sebagai contoh, dapat dilihat dalam perubahan sistem pemerintahan presidentil menjadi pemerintahan parlementer dalam pengalaman praktik di Indonesia pada tahun 1945. Seperti telah dijelaskan di atas, perubahan ini pada pokoknya bersifat mengesampingkan ketentuan Pasal 17 Undang-Undang Dasar 1945. Demikian pula pada masa pemerintahan Orde Lama, melalui Ketetapan MPRS Nomor III/MPRS/1963 ditetapkan bahwa Presiden Soekarno diangkat menjadi Presiden seumur hidup. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara ini dapatlah digolongkan kepada konvensi yang terjadi karena diterima secara umum atas dasar persetujuan bersama. Akibat dari ketetapan tersebut, Pasal 17 Undang-Undang Dasar 1945 menjadi tidak berlaku. Ketetapan tersebut

³⁶¹ Ismail Suny, dalam kuliahnya tahun 1970. Selanjutnya mengenai *convention* ini dapat dibaca dalam Wade and Phillips, *Constitutional Law*, 1975, pada Bab "Convention of the Constitution", hal. 79-96.

³⁶² Kusnardi dan Ibrahim, *Op. Cit.*

sebenarnya tidak mengubah Undang-Undang Dasar 1945 secara formal, tetapi telah menyebabkan pasal tersebut tidak berlaku dalam praktik. Ketetapan tersebut kemudian dicabut oleh Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Nomor XVIII/MPRS/1966.

Tentu saja dapat diperdebatkan perbedaan antara tindakan yang bertentangan atau pelanggaran terhadap konstitusi dengan konvensi konstitusi. Apakah semua bentuk pelanggaran UUD juga dapat dikategorikan sebagai konvensi ketatanegaraan. Kunci jawaban atas masalah itu terletak pada persetujuan bersama dan penerimaan oleh umum (*public support*) atas tindakan ketatanegaraan yang diambil. Hanya saja sekarang tinggal lagi yang menjadi masalah ialah bagaimana mengukur ada-tidaknya atau memenuhi syarat atau tidaknya *public support* yang sifatnya sangat relatif itu. Pada mulanya, tindakan itu dapat dianggap sebagai pelanggaran terhadap konstitusi. Akan tetapi, jika perubahan itu ditetapkan berdasarkan kesepakatan bersama di antara semua pihak yang terkait dan selanjutnya hal itu dianggap sudah menjadi kenyataan yang diterima oleh umum sebagai praktik yang baik dan berguna, maka atas dasar itulah bentuk pelanggaran konstitusi tersebut dapat disebut sebagai konvensi ketatanegaraan (*the convention of the constitution*) yang dianggap mengikat dalam praktik, meskipun tetap tidak mengikat bagi para hakim di pengadilan.

Demikian pula konvensi ketatanegaraan yang dilakukan berkenaan dengan perubahan UUD 1945. Bab XVI Pasal 37 ayat (1) dan (2) UUD 1945 sama sekali tidak menentukan bahwa undang-undang dasar dapat atau harus diubah dengan cara tertentu yang biasa dilakukan menurut tradisi Amerika Serikat, yaitu melalui naskah amandemen yang terpisah dari teks asli undang-undang

dasar.³⁶³ Jika ditelusuri secara seksama dengan melihat kembali *the original framers' intent* atas ketentuan Pasal 37 ayat (1) dan (2), jelas bahwa yang dimaksud adalah perubahan dengan cara penyusunan teks baru sama sekali. Perubahan dan usaha penyusunan naskah baru itu pun bahkan sudah berkali-kali dilakukan, seperti dengan penggantian UUD 1945 dengan Konstitusi RIS Tahun 1949, kemudian dengan UUDS Tahun 1950, usaha penyusunan Konstitusi tetap oleh Konstituante, lalu pemberlakuan kembali naskah UUD 1945 beserta Penjelasanannya pada tahun 1959.

Semua usaha tersebut di atas, menggambarkan jalan pikiran yang terkandung dalam ketentuan Bab XVI Pasal 37 ayat (1) dan ayat (2) UUD 1945 memang menghendaki perubahan melalui penggantian. Dengan perkataan lain, bagaimana bentuk perubahan itu tidak ditentukan dengan jelas. Akan tetapi, karena sistem hukum Indonesia banyak dipengaruhi oleh tradisi Eropa Kontinental, maka tentunya tradisi perubahan konstitusi model Eropa Barat pulalah yang lebih dekat dengan maksud penyusun UUD 1945, yaitu melalui metode perubahan atau penyempurnaan dalam teks.

Namun, sejak Perubahan Pertama UUD 1945 pada tahun 1999, dilanjutkan dengan Perubahan Kedua (2000), Perubahan Ketiga (2001), dan Perubahan Keempat (2002), perubahan-perubahan itu dilakukan menurut tradisi Amerika Serikat, yaitu dengan naskah lampiran (*appendix*). Pada saat dimulainya penerapan metode lampiran ini pada tahun 1999, pilihan ini dapat dikatakan sebagai penyimpangan dari maksud Pasal 37 UUD 1945, tetapi diterima dengan baik oleh semua pihak sebagai cara yang dianggap konstitusional.

³⁶³ Lihat pada BAB XVI mengenai Perubahan Undang-Undang Dasar dalam UUD Negara RI Tahun 1945.

Selanjutnya, setelah metode perubahan ini dilakukan berulang-ulang, cara ini pun berkembang menjadi kebiasaan (*constitutional custom*) yang baik dalam praktik ketatanegaraan Indonesia berdasarkan UUD 1945. Baik keputusan pertama untuk menerapkan metode ini maupun keputusan-keputusan selanjutnya, setelah hal itu menjadi kebiasaan karena telah terjadi berulang-ulang, sama-sama dikenal dengan sebutan yang diistilahkan oleh A.V. Dicey yaitu *the conventions of the constitution*, bukan *the laws of the constitution*.

BAB V PENAFSIRAN DALAM HUKUM TATA NEGARA

A. Penafsiran dan Anatomi Metode Tafsir

Penafsiran merupakan kegiatan yang sangat penting dalam hukum dan ilmu hukum. Penafsiran merupakan metode untuk memahami makna yang terkandung dalam teks-teks hukum untuk dipakai dalam menyelesaikan kasus-kasus atau mengambil keputusan atas hal-hal yang dihadapi secara konkrit. Di samping itu, dalam bidang hukum tata negara, penafsiran dalam hal ini *judicial interpretation* (penafsiran oleh hakim), juga dapat berfungsi sebagai metode perubahan konstitusi dalam arti menambah, mengurangi, atau memperbaiki makna yang terdapat dalam suatu teks undang-undang dasar. Seperti dikemukakan oleh K.C. Wheare, undang-undang dasar dapat diubah melalui (i) *formal amendment*, (ii) *judicial interpretation*, dan (iii) *constitutional usage and conventions*.³⁶⁴

Dikarenakan pentingnya hal tersebut di atas, maka dalam setiap buku teks ilmu hukum lazim diuraikan adanya berbagai metode penafsiran. Banyak sarjana hukum yang membagi metode penafsiran ke dalam 5 (lima) macam metode penafsiran, dan 3 (tiga) macam metode konstruksi. Dalam hal ini, metode konstruksi dianggap tidak termasuk ke dalam pengertian penafsiran. Tetapi, ada pula sarjana yang menganggap metode konstruksi itu tiada lain merupakan varian saja atau termasuk bentuk lain dari metode penafsiran juga, sehingga macam

³⁶⁴ Wheare, *Op. Cit.*

dan jenis metode penafsiran itupun dikelompokkan secara berbeda dari sarjana lainnya.³⁶⁵

Saya sendiri, dalam buku terdahulu, telah menguraikan adanya 9 (sembilan) teori penafsiran yang berbeda penggambarannya dari apa yang dikemukakan oleh Arief Sidharta. Kesembilan teori penafsiran tersebut adalah:³⁶⁶

1) Teori penafsiran *letterlijk* atau harfiah (*what does the word mean?*)

Penafsiran yang menekankan pada arti atau makna kata-kata yang tertulis. Misalnya, kata *servants* dalam Konstitusi Jepang Art. 15 (2), "*All public officials are servants of the whole community and not of any group thereof*". Contoh yang lain mengenai kata *a natural association* dalam Art. 29 ayat (1) dan kata *the moral* dalam ayat (2) Konstitusi Italia yang menyatakan:

"(1) *The Republic recognizes the rights of the family as a natural association founded on marriage; (2) Marriage is based on the moral and legal equality of the spouses, within the limits laid down by law to safeguard the unity of the family*".

Contoh berikutnya lagi, misalnya terlihat pada kata *inconsistent* dalam ayat (1) Article 13 Konstitusi India, yaitu:

"*All laws in force in the territory of India immediately before the commencement of this Constitution, in so far*

³⁶⁵ Lihat dan bandingkan pendapat sarjana yang memasukkan metode interpretasi (penafsiran) sebagai salah satu metode dalam penemuan hukum yang dilakukan dengan cara Interpretasi Gramatikal (kebahasaan), Sistematis (logis), Historis, dan Teleologis (sosiologis). Lihat, misalnya, Bambang Sutiyoso dan Sri Hastuti, *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*, (Yogyakarta: UII Press, 2005), hal. 131-134.

³⁶⁶ Jimly Asshiddiqie, *Teori & Aliran Penafsiran Hukum Tata Negara*, cet. I, (Jakarta: Ind. Hill Co., 1997), hal. 17-18.

as they are inconsistent with the provisions of this Part, shall, to the extent of such inconsistency, be void”.

2) Teori penafsiran gramatikal atau interpretasi bahasa (*what does it linguistically mean?*)

Penafsiran yang menekankan pada makna teks yang di dalamnya kaidah hukum dinyatakan. Penafsiran dengan cara demikian bertolak dari makna menurut pemakaian bahasa sehari-hari atau makna teknis-yuridis yang lazim atau dianggap sudah baku.³⁶⁷ Menurut Visser't Hoft di negara-negara yang menganut tertib hukum kodifikasi, maka teks harfiah undang-undang sangat penting. Namun, penafsiran gramatikal saja dianggap tidak mencukupi, apalagi jika mengenai norma yang hendak ditafsirkan itu sudah menjadi perdebatan.³⁶⁸

3) Teori penafsiran historis (*what is historical background of the formulation of a text*)

Penafsiran historis mencakup dua pengertian: (i) penafsiran sejarah perumusan undang-undang; dan (ii) penafsiran sejarah hukum. Penafsiran yang pertama, memfokuskan diri pada latar belakang sejarah perumusan naskah. Bagaimana perdebatan yang terjadi ketika naskah itu hendak dirumuskan. Oleh karena itu yang dibutuhkan adalah kajian mendalam tentang notulen-

³⁶⁷ Ph. Visser't Hoft, *Penemuan Hukum*, judul asli *Rechtsvinding*, diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta, (Bandung: Laboratorium Hukum FH Univ. Parahiayangan, 2001), hal. 25.

³⁶⁸ *Ibid.*, hal. 26. Misalnya, basis sistem ekonomi sosialis Cina, seperti dalam Art. 6 ayat (1) Konstitusi Cina: (1) “*The basis of the socialist economic system of the People's Republic of China is socialist public ownership of the means of production, namely, ownership by the whole people and collective ownership by the working people*”; dan makna dari sistem kepemilikan publik, seperti dalam Art 6 ayat (2) “*The system of socialist public ownership supersedes the system of exploitation of man by man; it applies the principle of from each according to his ability, to each according to his work*”.

notulen rapat, catatan-catatan pribadi peserta rapat, tulisan-tulisan peserta rapat yang tersedia baik dalam bentuk tulisan ilmiah maupun komentar tertulis yang pernah dibuat, otobiografi yang bersangkutan, hasil wawancara yang dibuat oleh wartawan dengan yang bersangkutan, atau wawancara khusus yang sengaja dilakukan untuk keperluan menelaah peristiwa yang bersangkutan. Penafsiran kedua, mencari makna yang dikaitkan dengan konteks kemasyarakatan masa lampau. Dalam pencarian makna tersebut juga kita merujuk pendapat-pendapat pakar dari masa lampau, termasuk pula merujuk kepada norma-norma hukum masa lalu yang masih relevan.³⁶⁹

4) Teori penafsiran sosiologis (*what does social context of the event to be legally judged*)

Konteks sosial ketika suatu naskah dirumuskan dapat dijadikan perhatian untuk menafsirkan naskah yang bersangkutan. Peristiwa yang terjadi dalam masyarakat acapkali mempengaruhi legislator ketika naskah hukum itu dirumuskan. Misalnya, pada kalimat “dipilih secara demokratis” dalam Pasal 18 ayat (4) Undang-Undang Dasar 1945 yang menyatakan, “*Gubernur, Bupati, dan Walikota masing-masing sebagai kepala pemerintah daerah provinsi, kabupaten, dan kota dipilih secara demokratis.*”

5) Teori penafsiran sosio-historis (*asbabunnuzul dan asbabulwurud, what does the social context behind the formulation of the text*)

Berbeda dengan penafsiran sosiologis, penafsiran sosio-historis memfokuskan pada konteks sejarah masyarakat yang mempengaruhi rumusan naskah hukum. Misalnya, ide persamaan dalam teks konstitusi Republik

³⁶⁹ *Ibid.*, hal. 29.

V Perancis,³⁷⁰ ide ekonomi kekeluargaan dalam Pasal 33 UUD 1945, dan ide Negara Kekaisaran Jepang.³⁷¹

6) Teori penafsiran filosofis (*what is philosophical thought behind the ideas formulated in the text*)

Penafsiran dengan fokus perhatian pada aspek filosofis. Misalnya, ide negara hukum dalam konstitusi Republik V Perancis Article 66: “*No person may be detained arbitrarily*”. Ide negara hukum dalam Pasal 1 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang menyatakan bahwa negara Indonesia adalah negara hukum. Contoh lain lagi adalah rumusan ide demokrasi terpusat (*centralized democracy*) dalam Konstitusi Cina.³⁷²

³⁷⁰ Constitution of The Fifth French Republic, 1958, Article 2, “*France is an indivisible, secular, democratic and social Republic. It shall insure equality before the law for all citizens without distinction of origin, race, or religion. It shall respect all beliefs...*”

³⁷¹ Art. 1 [Symbol of State]: “*The Emperor shall be the symbol of the State and of the unity of the people, deriving his position from the will of the people with whom resides sovereign power*”. Article 2 [Dynastic Throne]: “*The Imperial Throne shall be dynastic and succeeded to in accordance with the Imperial House Law passed by the Diet*”.

³⁷² Konstitusi Cina, Article 3 [Democratic Centralism]: “*(1) The state organs of the People’s Republic of China apply the principle of democratic centralism. (2) The National People’s Congress and the local people’s congresses at different levels are instituted through democratic election. They are responsible to the people and subject to their supervision. (3) All administrative, judicial and procuratorial organs of the state are created by the people’s congresses to which they are responsible and under whose supervision they operate. (4) The division of functions and powers between the central and local state organs is guided by the principle of giving full play to the initiative and enthusiasm of the local authorities under the unified leadership of the central authorities.*”

7) Teori penafsiran teleologis (*what does the articles would like to achieve by the formulated text*).

Penafsiran ini difokuskan pada penguraian atau formulasi kaidah-kaidah hukum menurut tujuan dan jangkauannya. Tekanan tafsiran pada fakta bahwa pada kaidah hukum terkandung tujuan atau asas sebagai landasan dan bahwa tujuan dan atau asas tersebut mempengaruhi interpretasi. Dalam penafsiran demikian juga diperhitungkan konteks kenyataan kemasyarakatan yang aktual.³⁷³

8) Teori penafsiran holistik.

Penafsiran ini mengaitkan suatu naskah hukum dengan konteks keseluruhan jiwa dari naskah tersebut. Misalnya, *The individual economy*³⁷⁴ dalam Article 11 ayat (1) Konstitusi Cina:

(1) “*The individual economy of urban and rural working people, operated within the limits prescribed by law, is a complement to the socialist public economy. The state protects the lawful rights and interests of the individual economy*”; (2) “*The state guides, helps, and supervises the individual economy by exercising administrative control*”; (3) “*The State permits the private sector of the economy to exist and develop within the limits prescribed by law. The private sector of the economy is a complement to the socialist public economy. The State protects the lawful rights and interests of the private sector of the economy, and*

³⁷³ Visser’t Hoft, *Op. Cit.*, hal. 30.

³⁷⁴ Istilah *the individual economy* dalam konteks negara sosialis yang dianut Cina menjadi jiwa dari sistem sosialis, seperti yang dinyatakan dalam konstitusi Cina, Article (1) “*The People’s Republic of China is a socialist state under the people’s democratic dictatorship led by the working class and based on the alliance of workers and peasants*”; (2) “*The socialist system is the basic system of the People’s Republic of China. Sabotage of the socialist system by any organization or individual is prohibited*”.

exercises guidance, supervision and control over the private sector of the economy”.

- 9) Teori penafsiran holistik tematis-sistematis (*what is the theme of the articles formulated, or how to understand the articles systematically according to the grouping of the formulation*)

Dalam hal ini, misalnya, *regular election* dalam Article 68 dan 69 Konstitusi Amerika Serikat:

”Regular elections to the National Assembly shall be held within sixty days prior to the expiration of the term of the current Assembly. Procedures for elections to the National Assembly shall be prescribed by law. The date of elections shall be fixed by Presidential decree. The first session of a newly elected National Assembly shall convene on the second Thursday following the election of at least two thirds of the total number of Deputies. Until the election of the President of the National Assembly, its meetings shall be chaired by the Deputy who is most senior in age.”

”The regular sessions of the National Assembly shall convene twice per year from the second Monday of September to the second Wednesday of December and from the first Monday of February to the second Wednesday of June. The sittings of the National Assembly shall be open to the public. Closed door sittings may be convened by a resolution of the National Assembly.”

Di samping itu, dalam perkembangan pemikiran dan praktik penafsiran hukum di dunia akhir-akhir ini, telah berkembang pula berbagai corak dan tipe baru dalam penafsiran hukum dan konstitusi di berbagai negara. Oleh karena itu, pendapat-pendapat yang biasa kita diskusikan di berbagai fakultas hukum di tanah air juga perlu memperhatikan dinamika perkembangan di dunia ilmu hukum pada umumnya. Oleh sebab itu, ber-

bagai pandangan para sarjana mengenai ragam metode penafsiran itu, perlu kita himpun dan kita sarikan sebagaimana mestinya.

Selain ke-9 teori penafsiran tersebut di atas, dapat pula dikemukakan adanya pendapat Utrecht mengenai metode penafsiran undang-undang:

- 1) Penafsirkan menurut arti kata atau istilah (*taalkundige interpretasi*)

Hakim wajib mencari arti kata dalam undang-undang dengan cara membuka kamus bahasa atau meminta keterangan ahli bahasa. Walaupun belum cukup, hakim harus mempelajari kata tersebut dalam susunan kata-kata kalimat atau hubungannya dengan peraturan-peraturan lainnya. Cara penafsiran ini, menurut Utrecht, yang pertama ditempuh atau usaha permulaan untuk menafsirkan.³⁷⁵

- 2) Penafsiran historis (*historische interpretatie*)

Cara penafsiran historis ini, menurut Utrecht,³⁷⁶ dilakukan dengan (i) menafsirkan menurut sejarah hukum (*rechtshistorische interpretatie*), dan; (ii) menafsirkan menurut sejarah penetapan suatu ketentuan (*wetshistorische interpretatie*). Penafsiran menurut sejarah, menurut Utrecht, merupakan penafsiran luas atau mencakup penafsiran menurut sejarah penetapan. Kalau penafsiran menurut sejarah penetapan dilakukan dengan cara mencermati laporan-laporan perdebatan dalam perumusannya, surat-surat yang dikirim berkaitan dengan kegiatan perumusan, dan lain-lain, sedangkan penafsiran

³⁷⁵ Utrecht, *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*, disadur dan direvisi oleh Moh. Saleh Djindang, cet. XI, PT. (Jakarta: Ichtiar Baru, 1983), hal. 208.

³⁷⁶ Pendapat Utrecht ini sangat mirip dengan pendapat Visser't Hoft yang pada nantinya akan diuraikan secara tersendiri.

menurut sejarah hukum dilakukan menyelidiki asal naskah dari sistem hukum yang pernah diberlakukan, termasuk pula meneliti asal naskah dari sistem hukum lain yang masih diberlakukan di negara lain.³⁷⁷

Bagi hakim, menurut Scholten, makna penafsiran historis berdasarkan kebutuhan praktik. Pada umumnya yang penting bagi hakim ialah mengetahui maksud pembuat naskah hukum pada waktu ditetapkan. Hukum bersifat dinamis dan perkembangan hukum mengikuti perkembangan masyarakat. Oleh karena itu, makna yang dapat diberikan kepada suatu kata dalam naskah hukum positif sekarang berbeda dengan maknanya pada waktu ditetapkan. Oleh sebab itu pula, penafsiran menurut sejarah hakikatnya hanya merupakan pedoman saja.³⁷⁸ Akan tetapi, penafsiran historis tidak hanya menelaah risalah sebagai *story* perumusan naskah, tetapi juga menelaah sejarah sosial, politik, ekonomi dan *social event* lainnya ketika rumusan naskah tersebut dibahas.

3) Penafsiran sistematis

Penafsiran sistematis merupakan penafsiran menurut sistem yang ada dalam rumusan hukum itu sendiri (*systematische interpretatie*). Penafsiran demikian dilakukan dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan lain dalam naskah hukum yang bersangkutan. Penafsiran sistematis juga dapat terjadi jika naskah hukum yang satu dan naskah hukum yang lain, di mana keduanya mengatur hal yang sama, dihubungkan dan dibandingkan satu sama lain. Jika misalnya yang ditafsirkan itu adalah pasal dari suatu undang-undang, maka ketentuan-ketentuan yang sama, apalagi satu asas dalam peraturan lainnya, harus dijadikan acuan.³⁷⁹

³⁷⁷ Utrecht, *Op. Cit.*, hal. 209

³⁷⁸ *Ibid.*, hal. 210-211.

³⁷⁹ *Ibid.*, hal. 212-213.

4) Penafsiran sosiologis

Menurut Utrecht, setiap penafsiran undang-undang harus diakhiri dengan penafsiran sosiologis agar keputusan hakim dibuat secara sungguh-sungguh sesuai dengan keadaan yang ada dalam masyarakat. Utrecht mengatakan bahwa hukum merupakan gejala sosial, maka setiap peraturan memiliki tugas sosial, yaitu kepastian hukum dalam masyarakat. Tujuan sosial suatu peraturan tidak senantiasa dapat dipahami dari kata-kata yang dirumuskan. Oleh karena itu, hakim harus mencarinya. Penafsiran sosiologis merupakan jaminan kesungguhan hakim dalam membuat keputusan, oleh karena keputusannya dapat mewujudkan hukum dalam suasana yang senyatanya dalam masyarakat.³⁸⁰

5) Penafsiran otentik atau resmi (*authentieke atau officiele interpretatie*)

Penafsiran otentik ini sesuai dengan tafsir yang dinyatakan oleh pembuat undang-undang (*legislator*) dalam undang-undang itu sendiri.³⁸¹ Misalnya, arti kata yang dijelaskan dalam pasal atau dalam penjelasannya. Jikalau ingin mengetahui apa yang dimaksud dalam suatu pasal, maka langkah pertama adalah lihat penjelasan pasal itu. Oleh sebab itu, penjelasan undang-undang selalu diterbitkan tersendiri, yaitu dalam Tambahan Lembaran Negara, sedangkan naskah undang-undangnya diterbitkan dalam Lembaran Negara.

Sementara itu, Visser't Hoft mengemukakan 7 (tujuh) model penafsiran hukum, yaitu:³⁸²

³⁸⁰ *Ibid.*, hal. 216.

³⁸¹ *Ibid.*, hal. 217.

³⁸² Ph. Visser't Hoft, *Op. Cit.*

1) Penafsiran Gramatikal atau Interpretasi Bahasa

Dalam model ini, penafsiran gramatikal yang dimaksud mempunyai pengertian yang sama sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya.

2) Penafsiran Sistematis

Makna formulasi sebuah kaidah hukum atau makna dari sebuah istilah yang ada di dalamnya ditetapkan lebih jauh dengan mengacu pada hukum sebagai sistem. Langkah yang dilakukan yaitu dengan mencari makna kata-kata yang terdapat di dalam suatu peraturan yang ada kaitannya dan melihat pula pada kaidah-kaidah lainnya. Menurut Visser't, dalam sebuah sistem hukum yang menitikberatkan pada kodifikasi, maka merujuk pada sistem undang-undang atau kitab undang-undang merupakan hal yang biasa. Perundang-undangan adalah sebuah sistem. Ketentuan-ketentuan yang ada di dalamnya saling berhubungan dan sekaligus keterhubungan tersebut dapat menentukan suatu makna. Akan tetapi, dalam tatanan hukum yang tidak terkodifikasi, merujuk pada sistem dimungkinkan sepanjang karakter sistematis dapat diasumsikan atau diandaikan.

3) Penafsiran Sejarah Undang-undang

Penafsiran dengan cara merujuk pada sejarah penyusunannya, membaca risalah, catatan pembahasan oleh komisi-komisi dan naskah-naskah lain yang berhubungan dengan pembahasan termasuk surat-menyurat yang berhubungan dengan penyusunan suatu undang.

4) Penafsiran Sejarah Hukum

Penafsiran dengan cara menentukan arti suatu rumusan norma hukum dapat memperhitungkan sejarah isi norma atau pengertian hukum dengan mencari keter-

kaitan dengan pendapat penulis-penulis, atau konteks kemasyarakatan masa lalu.

5) Penafsiran Teleologis

Maksudnya yaitu menafsirkan dengan cara mengacu kepada formulasi norma hukum menurut tujuan dan jangkauannya. Fokus perhatian dalam menafsirkan adalah fakta bahwa pada norma hukum mengandung tujuan atau asas yang menjadi dasar sekaligus mempengaruhi interpretasi. Bisa jadi suatu norma mengandung fungsi atau maksud untuk melindungi kepentingan tertentu, sehingga ketika ketentuan tersebut diterapkan, maksud tersebut harus dipenuhi. Dalam melakukan penafsiran teleologis, juga memperhitungkan terhadap konteks fakta kemasyarakatan aktual. Cara ini tidak terlalu diarahkan untuk menemukan pertautan pada kehendak dari pembentuk undang-undang pada waktu perumusannya. Maksudnya lebih diarahkan kepada makna aktual atau makna obyektif norma yang ditafsirkan. Biasanya akan segera dikenali bahwa hakim menggunakan tafsir teleologis jika dalam pertimbangannya ditemukan kata-kata "...ketentuan-ketentuan bertujuan..." atau "...jangkauan dari...".

6) Penafsiran Antisipatif

Menurut Visser't, metode penafsiran ini dilakukan dengan cara merujuk RUU yang sudah disiapkan untuk dibahas atau sedang dibahas dalam parlemen. Dengan cara ini sebenarnya hakim melihat ke masa yang akan datang (*forward looking*). Dengan perkataan lain, hakim dapat saja berpendirian bahwa penafsiran terhadap norma hukum yang dilakukannya didasarkan atas penelaahan dari sudut pandang hukum baru.

7) Penafsiran Evolutif-Dinamis

Penafsiran ini dilakukan karena ada perubahan pandangan masyarakat dan situasi kemasyarakatan. Makna yang diberikan kepada suatu norma bersifat mendobrak perkembangan setelah dibelakukannya hukum tertentu. Salah satu ciri penting penafsiran ini ialah pengabaian maksud pembentuk undang-undang. Makna obyektif atau aktual maupun subyektif dari suatu norma sama sekali tidak berperan lagi.

Jazim Hamidi, dengan mengutip pendapat Sudikno Mertokusumo, A. Pitlo, Achmad Ali, dan Yudha Bhakti, mencatat sebelas macam metode penafsiran hukum, yaitu:³⁸³

- 1) Interpretasi Gramatikal, menafsirkan kata-kata dalam undang-undang sesuai kaidah bahasa dan kaidah hukum tata bahasa;
- 2) Interpretasi Historis, yaitu penafsiran sejarah undang-undang dan sejarah hukum;
- 3) Interpretasi Sistematis, menafsirkan undang-undang sebagai bagian dari keseluruhan sistem perundang-undangan;
- 4) Interpretasi Sosiologis atau Teleologis, makna undang-undang dilihat berdasarkan tujuan kemasyarakatannya, sehingga penafsiran dapat mengurangi kesenjangan antara sifat positif hukum dengan kenyataan hukum;
- 5) Interpretasi Komparatif, menafsirkan dengan cara membandingkan berbagai sistem hukum;
- 6) Interpretasi Futuristik, menafsirkan undang-undang dengan cara melihat pula RUU yang sedang dalam proses pembahasan;
- 7) Interpretasi Restriktif, membatasi penafsiran berdasarkan kata yang maknanya sudah tertentu;

³⁸³ Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum*, cet. I, (Yogyakarta: UII Press 2005), hal. 53-57.

- 8) Interpretasi Ekstensif, menafsirkan dengan melebihi batas hasil penafsiran gramatikal;
- 9) Interpretasi Otentik, penafsiran yang hanya boleh dilakukan berdasarkan makna yang sudah jelas dalam undang-undang;
- 10) Interpretasi Interdisipliner, menggunakan logika penafsiran lebih dari satu cabang ilmu hukum;
- 11) Interpretasi Multidisipliner, menafsirkan dengan menggunakan tafsir ilmu lain di luar ilmu hukum.

Ronald Dworkin mempunyai pendapat yang berbeda lagi mengenai soal ini. Dworkin mengidentifikasi adanya ada 6 (enam) model interpretasi dalam ilmu hukum,³⁸⁴ yaitu:

1) *Creative interpretation*

Menurut Dworkin, interpretasi kreatif hanya terhadap kasus khusus dari interpretasi *conversational*.³⁸⁵ Penafsiran ini dimaksudkan untuk mengungkap maksud penyusun atau maksud-maksud dalam tulisan. Misalnya, novel atau tradisi tertentu masyarakat yang biasanya diungkapkan masyarakat dalam percakapan sehari-hari. Bahwa interpretasi kreatif hanya untuk kasus khusus penafsiran lisan.³⁸⁶ Interpretasi kreatif bukanlah sekedar menangkap makna dalam percakapan melainkan mengkonstruksikan atau menyusun makna.³⁸⁷ Penafsiran

³⁸⁴ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 1986).

³⁸⁵ *Ibid.*, hal. 51.

³⁸⁶ *Ibid.*, "Creative interpretation aims to decipher the authors' purposes or intentions in writing particular novel or maintaining a particular social tradition, just as we aim in conversation to grasp a friend's intentions in speaking as he does. ... that creative interpretation is only a special case of conversational interpretation".

³⁸⁷ *Ibid.*, hal. 52, "...that creative interpretation is not conversational but constructive"

kreatif dalam pandangan konstruktif adalah interaksi antara maksud dan tujuan.³⁸⁸

2) *Artistic interpretation*

Menemukan maksud penulis bukanlah persoalan yang mudah, sebab kita harus berupaya memahami maksud melalui pemaknaan ungkapan kesadaran mental. Penafsiran artistik tidak selalu bermaksud mengidentifikasikan beberapa jenis kesadaran pikiran dalam menggunakan pengaruhnya terhadap pikiran penyusun ketika dia mengatakan, menulis, atau melakukan sesuatu.³⁸⁹ Maksud (*intention*) selalu lebih kompleks dan problematis (*complex and problematical matter*).

3) *Social interpretation*

Penafsiran praktik sosial dan kerja seni secara esensialitas lebih menekankan pada maksud daripada penyebab. Penafsiran praktik sosial tidak dimaksudkan menemukan apa yang dilakukan warga masyarakat, melainkan ada berbagai faktor baik ekonomi atau psikologi dari suatu perbuatan dengan fokus pengamatan pada suatu lingkungan yang dekat dengan apa yang mereka lakukan.³⁹⁰

4) *Constructive interpretation*

Pertama, tahap pra-penafsiran di mana aturan-aturan dan batasan-batasan yang digunakan untuk membe-rikan isi tentatif dari praktik yang diperkenalkan. Kedua,

³⁸⁸ *Ibid.*, "Creative interpretation, on the constructive view, is a matter of interaction between purpose and object".

³⁸⁹ *Ibid.*, hal. 55.

³⁹⁰ *Ibid.*, hal. 51, "For the interpretation of social practices and works of art is essentially concerned with purposes rather than mere causes. The citizens of courtesy do not aim to find, when they interpret their practice, the various economic or psychological or physiological determinants of their convergent behavior."

tahap diinterpretasikan, yaitu penafsir menjustifikasi unsur-unsur pokok praktik. Justifikasi tidak perlu semua harus sesuai bagi penafsir. Namun yang terpenting penafsir mampu melihat dirinya sendiri sebagai penafsir praktis, dan menemukan suatu yang baru. Ketiga, setelah tahap penafsiran, penafsir menyesuaikan pendirian-nya tentang praktik sebenarnya atau menyelesaikan.³⁹¹

5) *Literal interpretation*

Pendapat berbeda diperdebatkan bagi teori legislasi yang lebih dikenal dewasa ini. Hal ini kadang-kadang disebut sebagai teori penafsiran literal, walaupun tidak secara khusus menjelaskan gambar. Penafsiran literal bertujuan bahwa kata-kata dalam UU diberikan apabila kita menyebutnya makna yang tidak sesuai dengan konteksnya. Artinya, makna kita berikan kalau kita tidak memiliki informasi khusus tentang konteks yang mereka gunakan atau maksud-maksud dari penulis. Metode interpretasi ini mensyaratkan bahwa tidak ada ketergantungan konteks dan kualifikasi-kualifikasi tersembunyi dibuat terhadap bahasa umum.³⁹²

³⁹¹ *Ibid.*, hal. 66, "Second, there must be an interpretive stage at which the interpreter settles on some general justification for the main elements of the practice identified at the preinterpretive stage....The justification need not fit every aspect or feature of the standing practice, but it must fit enough for the interpreter to be able to see himself as interpreting that practice, not inventing a new one. Finally, there must be a postinterpretive or reforming stage, at which he adjusts his sense of what the practice 'really' requires so as better to serve the justification he accepts at the interpretive stage."

³⁹² *Ibid.*, hal. 17-18, "The dissenting opinion, written by Judge Gray, argued for a theory of legislation more popular than it is now. This is sometimes called a theory of 'literal' interpretation, though that is not a particularly illuminating description. It proposes that the words of a statute be given what we might better call their acontextual meaning, that is, the meaning we would assign them if we had no special information about the context of their use or the intentions of their author. This method of interpretation requires that no context-dependent and unexpressed qualifications

6) *Conversational interpretation*

Metode ini adalah metode yang tidak lazim atau agak berbeda dari cara-cara yang biasa digunakan. Penafsiran ini bukan dimaksudkan untuk menjelaskan suara seseorang. Penafsiran ini menandai makna dalam menjelaskan motif-motif dan maksud-maksud makna yang dirasakan pembicara, dan menyimpulkan sebagai pernyataan tentang maksud pembicara dalam mengatakan apa yang dia perbuat. Dalam teknik penafsiran ini, penafsir hendak menemukan maksud atau makna yang diucapkan orang lain dalam berbagai peristiwa yang secara tepat untuk makna dalam masyarakat, seperti misalnya sopan-santun.³⁹³ Sebab, maksud demikian adalah esensi bagi struktur yang menafsirkan pelaksanaan perjanjian sebagai hal yang berbeda dari pemahaman pihak lain dalam menafsirkan sesuai pernyataan yang mereka buat dalam penerapannya. Hal itu berlanjut bahwa pakar sosial harus berpartisipasi dalam praktik sosial jikalau dia mengharapkan untuk memahaminya, sebagaimana dibedakan dari pemahaman anggota-anggota lainnya.³⁹⁴

be made to general language, so Judge Gray insisted that the real statute, constructed in the proper way, contained no exceptions for murderers.”

³⁹³ *Ibid.*, hal. 50, “...is purposive rather than causal in some more mechanical way. It does not aim to explain the sounds someone makes the way a biologist explains a frog’s croak. It assigns meaning in the light of the motives and purposes and concerns it supposes the speaker to have, and it reports its conclusions as statements about his ‘intention’ in saying what he did”.

³⁹⁴ *Ibid.*, hal. 54-55, “...that the techniques of ordinary conversational interpretation, in which the interpreter aims to discover the intentions or meanings of another person, would in many event be in appropriate (ketepatan/tepat) for the interpretation of a social practice like courtesy (kesopanan/kebaikan/rasa hormat) because it is essential to the structure of such a practice that interpreting the practice be treated (pakta) as different from understanding what other participants mean by the statements they make in its operation. It follows that a social scientist must participate in a social

Profesor Sutandyo dalam salah satu tulisannya yang memperbincangkan semiotika, mengemukakan tentang *the semiotic jurisprudence*. Semiotika mengkaji tentang tanda-tanda kebahasaan yang tidak lain dari hasil konseptualisasi oleh subjek-subjek atau intersubjek.

Dari berbagai pendapat para sarjana yang digambarkan di atas, pada garis besarnya dapat dibedakan ke dalam 23 (dua puluh tiga) metode penafsiran, yaitu:

1) Metode Penafsiran *Literlijk* atau Literal

Metode ini dapat diartikan sebagai penafsiran *letterlijk* atau harfiah (*what does the word mean?*) yang memfokuskan pada arti atau makna kata (*word*). Utrecht memberi penjelasan tentang penafsiran menurut arti kata atau istilah (*taalkundige interpretasi*) ini, yaitu kewajiban bagi hakim mencari arti kata dalam undang-undang dengan cara membuka kamus bahasa atau meminta keterangan ahli bahasa. Kalaupun belum cukup hakim harus mempelajari kata tersebut dalam susunan kata-kata kalimat atau hubungannya dengan peraturan-peraturan lainnya. Cara penafsiran ini, menurut Utrecht, merupakan penafsiran yang pertama ditempuh atau usaha permulaan untuk menafsirkan.³⁹⁵

2) Metode Penafsiran Gramatikal (bahasa)

Metode penafsiran gramatikal atau interpretasi bahasa (*what does it linguistically mean?*). Penafsiran yang menekankan pada makna teks yang di dalamnya kaidah hukum dinyatakan. Penafsiran dengan cara demikian bertolak dari makna menurut pemakaian bahasa sehari-

practice if he hopes to understand it, as distinguished from understanding its members”.

³⁹⁵ Utrecht, *Op. Cit.*, hal. 208.

hari atau makna teknis-yuridis yang sudah dilazimkan.³⁹⁶ Menurut Visser't Hoft, di negara-negara yang menganut tertib hukum kodifikasi, teks harfiah undang-undang dinilai sangat penting. Namun, penafsiran gramatikal saja tidak cukup jika tentang hal yang ditafsirkan itu sudah menjadi perdebatan.³⁹⁷

3) Metode Penafsiran Restriktif

Pitlo dan Sudikno mengartikan penafsiran ini sebagai kegiatan menafsirkan dengan cara membatasi penafsiran sesuai dengan kata yang maknanya sudah tertentu. Jika suatu norma hukum yang sederhana sudah dirumuskan secara jelas atau *expresis verbis*, maka tidak diperlukan lagi untuk menerapkan metode-metode penafsiran yang bersifat kompleks. Cukuplah kiranya hal tersebut dipahami dengan maknanya yang sudah jelas itu.³⁹⁸

4) Metode Penafsiran Ekstensif

Menurut Pitlo dan Sudikno, hasil penafsiran ini melebihi hasil penafsiran gramatikal. Penalaran yang digunakan dalam metode ekstensif ini merupakan kebalikan dari penalaran dalam metode restriktif. Penafsiran restriktif bersifat membatasi, sedangkan penafsiran ekstensif bersifat memperluas, sehingga penafsiran dilakukan tidak hanya terbatas kepada makna teknis dan gramatikal kata-kata yang terkandung dalam suatu rumusan norma hukum yang bersangkutan.³⁹⁹

³⁹⁶ Visser't Hoft, *Op. Cit.*, hal. 25.

³⁹⁷ *Ibid.*, hal. 26.

³⁹⁸ Hamidi, *Op. Cit.*

³⁹⁹ *Ibid.*

5) Metode Penafsiran Otentik

Penafsiran otentik atau resmi (*authentieke* atau *officiele interpretatie*), menurut Utrecht, merupakan penafsiran sesuai dengan tafsir yang dinyatakan oleh pembuat undang-undang (*legislator*) dalam undang-undang itu sendiri.⁴⁰⁰ Misalnya, arti kata yang dijelaskan dalam pasal atau dalam penjelasannya. Menurut Sudikno dan Pitlo, penafsiran yang demikian hanya boleh dilakukan berdasarkan makna yang sudah jelas dalam undang-undang.

6) Metode Penafsiran Sistematis

Metode ini menafsirkan menurut sistem yang ada dalam hukum (*systematische interpretatie, dogmatische interpretatie*) itu sendiri. Artinya, menafsirkan dengan memperhatikan naskah-naskah hukum lain. Jika yang ditafsirkan adalah pasal dari suatu undang-undang, maka ketentuan-ketentuan yang sama apalagi satu asas dalam peraturan lainnya juga harus dijadikan acuan.⁴⁰¹ Dalam penafsiran ini, sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, makna formulasi sebuah kaidah hukum atau makna dari sebuah istilah yang ada di dalamnya ditetapkan lebih jauh dengan mengacu pada hukum sebagai sistem. Langkah yang dilakukan yaitu dengan mencari makna kata-kata yang terdapat di dalam suatu peraturan yang ada kaitannya dan melihat pula pada kaidah-kaidah lainnya. Menurut Visser't, dalam sebuah sistem hukum yang menitikberatkan pada kodifikasi, maka merujuk pada sistem undang-undang atau kitab undang-undang merupakan hal biasa. Perundang-undangan adalah sebuah sistem. Ketentuan-ketentuan yang ada di dalamnya saling berhubungan sekaligus saling berhubungan tersebut menentukan makna. Akan tetapi dalam tatanan

⁴⁰⁰ Utrecht, *Op. Cit.*, hal. 217.

⁴⁰¹ *Ibid.*, hal. 212-213.

hukum yang tidak terkodifikasi, merujuk pada sistem dimungkinkan sepanjang karakter sistematis dapat diasumsikan (diandaikan).⁴⁰²

7) Metode Penafsiran Sejarah Undang-undang

Metode ini mendasarkan diri pada makna historis yang terkandung dalam perumusan undang-undang itu sendiri (*what is historical background of the formulation of a text*). Penafsiran Sejarah Undang-undang ini salah satu metode penafsiran sejarah dalam arti sempit, yaitu penafsiran dengan merujuk pada sejarah penyusunannya, membaca risalah, catatan pembahasan oleh komisi-komisi, dan naskah-naskah lain yang berhubungan dengan pembahasan termasuk surat-menyurat yang berkaitan dengan penyusunan suatu undang. Menurut Utrecht, penafsiran sejarah undang-undang memfokuskan diri pada latar belakang sejarah perumusan naskah, dan bagaimana perdebatan yang terjadi ketika naskah itu hendak dirumuskan.⁴⁰³

Oleh karena itu, yang dibutuhkan adalah kajian mendalam tentang notulen-notulen rapat, catatan-catatan pribadi peserta rapat, tulisan-tulisan peserta rapat yang tersedia baik dalam bentuk tulisan ilmiah maupun komentar tertulis yang pernah dibuat, otobiografi yang bersangkutan, hasil wawancara yang dibuat oleh wartawan dengan yang bersangkutan, atau wawancara khusus yang sengaja dilakukan untuk keperluan menelaah peristiwa yang bersangkutan. Menurut Hoft, penafsiran sejarah undang-undang merupakan penafsiran dengan merujuk pada sejarah penyusunannya, membaca risalah, catatan pembahasan oleh komisi-komisi, dan naskah-naskah lain yang berhubungan dengan pembahasan ter-

⁴⁰² Ph. Visser't Hoft, *Op.Cit.*

⁴⁰³ Utrecht, *Op.Cit.*

masuk surat-menyurat yang berhubungan dengan penyusunan suatu undang.⁴⁰⁴

8) Metode Penafsiran Historis dalam arti Luas

Metode penafsiran dengan sejarah hukum, menurut pendapat Utrecht, mencakup dua pengertian, yaitu (i) penafsiran sejarah perumusan undang-undang seperti yang sudah diuraikan di atas; dan (ii) penafsiran sejarah hukum itu sendiri, yaitu melalui penafsiran sejarah hukum yang bertujuan mencari makna yang dikaitkan dengan konteks kemasyarakatan masa lampau.⁴⁰⁵ Dalam arti sempit, yaitu metode penafsiran sejarah undang-undang sudah diuraikan di atas. Sedangkan pada bagian ini diuraikan mengenai metode penafsiran historis dalam arti luas.

Dalam hal ini, untuk mencari dan menemukan makna historis suatu pengertian normatif dalam undang-undang, penafsir juga harus merujuk pendapat-pendapat pakar dari masa lampau. Termasuk pula merujuk kepada hukum-hukum masa lalu yang relevan. Menurut Utrecht, penafsiran dengan cara demikian dilakukan dengan menafsirkan suatu naskah menurut sejarah hukum (*rechts-historische interpretatie*). Penafsiran historis demikian itu dilakukan pula dengan menyelidiki asal usul naskah dari sistem hukum yang pernah diberlakukan, termasuk pula meneliti asal naskah dari sistem hukum lain yang masih diberlakukan di negara lain.⁴⁰⁶ Bagi hakim, menurut Scholten, makna penafsiran historis berdasarkan kebutuhan praktik. Pada umumnya yang terpenting bagi hakim ialah mengetahui maksud pembuat naskah hukum pada waktu ditetapkan. Hukum bersifat dinamis, dan perkembangan hukum mengikuti perkembangan

⁴⁰⁴ Ph. Visser't Hoft, *Op.Cit.*

⁴⁰⁵ Utrecht, *Op.Cit.*

⁴⁰⁶ *Ibid.*, hal. 209.

masyarakat. Oleh karena itu, makna yang dapat diberikan kepada suatu kata dalam naskah hukum positif sekarang berbeda dengan maknanya pada waktu ditetapkan. Oleh sebab itu pula penafsiran menurut sejarah hakikatnya hanya merupakan pedoman saja.⁴⁰⁷

Akan tetapi, penafsiran historis tidak hanya menelaah risalah sebagai *story* perumusan naskah, tetapi juga menelaah sejarah sosial, politik, ekonomi dan *social event* lainnya ketika rumusan naskah tersebut dibahas. Artinya, penafsiran historis bisa merambah ke penafsiran sosio-historis baik dari aspek sosial, ekonomi, politik, dan kejadian-kejadian penting yang memberi nuansa kepada sebuah naskah hukum. Misalnya, ketika Pasal 33 UUD 1945 dirumuskan, suasana anti kolonialisme sedang marak, sehingga penolakan terhadap yang berlatar belakang liberalisme dan kapitalisme sangat kuat dan sangat logis terjadi ketika itu.

Latar belakang yang sama juga dapat menjadi sebab mengapa hak asasi manusia sangat kurang dirinci dalam rumusan UUD 1945 versi aslinya. Memang benar bahwa hak asasi manusia ada kaitannya dengan individualisme yang menjadi basis paham liberalisme ekonomi, politik, dan kapitalisme dalam bidang ekonomi. Akan tetapi, ketika Pasal 33 ditafsirkan pada tahun 2005 atau 50 tahun kemudian apakah konteks sosio-historis tahun 1945 harus ditanggalkan? Sepanjang kekuatan argumentasi dapat menunjukkan bahwa liberalisme memang terbukti benar-benar mengancam sistem ekonomi nasional dalam sistem ekonomi global, maka apapun alasannya liberalisme ekstrim harus ditolak dan prinsip penguasaan negara harus dipertahankan dengan penyesuaian di sana-sini.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, hal. 210-211.

9) Metode Penafsiran Sosio-Historis

Metode ini menyangkut penafsiran sosio-historis (*asbab al-nuzul* dan *asbab al-wurud*), yaitu berkenaan dengan persoalan *what does the social context behind the formulation of the text*. Berbeda dari penafsiran historis, dalam penafsiran sosio-historis ini, dipertimbangkan pula berbagai konteks perkembangan masyarakat yang melahirkan norma yang hendak ditafsirkan itu dengan seksama. Di pihak lain, berbeda pula dengan penafsiran sosiologis, penafsiran sosio-historis ini lebih memusatkan perhatian pada konteks sejarah masyarakat yang mempengaruhi rumusan naskah ketika norma hukum yang bersangkutan terbentuk di masa lalu.

10) Metode Penafsiran Sosiologis

Metode penafsiran sosiologis (*sociological interpretation*) ini mendasarkan diri pada penafsiran yang bersifat sosiologis (*what does social context of the event to be legally judged*). Konteks sosial ketika suatu naskah dirumuskan dapat dijadikan perhatian untuk menafsirkan naskah. Peristiwa yang terjadi dalam masyarakat acapkali mempengaruhi legislator ketika sebuah naskah hukum dirumuskan.

11) Metode Penafsiran Teleologis

Metode penafsiran teleologis memusatkan perhatian pada persoalan, apa tujuan yang hendak dicapai oleh norma hukum yang ditentukan dalam teks (*what does the articles would like to achieve*). Penafsiran ini difokuskan pada penguraian atau formulasi kaidah-kaidah hukum menurut tujuan dan jangkauannya. Tekanan tafsiran pada fakta bahwa pada kaidah hukum terkandung tujuan atau asas sebagai landasan dan bahwa tujuan dan atau asas tersebut mempengaruhi interpretasi. Dalam

penafsiran yang demikian ini juga diperhitungkan konteks kenyataan kemasyarakatan aktual.⁴⁰⁸

Utrecht tidak mengenal penafsiran teleologis, sedangkan menurut Hoft, penafsiran seperti ini dilakukan dengan cara mengacu kepada formulasi norma hukum menurut tujuan dan jangkauannya. Dalam menafsirkan secara teleologis, fokus perhatian adalah fakta bahwa pada norma hukum mengandung tujuan yang menjadi dasar atau asas sekaligus mempengaruhi interpretasi. Bisa jadi suatu norma mengandung fungsi atau mengandung maksud untuk melindungi kepentingan tertentu, sehingga ketika ketentuan tersebut diterapkan, maksud tersebut harus dipenuhi. Penafsiran teleologis juga memperhitungkan konteks fakta kemasyarakatan aktual. Cara ini tidak terlalu diarahkan untuk menemukan pertautan pada kehendak dari pembentuk undang-undang pada waktu perumusannya. Maksudnya, lebih diarahkan kepada makna aktual atau makna obyektif norma yang ditafsirkan, sebagaimana telah disinggung sebelumnya.

12) Metode Penafsiran Holistik

Metode penafsiran holistik mengemukakan aspek keseluruhan unsur yang terkait. Teori penafsiran holistik mengaitkan penafsiran suatu naskah hukum dengan konteks keseluruhan jiwa dari naskah hukum tersebut. Ide yang terkandung di dalam metode ini mengandaikan bahwa setiap naskah hukum seperti undang-undang ataupun undang-undang dasar haruslah dilihat sebagai satu kesatuan sistem norma hukum yang mengikat untuk umum (*integral and integrated constitution or legislation*), sehingga kandungan makna yang diatur di dalamnya tidak dapat dipahami pasal demi pasalnya, melainkan harus dimengerti sebagai satu kesatuan yang menyeluruh (holistik).

⁴⁰⁸ Visser't Hoft, *Op. Cit.*, hal. 30.

13) Metode Penafsiran Tematis-Sistematis

Di sini yang menjadi pusat perhatian adalah persoalan *what be the substantive theme of the articles formulated, or how to understand the substantive theme of the articles systematically according to the grouping of the formulation*. Misalnya, ketentuan mengenai pemilihan umum berkala dalam Article 68 Konstitusi Amerika Serikat menentukan bahwa pemilihan umum berkala diselenggarakan dalam waktu selambat-lambatnya 30 hari sebelum masa jabatan anggota Nasional Assembly berakhir. Pemilihan umum anggota National Assembly dimaksud diselenggarakan menurut tata cara yang diatur dengan undang-undang. Selanjutnya ditentukan pula bahwa tanggal penyelenggaraan pemilihan umum itu ditetapkan dengan keputusan (*Presidential decree*) dengan ketentuan bahwa sidang pertama para anggota National Assembly yang baru terpilih harus sudah diadakan pada hari Kamis kedua sesudah terpilih sekurang-kurangnya 2/3 jumlah seluruh anggota National Assembly (*on the second Thursday following the election of at least two thirds of the total number of Deputies*). Sebelum terpilih seorang Ketua National Assembly (*President of the National Assembly*), persidangan dipimpin oleh 2 (dua) orang anggota yang tertua usianya.⁴⁰⁹ Jika diperhatikan,

⁴⁰⁹ Article 68 UUD Amerika Serikat itu berbunyi, "*Regular elections to the National Assembly shall be held within sixty days prior to the expiration of the term of the current Assembly. Procedures for elections to the National Assembly shall be prescribed by law. The date of elections shall be fixed by Presidential decree. The first session of a newly elected National Assembly shall convene on the second Thursday following the election of at least two thirds of the total number of Deputies. Until the election of the President of the National Assembly, its meetings shall be chaired by the Deputy who is the most senior in age*".

jasas sekali bahwa Article 68 Konstitusi Amerika Serikat mengatur mengenai tema yang berkenaan dengan prosedur penyelenggaraan pemilihan umum.

14) Metode Penafsiran Antisipatif atau Futuristik

Metode penafsiran ini dilakukan dengan cara merujuk suatu rancangan undang-undang yang sudah mendapat persetujuan bersama, tetapi belum disahkan secara formil. Kemungkinan lain juga dapat terjadi, misalnya, suatu rancangan undang-undang sudah disiapkan untuk dibahas atau sedang dibahas dalam parlemen, tetapi diperkirakan ada materi-materi tertentu yang dinilai sudah pasti lolos untuk pada saatnya disahkan menjadi norma hukum yang mengikat. Jika hakim di pengadilan melihat ke depan (*forward looking*) atau antisipatif dan futuristik, ia dapat menerapkan norma-norma hukum yang belum berlaku secara formil itu dalam memeriksa dan memutus sesuatu kasus yang untuk tujuan mewujudkan keadilan yang nyata membutuhkan referensi yang bersifat futuristik tersebut. Dengan cara demikian, maka para hakim dapat melihat nilai-nilai keadilan dengan kacamata yang memandang jauh ke masa yang akan datang. Dengan kata lain, hakim dapat menilai dan menerapkan suatu norma hukum yang ada dengan menafsirkannya dari sudut pandang hukum baru.

15) Metode Penafsiran Evolutif-Dinamis

Istilah penafsiran yang demikian digunakan oleh Visser't Hoft dikarenakan bahwa metode penafsiran evolutif-dinamis ini dilakukan karena adanya perubahan pandangan dalam dinamika kehidupan masyarakat.⁴¹⁰ Situasi dan kondisi kemasyarakatan secara luas mengalami perubahan yang mendasar. Oleh karena itu, makna

⁴¹⁰ Visser't Hoft, *Op. Cit.*

yang harus diberikan kepada norma hukum yang ditafsirkan haruslah bersifat mendobrak perkembangan setelah dibelakukannya suatu norma hukum tertentu. Salah satu ciri penting metode penafsiran ini ialah diabaikan maksud asli pembentuk undang-undang (*the original intent*) dari keharusan untuk dijadikan referensi. Makna obyektif atau aktual maupun subyektif dari suatu norma sama sekali tidak dianggap berperan lagi. Semua itu dianggap tidak lagi relevan dengan kebutuhan nyata untuk menegakkan keadilan di lapangan.

16) Metode Penafsiran Komparatif

Pitlo dan Sudikno mengartikan penafsiran ini sebagai kegiatan menafsirkan dengan cara membandingkan dengan berbagai sistem hukum. Perbandingan dapat dilakukan untuk maksud memahami hukum sendiri atau dapat pula dimaksudkan untuk menemukan prinsip-prinsip yang berlaku umum dari objek-objek yang diperbandingkan. Dengan demikian, perbandingan dapat dilakukan antar dua objek atau antar banyak objek. Di samping itu, perbandingan dapat dilakukan dengan cara membandingkan unsur-unsur yang sama dan/atau unsur-unsur yang berlainan dari objek-objek yang diperbandingkan satu sama lain. Hasil dari proses perbandingan itu pada akhirnya adalah untuk diterapkan dalam menyelesaikan suatu kasus atau permasalahan hukum dengan seadil-adilnya dan setepat-tepatnya.⁴¹¹

17) Teori Penafsiran Filosofis

Penafsiran filosofis memusatkan perhatian pada segi *what is the underlying philosophical thought* yang terkandung dalam perumusan teks hukum yang ditafsirkan. Penafsiran ini mempunyai fokus perhatian pada aspek filosofis yang terkandung dalam norma hukum

⁴¹¹ Jazim Hamidi, *Op. Cit.*

yang hendak ditafsirkan. Misalnya, ide negara hukum dalam Konstitusi Republik V Perancis Art. 66: “*No person may be detained arbitrarily*”. Tidak seorangpun yang dapat ditahan hanya didasarkan atas kebijaksanaan penguasa. Demikian pula ide negara hukum dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 yang menyatakan, “Negara Indonesia adalah Negara Hukum”, ide demokrasi terpusat dalam Konstitusi Cina (*democratic centralism*), dan lain sebagainya. Ide-ide yang dirumuskan itu tidak dapat dipahami hanya dengan pendekatan biasa, melainkan harus dimengerti secara mendalam, yaitu pada latar belakang filosofis tumbuhnya ide negara hukum itu sendiri dalam sejarah perkembangan umat manusia, baik yang terkait dengan konsep *rule of law* maupun dengan konsep *rechtsstaat*.

18) Metode Penafsiran Interdisipliner

Menurut Pitlo dan Sudikno, menggunakan logika penafsiran dengan menggunakan bantuan banyak cabang ilmu pengetahuan, banyak cabang ilmu hukum sendiri, ataupun dari banyak metode penafsiran, juga dianjurkan. Metode ini dianggap penting, karena banyak kasus yang kompleks yang tidak dapat dipecahkan jika kita hanya mendekatinya dari satu sudut pandang saja. Apalagi, untuk tujuan mewujudkan keadilan, kadang-kadang permasalahan yang dihadapi sangat kompleks sifatnya dan memerlukan pendekatan-pendekatan yang interdisiplin. Oleh karena itu, metode penafsiran demikian disebut sebagai metode penafsiran interdisipliner.⁴¹²

19) Metode Penafsiran Multidisipliner

Metode penafsiran multidisiplin ini berbeda dan dibedakan dari penafsiran interdisiplin, sebagaimana yang sudah dikemukakan di atas. Kadang-kadang ada

⁴¹² *Ibid.*

kasus-kasus yang tidak memerlukan pendekatan interdisiplin yang menyeluruh, melainkan cukup dengan menggunakan bantuan penafsiran menurut suatu cabang ilmu di luar ilmu hukum. Misalnya, suatu pembuktian untuk menentukan seseorang bersalah atau tidak yang semata-mata tergantung kepada penafsiran yang terdapat dalam ilmu kedokteran. Untuk menerapkan suatu norma hukum terhadap kasus yang konkrit tergantung kepada penafsiran menurut ilmu kedokteran, sehingga penafsiran tersebut dapat dikatakan dilakukan dengan menggunakan tafsir ilmu lain di luar ilmu hukum. Metode penafsiran yang demikian inilah yang disebut sebagai penafsiran multidisiplin, bukan interdisiplin seperti yang sudah diuraikan di atas.

20) Metode Penafsiran Kreatif (*Creative Interpretation*)

Menurut Dworkin, interpretasi kreatif (*creative interpretation*) dapat digunakan, tetapi hanya terhadap kasus khusus dari interpretasi *conversational*. Penafsiran ini dimaksudkan untuk mengungkap maksud penyusun atau maksud-maksud dalam tulisan. Misalnya, novel atau tradisi tertentu masyarakat yang biasanya diungkapkan masyarakat dalam percakapan sehari-hari. Bahwa interpretasi kreatif hanya untuk kasus khusus penafsiran lisan. Interpretasi kreatif bukanlah sekedar menangkap makna dalam percakapan melainkan mengkonstruksikan atau menyusun makna. Penafsiran kreatif dalam pandangan konstruktif adalah interaksi antara maksud dan tujuan.⁴¹³

21) Metode Penafsiran Artistik

Sebagaimana dikemukakan oleh Dworkin, melakukan kegiatan penafsiran dengan cara menemukan maksud penulis bukanlah persoalan yang mudah dan seder-

⁴¹³ Dworkin, *Op. Cit.*

hana. Oleh karena itu, berupaya untuk memahami suatu maksud, dilakukan melalui pemaknaan ungkapan kesadaran mental. Penafsiran artistik tidak selalu bermaksud mengidentifikasikan beberapa jenis kesadaran pikiran dalam menggunakan pengaruhnya terhadap pikiran penyusun ketika dia mengatakan, menulis, atau melakukan sesuatu. Dalam hal ini, maksud selalu lebih kompleks dan problematikal.⁴¹⁴

22) Metode Penafsiran Konstruktif

Metode penafsiran konstruktif ini, menurut Dworin, dapat dilakukan dengan tiga tahap. Pertama, tahap pra-penafsiran dimana aturan-aturan dan batasan-batasan yang digunakan untuk memberikan isi tentatif mengenai praktik yang diperkenalkan. Kedua, adalah tahap interpretasi sendiri, di mana penafsir menjustifikasi unsur-unsur pokok yang timbul dari praktik. Justifikasi tidak perlu semua harus sesuai bagi penafsir. Menjadi sangat penting dalam hal ini, bahwa mampu melihat dirinya sendiri sebagai penafsir praktis dan menemukan suatu yang baru. Ketiga, setelah tahap penafsiran, penafsir menyesuaikan pendiriannya tentang praktik sebenarnya atau menyelesaikannya.

23) Metode Penafsiran Konversasional.

Metode ini sebenarnya agak berada di luar kebiasaan penafsiran yang biasa digunakan. Penafsiran konversasional (*conversational interpretation*) ini bukan dimaksudkan untuk menjelaskan suara seseorang. Penafsiran ini menandai makna dalam menjelaskan motif-motif dan maksud-maksud mengenai makna yang dirasakan pembicara, dan menyimpulkan sebagai pernyataan tentang maksud pembicara dalam mengatakan apa yang dia perbuat. Penafsir hendak menemukan maksud atau

⁴¹⁴ *Ibid.*

makna yang diucapkan oleh orang lain dalam berbagai peristiwa yang secara tepat untuk makna dalam masyarakat, misalnya sopan-santun. Sutandyo dalam salah satu tulisannya semiotika, mengemukakan tentang *the semiotic jurisprudence*. Semiotika mengkaji tentang tanda-tanda kebahasaan yang tidak lain dari hasil konseptualisasi oleh subjek-subjek atau intersubjek.

Dalam hubungannya dengan penafsiran, dapat dikemukakan pula pendapat Jerzy Wroblewski yang mengembangkan meta-teori rasionalistik dan relativistik mengenai penafsiran dan implementasi undang-undang (*legal statutes*), yaitu teori tentang interpretasi atau teori tentang ideologi-ideologi penafsiran undang-undang.⁴¹⁵

Dalam penafsiran dikenal pula adanya tipe-tipe argumen-argumen yang digunakan, (MacCormick and Summers, 1991), yaitu:⁴¹⁶

- 1) *The argument from ordinary meaning*, atau menggunakan argumen makna umum yang berlaku dalam masyarakat;
- 2) *The argument from technical meaning*, atau menggunakan argumen teknis yang dipakai dalam istilah-istilah teknis;
- 3) *The argument from contextual-harmonization*;
- 4) *The argument from precedent*;
- 5) *The argument from analogy*;
- 6) *The argument from relevant principles of law*;
- 7) *The argument from history*;
- 8) *The argument from purpose*;
- 9) *Substantive reasons*;
- 10) *The argument from intention*.

⁴¹⁵ Jerzy Wroblewski, dalam Aleksander Peczenik, "Kinds of Theory of Legal Argumentation", http://www.ivr2003.net/Peczenik_Argumentation.htm.

⁴¹⁶ Aleksander Peczenik, *Op. Cit.*

William Eskrige dalam bukunya mengembangkan teori dinamika penafsiran undang-undang (*dynamic theory of statutory interpretation*) dengan menyatakan, “...that statutory interpretation changes in response to new political alignments, new interpreters, and new ideologies”. Sementara Aulis Aarnio mengatakan, tugas dogmatik hukum adalah menginterpretasikan dan mensistematisasi norma-norma hukum (*The tasks of legal dogmatic are interpretation and systematization of legal norms*). Dua kebutuhan pokok dalam penafsiran hukum, menurutnya, adalah rasionalitas dan akseptabilitas. Sistematisasi bermaksud melakukan reformulasi norma-norma hukum dalam pengungkapan abstrak dalam hubungannya terhadap konsep-konsep dasar.

Sistematisasi adalah pembawa tradisi hukum. Dikatakan oleh Aulis Aarnio, interpretasi adalah aktivitas hermenutik yang menjustifikasi dalam hubungannya terhadap audien hukum, yang dikarakterisasikan sebagai esensia secara relativistik dalam pengertian mengakui kemungkinan perselisihan tentang evaluasi. Dworkin mengatakan:

“The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author – the community personified – expressing a coherent conception of justice and fairness. [...] According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice”.

Selanjutnya Dworkin mengatakan pula:

“Law as integrity [...] holds that people have as legal rights whatever rights are sponsored by the principles that provide the best justification of legal practice as a whole. Dworkin claim’s ... that the true theory of legal

practice is the theory that puts legal practice in its ‘best light’. By ‘best light’ Dworkin means a measure of desirability or goodness: the true theory of legal practice, says Dworkin, portrays the practice at its most desirable. Now why would that be the case? What’s between the desirability of a theory and its truth?”.

Terlepas dari segala macam metode atau teori penafsiran di atas, suatu hal yang perlu menjadi perhatian serius adalah bahwa hukum, baik yang tertulis maupun tidak tertulis, adalah konsep yang berasal dari kata-kata yang dahulunya diucapkan oleh satu, dua, atau lebih banyak orang yang kemudian disusun dalam kalimat. Tiap-tiap perkataan itu di dalamnya mengandung beberapa atau bahkan banyak makna, sehingga hukum dalam konteks norma sesungguhnya adalah simbol-simbol atau tanda-tanda yang disusun sedemikian rupa dalam bentuk pasal yang dituangkan dalam rumusan undang-undang dasar, undang-undang, atau peraturan-peraturan tertulis lainnya.

Hukum yang tertulis dalam batas-batas tertentu dapat ditelusuri maksudnya, meskipun adakalanya ketika harus diterapkan pada suatu kasus dalam banyak situasi dan kondisi sosial ternyata tidak mudah. Korupsi, misalnya, adalah kata yang memerlukan kecermatan dalam penerapannya meskipun sudah jelas rumusannya. Demikian pula kata “jasa” dalam konteks hukum, apakah orang yang menerima imbalan atas jasanya membantu memperkenalkan kepada panitera kepala di pengadilan dapat dianggap terlibat dalam kejahatan, jikalau ternyata orang diperkenalkan itu kemudian menyuap penitera tersebut.

Dalam penerapan hukum selain penafsiran, seperti telah diuraikan sebelumnya, dikenal pula kegiatan penemuan hukum atau metode konstruksi. Metode ini digunakan ketika juris (hakim, penuntut umum, dan

pakar hukum) menghadapi ketiadaan atau kekosongan aturan untuk menyelesaikan persoalan konkrit. Penemuan hukum secara lebih umum pada prinsipnya adalah reaksi terhadap situasi-situasi problematikal yang dipaparkan dalam peristilahan hukum. Tujuannya adalah memberi jawaban terhadap persoalan-persoalan dan mencari penyelesaian sengketa konkret.⁴¹⁷ Tentang penemuan hukum ini sebagian pakar memisahkannya dari penafsiran hukum, sebagian lagi menganggapnya termasuk metode penafsiran hukum.

Konstruksi hukum menurut teori dan praktik dapat dilakukan dengan 4 (empat) metode, yaitu:

- 1) Analogi atau Metode *argumentum per analogium*. Cara kerjanya, metode ini diawali dengan pencarian esensi umum suatu peristiwa hukum yang ada dalam undang-undang. Esensi yang diperoleh kemudian dicoba terhadap peristiwa yang dihadapi. Apakah peristiwa itu memiliki kesamaan prinsip dengan prinsip yang terdapat dalam esensi umum tadi. Umpamanya apakah seorang yang “memancing belut” dapat diberi sanksi, sementara larangan yang tertera di sudut kolam berbunyi “dilarang memancing ikan”;
- 2) Metode *Argumentum a Contrario*. Ini digunakan jika ada ketentuan undang-undang yang mengatur hal tertentu untuk peristiwa tertentu, sehingga untuk hal lain yang sebaliknya dapat ditafsirkan sebaliknya;
- 3) Metode penyempitan hukum. Misalnya “perbuatan melawan hukum” dapat dipersempit artinya untuk peristiwa tertentu yang termasuk perbuatan melawan hukum, sehingga terdapat peristiwa yang dapat dikategorikan perbuatan melawan hukum;
- 4) Fiksi Hukum.

⁴¹⁷ J.A.Pointer, *Op.Cit.*

B. Hermeneutika Hukum

Menafsirkan atau menginterpretasi, menurut Arief Sidharta, intinya adalah kegiatan mengerti atau memahami.⁴¹⁸ Hakikat memahami sesuatu adalah yang disebut filsafat hermeneutik. Hermeneutika atau metode memahami atau metode interpretasi dilakukan terhadap teks secara holistik dalam bingkai keterkaitan antara teks, konteks, dan kontekstualisasi.⁴¹⁹ Memahami sesuatu adalah menginterpretasi sesuatu agar memahaminya. Dalam hubungan ini Gadamer mengatakan, seperti dikutip oleh Arief Sidharta,⁴²⁰ Ilmu Hukum adalah sebuah eksamplar Hermeneutik *in optima forma*, yang diaplikasikan pada aspek kehidupan bermasyarakat. Sebab, dalam menerapkan Ilmu Hukum ketika menghadapi kasus hukum, maka kegiatan interpretasi tidak hanya dilakukan terhadap teks yuridis, tetapi juga terhadap kenyataan yang menyebabkan munculnya masalah hukum itu sendiri.

Dalam melakukan interpretasi tentu saja antara penafsir dan teks yang hendak ditafsirkan terdapat perbedaan waktu bertahun-tahun bahkan puluhan atau ratusan tahun. Oleh karena itu, ketika melakukan interpretasi acapkali muncul dua sudut pandang yang berbeda antara teks yang hendak ditafsirkan dengan pandangan penafsir sendiri. Kedua pandangan itu kemudian diramu dengan berbagai aspek yang dipedomani oleh penafsir, yaitu keadilan, kepastian hukum, prediktabilitas, dan kemanfaatan.

Titik tolak hermeneutika adalah kehidupan manusiawi dan produk budayanya, termasuk teks-teks hukum yang dihasilkan olehnya.⁴²¹ Gregory Leyh mengatakan,

⁴¹⁸B. Aref Sidharta, dalam kata Pengantar, Jazim Hamidi, *Op Cit.*, hal. xi-xv.

⁴¹⁹ Hamidi, *Op. Cit.*, hal. 45.

⁴²⁰ *Ibid.*, hal. xiii.

⁴²¹ *Ibid.*, hal. 39.

hermeneutika hukum adalah merekonstruksikan kembali dari seluruh problema hermeneutika dan kemudian membentuk kembali kesatuan hermeneutika secara utuh, di mana ahli hukum dan teologi bertemu dengan para ahli humaniora.⁴²² Tujuan hermeneutika hukum itu adalah untuk menempatkan perdebatan kontemporer tentang penafsiran atau interpretasi hukum di dalam kerangka hermeneutika pada umumnya.⁴²³

Dalam hubungan dengan penafsiran atau interpretasi, Alexander Peezenick menyatakan, “...statements are partly a result of the author’s philosophical background, partly a useful tool for political debate”.⁴²⁴ Pandangan konvensional dalam penafsiran undang-undang menganggap bahwa pengadilan harus berupaya menemukan tujuan atau maksud dari pembuat undang-undang (*the framers’ intent*). Penafsiran demikian sejalan dengan pandangan bahwa proses pembentukan undang-undang didominasi oleh kesepakatan nilai-nilai di antara berbagai kelompok kepentingan. Bagi pembentukan undang-undang, kesepakatan adalah produk tawar-menawar (*political bargain*).

Metode serupa juga digunakan dalam penafsiran perjanjian-perjanjian perdata. Proses penemuan maksud pembentuk undang-undang, bagaimanapun, lebih sulit ketimbang menemukan maksud yang melatarbelakangi kontrak-kontrak perdata, sebab badan pembuat undang memiliki ciri kemajemukan.⁴²⁵ Pernyataan-pernyataan

⁴²² *Ibid.*, hal. 42.

⁴²³ *Ibid.*, hal. 45.

⁴²⁴ Peczenik, *Op. Cit.*

⁴²⁵ Posner, *Op. Cit.*, hal. 576-577. *The conventional view of statutory interpretation is that the court endeavors (mengusahakan) to discover (menemukan) and effect to the intentions of the enacting legislature. This is consistent with viewing the legislative process as one dominated by deals (kesepakatan) among interest groups; in this view legislative enactment is a bargained sale and the same methods used in the interpretation of ordinary*

pribadi anggota badan pembentuk undang-undang, tidak bisa otomatis dianggap pengungkapan pandangan mayoritas yang paling mempengaruhi suatu undang-undang. Pendukung kelompok-kelompok kepentingan boleh jadi menyembunyikan tujuan yang sebenarnya dari legislasi.

Penafsiran konstitusi, di Jerman misalnya, menurut Leibholz, Mahkamah Konstitusi Jerman adalah mahkamah yang bebas, membantu dengan memberikan jaminan kebebasan bagi pengadilan dan menjalankan fungsi administrasi hukum dalam pengertian materil.⁴²⁶ Putusan-putusan Mahkamah Konstitusi Jerman disebut hukum yang sesungguhnya (*real law*). Keputusan-keputusannya merupakan putusan yang murni bersifat hukum, di mana hakim-hakim tidak melakukan penemuan-penemuan di luar batas substansi hukum dasar, melainkan mengungkapkan makna esensi hukum sebagai suatu pendirian atau sikap. Hukum konstitusi tertulis juga tunduk pada perubahan, dan Mahkamah Konstitusi

private contracts are appropriate (tepat). The process of discovering legislative intent, however, is more difficult than that of discovering the intent behind an ordinary contract because of the plural nature of enacting body. The statements of individual legislators, even of legislative committees, cannot automatically be assumed to express the views of the ‘silent majority’ that is necessary for enactment. Furthermore, the proponents (pendukung) of interest groups legislation may conceal the true objective of the legislation in order to increase the information cost of opponents. Yet to some extent at least, this reticence is self-defeating. What is concealed from the public is likely to be concealed from the judges, leading the construct a public interest rationale that may blunt the redistributive thrust of the legislation (but sometimes exaggerate it-when?).

⁴²⁶ G. Leibholz, *Politics and Law*, (Leiden: A.W. Sythoff, 1965), hal. 271-276. “The Federal Constitutional Court is called upon to realize law; its decisions are,... genuine judicial decisions, where the judges do not in their findings go beyond the limits of the content of the Basic Law, but express in their findings the essential meaning of that law, as it already stands. Written constitutional law too is subject to changes, and the Federal Constitutional Court is called upon in a special degree to participate in these changes through the exercise of its judicial functions”.

disebut pada tahap tertentu berperan dalam perubahan-perubahan melalui pelaksanaan fungsi-fungsi yudisialnya.

Apa perlunya kita mempersoalkan mengenai penafsiran konstitusi dan hermeneutika hukum di sini? Saya sendiri berpendapat bahwa ilmu hukum kontemporer sebenarnya telah membawa dalam dirinya sendiri kelemahan-kelemahan yang bersifat bawaan. Kegiatan interpretasi atau penafsiran, merupakan aktivitas yang *inheren* terdapat dalam keseluruhan sistem bekerjanya hukum dan ilmu hukum itu sendiri. Akan tetapi, dalam perkembangannya sejak zaman dahulu sampai sekarang, ilmu hukum belum juga berusaha memberikan tempat yang khusus kepada kegiatan interpretasi itu sebagai pusat perhatian yang utama. Bagaimanapun juga, ilmu hukum itu berkaitan dengan soal kata-kata, sehingga aktivitas tafsir-menafsir menjadi sesuatu yang sangat sentral di dalamnya.

Jika belajar dari pengalaman tradisi sistem hukum Islam, akan didapati bahwa dalam rangka perkembangan *ilmu fiqh* dalam pengertian ilmu hukum (Islam), telah berkembang luas dengan adanya *ilmu ushul fiqh* (filsafat hukum Islam). Namun bersamaan dengan hal itu, berkembang pula kegiatan penafsiran terhadap al-Quran dan al-Hadits, sehingga membentuk suatu cabang ilmu pengetahuan yang tersendiri, di samping ilmu bahasa yang didukung oleh ilmu *manti* (ilmu logika), *ma'ani*, *bayan*, dan sebagainya. Ilmu Tafsir itu terkait erat dengan aktivitas penafsiran terhadap al-Quran sebagai ilmu penunjang bagi kegiatan ilmiah di bidang penafsiran hukum. Bahkan, terkait dengan hal ini berkembang pula ilmu hadits yang khusus disertai oleh "ilmu mustholah al-hadits" yang mempelajari latar belakang hadits-hadits Nabi Muhammad SAW.

Dalam sejarah, ilmu tafsir itu telah memberikan sumbangan yang sangat besar bagi perkembangan sistem

hukum Islam dalam teori dan praktik sampai sekarang. Oleh karena itu, patut dipertanyakan, mengapa sudah berabad-abad lamanya, ilmu hukum modern belum juga mengembangkan cabang ilmu yang tersendiri di bidang penafsiran hukum. Padahal, cabang dan sub-cabang atau bahkan ranting ilmu pengetahuan yang timbul atau tumbuh dari ilmu hukum sudah sangat banyak jumlahnya.

Misalnya, di bidang hukum pidana, telah sejak lama muncul cabang ilmu yang secara khusus mengkaji kejahatan (*crime*) sebagai fenomena ilmiah yang tersendiri, yaitu disebut *Criminology*. Dari *Criminology* ini bahkan berkembang pula cabang ilmu yang secara khusus mengkaji korban kejahatan, yaitu disebut *Victimology* sebagai cabang ilmu penunjang (*hulpwetenschap*). Akan tetapi, sampai sekarang, belum juga berkembang adanya cabang ilmu yang khusus mengkaji metode-metode penafsiran hukum dan konstitusi.

Syukurlah bahwa sejak beberapa dasawarsa terakhir abad ke-20, dunia ilmu pengetahuan mulai memperkembangkan *hermeneutics* sebagai salah satu cabang filsafat yang memusatkan perhatian mengenai kegiatan penafsiran. Oleh para ahli hukum, *hermeneutics* itu dicoba untuk diterapkan di dunia ilmu hukum. Saya sendiri menyambut baik perkembangan ini dengan harapan hendaknya ilmu hukum dapat mengembangkan kreatifitasnya dalam bidang metodologi penafsiran. Kegiatan interpretasi atau penafsiran hukum tentu dapat mengembangkan epistemologinya sendiri untuk tumbuh sebagai suatu cabang ilmu pengetahuan hukum yang tersendiri. Di dalamnya, bahkan dapat pula dikembangkan suatu ranting ilmu yang tersendiri, yaitu ilmu penafsiran konstitusi atau *the science of constitutional interpretation*.

Dengan berkembangnya ilmu tafsir hukum dan konstitusi yang tersendiri, para sarjana hukum dapat dilengkapi dengan pengetahuan dan keterampilan yang

dapat diandalkan dalam bidang penafsiran hukum dan konstitusi. Kegiatan penafsiran hukum dan interpretasi konstitusi mungkin saja beraneka ragam metode dan pola kerjanya, tergantung mazhab pemikiran yang menjadi paradigma konseptual yang melandasinya atau kasus-kasus konkrit yang dihadapinya. Namun, berbagai ragam metode penafsiran tersebut akan menyediakan banyak alternatif yang rasional dan objektif untuk dipilih dalam memecahkan suatu kasus konkrit yang dihadapi, sehingga perbedaan penafsiran tidak didasarkan hanya atas perbedaan kepentingan dari para penafsir yang terlibat.

Jikalau di antara satu sarjana hukum dengan sarjana hukum yang lain berbeda pendapat dalam memahami sesuatu norma hukum, adalah bukan karena perbedaan kepentingan di antara mereka, melainkan karena perbedaan mazhab atau aliran pemikiran dan metodologi penafsiran yang dianut. Oleh karena itu, tidak perlu lagi adanya adagium yang bersifat mencemooh seolah-olah, jika terdapat 2 (dua) orang sarjana hukum berdebat, maka akan menghasilkan 3 (tiga) pendapat. Seolah-olah para sarjana hukum itu sendiri memang tidak memiliki metodologi yang jelas dalam memahami dan menafsirkan sesuatu peraturan hukum yang dikaitkan dengan kasus konkrit yang dihadapi.

Oleh karena itulah, maka saya mengusulkan agar para ahli hukum dan ahli hukum tata negara dapat menyumbang ide dan gagasan bagi upaya mengembangkan cabang ilmu yang tersendiri di bidang penafsiran hukum dan konstitusi di masa yang akan datang sebagai salah cabang ilmu yang bersifat penunjang (*hulpwetenschap*). Sebagai cabang ilmu penunjang, ilmu penafsiran hukum itu akan sangat membantu semakin berkembangnya ilmu hukum pada umumnya, dan ilmu hukum tata negara pada khususnya, baik di Indonesia sendiri maupun di dunia ilmu hukum pada umumnya.

BAB VI PRAKTIK HUKUM TATA NEGARA

A. Pergeseran Orientasi Politis ke Teknis

Selama lebih dari 50 tahun sejak Indonesia merdeka, atau tepatnya dari tahun 1945 sampai tahun 1998 ketika terjadinya reformasi nasional (53 tahun sejak kemerdekaan), bidang ilmu hukum tata negara atau *constitutional law* agak kurang mendapat pasaran di kalangan mahasiswa di Indonesia. Penyebabnya ialah bahwa selama kurun waktu tersebut, orientasi bidang studi hukum tata negara ini sangat dekat dengan politik, sehingga siapa saja yang berminat menggelutinya sebagai bidang kajian yang rasional, kritis, dan objektif, dihadapkan pada resiko politik dari pihak penguasa yang cenderung sangat otoritarian. Selama masa pemerintahan Presiden Soekarno dan Presiden Soeharto, siklus kekuasaan mengalami stagnasi, sehingga dinamika demokrasi tidak dapat tumbuh dengan sewajarnya yang memungkinkan berkembangnya pandangan-pandangan kritis mengenai persoalan-persoalan politik ketatanegaraan. Akibatnya, menjadi sarjana hukum tata negara bukanlah cita-cita yang tepat bagi kebanyakan generasi muda.

Resiko kedua adalah bahwa bidang kajian hukum tata negara ini dianggap sebagai lahan yang kering, tidak begitu jelas lapangan kerja yang dapat dimasuki. Itulah sebabnya setelah kurikulum fakultas hukum menyediakan program studi hukum ekonomi, rata-rata mahasiswa fakultas hukum di seluruh Indonesia cenderung memilih program studi hukum ekonomi atau hukum perdata umum daripada program studi hukum tata negara. Di samping kedua resiko tersebut, para dosen dan guru-

guru di bidang ini di tingkat sekolah menengah juga kurang berhasil membangun daya tarik keilmuan yang tersendiri, baik karena penguasaan mereka terhadap masalah yang memang kurang atau karena ketidakmampuan ilmu hukum tata negara sendiri untuk meyakinkan mengenai daya tarik ilmiah dan kebergunaan praktisnya, maka studi hukum tata negara di mana-mana menjadi kurang diminati.

Oleh karena itu, pada bagian terakhir buku ini, perlu digambarkan secara selintas mengenai dimensi dan lahan praktik bagi ilmu Hukum Tata Negara itu sebenarnya. Sebelum menguraikan hal itu, perlu diketahui pula mengenai perubahan orientasi yang terjadi dalam corak keilmuan bidang hukum tata negara dalam perkembangannya di Indonesia. Sejak sebelum kemerdekaan sampai dengan kurun waktu lebih dari 50 tahun sejak kemerdekaan, bidang kajian hukum tata negara telah berkembang sedemikian rupa sehingga menjadi sangat dipengaruhi oleh suasana politik yang melingkari aktivitas keilmuannya. Barulah setelah masa reformasi, orientasi yang demikian itu dapat dikatakan secara perlahan mulai mengalami perubahan yang signifikan. Mengapa demikian?

Seperti sudah diuraikan di atas, Hukum Tata Negara dapat pula disebut dengan istilah Hukum Konstitusi sebagai terjemahan dari istilah *Constitutional Law* dalam bahasa Inggris. Oleh sebab itu, bidang kegiatannya selalu berkaitan dengan konstitusi. Namun dalam praktiknya selama ini, bentuk konkrit aktivitas Hukum Tata Negara atau Hukum Konstitusi itu biasanya selalu berhubungan dengan kegiatan-kegiatan politik di sekitar Majelis Permusyawaratan Rakyat atau di sekitar pembentukan undang-undang atau kegiatan legislasi yang dilakukan oleh Dewan Perwakilan Rakyat bersama-sama dengan Presiden. Hukum Tata Negara pada umumnya membahas persoalan-persoalan akademis yang berkaitan

dengan undang-undang dasar, yang dalam praktiknya berhubungan erat dengan fungsi-fungsi legislatif di DPR atau fungsi-fungsi konstitutif di lembaga MPR. Akibatnya, dunia Hukum Tata Negara itu seolah selalu berhubungan dengan kegiatan-kegiatan yang bersangkutan dengan dinamika politik ketatanegaraan.

Teori dan pemikiran akademis di perguruan tinggi bermuara hanya kepada akitivitas politik di DPR dan MPR, dan sangat jarang berhubungan dengan praktik di pengadilan. Oleh karena itu, sifat-sifat yang berkembang dalam perkembangan ilmu hukum tata negara menjadi sangat politis, karena memang selalu berhubungan dengan aktivitas di lembaga-lembaga politik. Para sarjana hukum tata negara (*constitutional lawyers*) juga kebanyakan dipengaruhi pula oleh cara berpikir politis. Norma hukum cenderung dilihat dari kacamata seharusnya, bukan yang nyatanya mengatur kasus-kasus konkrit yang dihadapi. Setiap kali orang membaca dan menafsirkan undang-undang, maka yang muncul di pikirannya adalah apa yang seharusnya ada atau apa yang ia inginkan ada dalam undang-undang itu. Akibatnya, para sarjana hukum tata negara tak ubahnya bagaikan para politisi hukum yang cenderung mengambil posisi sebagai orang yang memperjuangkan nilai-nilai hukum daripada berpikir sebagai *jurist* yang memahami dan mencoba untuk menerapkannya apa adanya terhadap kasus konkrit yang dihadapi.

Kecenderungan yang demikian itu terjadi, karena bidang hukum tata negara tidak memiliki lahan praktik selain di lingkungan lembaga politik. Pokok persoalan yang menjadi objek perhatiannya hanya terkait dengan MPR, DPR, (dan sekarang ada pula DPD), fungsi pemerintahan pusat dan daerah, Partai Politik dan Pemilihan Umum, persoalan kewarganegaraan, dan aspek-aspek kegiatan politik ketatanegaraan lainnya. Sedangkan, akti-

vas hukum tata negara di bidang peradilan kurang mendapat perhatian yang utama.

Keadaan yang demikian sangat berbeda dari bidang Hukum Administrasi Negara yang relatif lebih berkembang dinamis sesuai dengan hakikatnya sebagai bidang hukum yang melihat negara dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*). Di bidang hukum administrasi, sejak lama telah ada sistem peradilan tata usaha negara. Sehingga, lahan untuk praktik bagi para sarjana hukum administrasi negara itu relatif tersedia. Meskipun, perkembangan hukum administrasi negara itu sendiri sebagai bidang ilmu juga tidak menggembirakan dengan adanya pengadilan tata usaha negara, tetapi setidaknya, lahan praktik untuk ilmu hukum administrasi negara itu tersedia dengan baik. Dengan demikian, aspek-aspek teori dan praktik hukum administrasi negara itu dapat dikembangkan secara bersamaan.

Sekarang, setelah masa reformasi, sistem ketatanegaraan yang kita anut berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 telah mengalami perubahan yang fundamental. Mahkamah Konstitusi telah resmi terbentuk sejak Agustus 2003.⁴²⁷ Dengan adanya Mahkamah Konstitusi ini berarti tersedia pula lahan praktik di bidang yudisial bagi bidang Hukum Tata Negara di Indonesia. Saatnya sekarang, para sarjana dan para calon sarjana bidang hukum tata negara untuk mengembangkan tradisi pemikiran baru yang lebih bersifat *juristik*. Dengan demikian, pengaruh politik dalam kajian Hukum Tata Negara dapat diimbangi oleh pengaruh cara berpikir yang lebih *juristik* itu.

Dalam semua wilayah kehidupan kita, baik dalam ranah negara (*state*) maupun dalam ranah masyarakat

⁴²⁷ Pembentukan tersebut setelah disahkannya UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, yang tepatnya jatuh pada tanggal 13 Agustus 2003.

madani (*civil society*), dan bahkan dalam dinamika pasar (*market*), dibutuhkan dukungan banyak sarjana hukum tata negara yang dapat mengawal aspek-aspek konstitusionalitasnya. Mereka itu dapat diharapkan membantu menjawab bagaimana partai politik dan organisasi kemasyarakatan dapat berperan dalam membangun budaya kewarganegaraan yang sadar konstitusi, dan bagaimana di dalam kehidupan internal organisasi-organisasi itu sendiri dapat pula tumbuh budaya konstitusi seperti Anggaran Dasar sebagai konstitusi organisasi dapat benar-benar menjadi pegangan dalam kegiatan berorganisasi. Semua bidang-bidang ini memerlukan dukungan *expertise* dari kalangan yang bergelut dengan aspek hukum konstitusi dalam arti yang luas.

Di samping itu, kegiatan hukum tata negara itu sendiri dalam arti yang lebih spesifik, dapat pula lebih berkembang secara seimbang di bidang-bidang (i) pembentukan hukum konstitusi, (ii) penyadaran hukum konstitusi, (iii) penerapan hukum konstitusi, dan (iii) peradilan hukum konstitusi. Selama masa Orde Baru yang lalu, bidang kegiatan yang diutamakan hanya yang kedua, yaitu penyadaran hukum konstitusi, yaitu melalui kegiatan penataran Pedoman, Penghayatan, dan Pengamalan Pancasila (P4). Sedangkan kegiatan pertama, yaitu pembentukan norma-norma hukum konstitusi, meskipun terus menerus dilakukan melalui pembentukan undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya, tetapi ide pembentukan hukum itu hanya terbatas kepada undang-undang ke bawah. Sedangkan, ide perubahan terhadap undang-undang dasar sama sekali ditabukan.

Kegiatan penerapan hukum konstitusi juga sangat terbatas, karena semuanya diukur dari kehendak Presiden sebagai pemegang kekuasaan pemerintahan negara. Lebih-lebih dalam upaya penegakan hukum konstitusi itu sendiri tidak tersedia mekanisme peradilan

yang khusus, sehingga mana yang konstitusional dan mana yang inkonstitusional tidak dapat ditentukan secara adil, kecuali hanya ditentukan secara sepihak saja oleh pemegang kekuasaan pemerintahan. Sekarang, keempat bidang kegiatan itu dapat diselenggarakan secara simultan dan seimbang.

Upaya pembentukan hukum konstitusi bersifat *evolving*, terus tumbuh dan berkembang. Undang-Undang Dasar 1945 telah mengalami 4 (empat) kali perubahan, dan tetap terbuka untuk terus mengalami perubahan lagi di waktu-waktu yang akan datang, tergantung kebutuhan dan kemungkinan. Dengan meminjam istilah yang digunakan oleh K.C. Wheare, upaya penyempurnaan atas kekurangan-kekurangan yang terdapat di dalam UUD 1945 tersebut, juga dapat terus dilakukan, baik melalui *formal amendment*, *constitutional convention*, ataupun melalui *judicial interpretation*. Di samping itu, proses pembentukan undang-undang dan peraturan perundang-undangan lainnya menurut prosedur yang ditentukan oleh UUD 1945 juga terus dilakukan, sehingga dengan demikian, proses pembentukan hukum konstitusi itu terus berkembang dinamis dalam rangka penataan sistem ketatanegaraan Indonesia yang lebih baik di masa yang akan datang.

Namun, bersamaan dengan itu, pembentukan norma hukum itu di atas kertas tentu tidaklah cukup. Pembentukan norma hukum di atas kertas itu harus dilengkapi dengan upaya penyadaran yang luas, sehingga apa yang tertulis akan dipahami dengan persepsi yang sama oleh semua subjek hukum tata negara yang ada. Setiap warga negara perlu disadarkan akan hak dan kewajiban dasarnya masing-masing sebagai warga negara, yaitu sebagai subjek dalam hukum tata negara Indonesia berdasarkan UUD 1945. Bahkan, menurut saya, proses pembentukan hukum konstitusi yang baik adalah apabila norma hukum yang tertulis secara tekstual di atas kertas

undang-undang dasar itu sudah menjadi bagian dari kesadaran umum warga negara tentang norma-norma yang tertuang dalam konstitusi tertulis itu sendiri.

Sebaliknya, bagi seorang ahli hukum konstitusi yang baik, norma hukum yang terkandung dalam konstitusi yang tertulis itu haruslah dibaca sebagai bagian dari persepsi dan kesadaran umum segenap warga negara tentang norma hukum yang terkandung dalam konstitusi itu. Oleh karena itu, kegiatan pertama dan kedua haruslah dilihat sebagai dua kegiatan yang simultan dalam proses terbentuknya norma hukum konstitusi. Dengan perkataan lain, hal itulah yang saya namakan sebagai proses *the making of the constitutional law*.

Di samping itu, kegiatan penerapan norma hukum konstitusi itu juga dapat terus dilakukan menurut standar yang jelas dan terukur. Untuk itu, kegiatan penerapan hukum konstitusi terkait pula dengan kegiatan peradilan hukum konstitusi. Apa tindakan yang dapat disebut konstitusional dan apa yang inkonstitusional dapat diukur secara jelas, dan ditentukan oleh lembaga independen dan imparial berupa pengadilan, yaitu Mahkamah Konstitusi.

Sebenarnya, fungsi peradilan konstitusi itu sendiri tidaklah identik dengan fungsi Mahkamah Konstitusi. Peradilan konstitusi atau *constitutional adjudication* tersebut dapat dilakukan juga oleh lembaga peradilan biasa (*ordinary court*) atau lembaga peradilan yang secara khusus diberi nama Mahkamah Konstitusi atau *Constitutional Court (Verfassungsgerichtshof)*. Di samping itu, meskipun fungsi peradilan konstitusi (*constitutional adjudication*) itu tidak identik dengan Mahkamah Konstitusi, namun di semua negara kehadiran lembaga Mahkamah Konstitusi ini menyebabkan terjadinya lompatan dalam sejarah perkembangan ketatanegaraan di negara-negara yang bersangkutan.

Bahkan, dapat dikatakan, sejak umat manusia berkenalan dengan gagasan Mahkamah Konstitusi pada tahun 1920-an, luas sekali pengaruhnya terhadap perkembangan teori dan praktik dalam hukum tata negara di seluruh dunia. Pelembagaan ide peradilan konstitusi ini melanjutkan apa yang telah dirintis oleh Ketua Mahkamah Agung Amerika Serikat, John Marshall, dengan ide pengujian konstitusionalitas undang-undang yang ia putuskan dalam kasus yang sangat terkenal, yaitu *Marbury versus Madison* pada tahun 1803. Fungsi pengujian undang-undang itulah yang biasa disebut dengan istilah *judicial review* yang dijadikan kewenangan tambahan bagi Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam mengawal dan menjaga agar Undang-Undang Dasar benar-benar ditegakkan (*the guardian of the constitution*).

Oleh karena itu, peradilan tata negara atau *constitutional adjudication* dapat dilakukan melalui lembaga Mahkamah Agung atau lembaga tersendiri yang dinamakan Mahkamah Konstitusi. Bahkan, dalam sistem yang berlaku di Perancis, lembaga serupa ini disebut sebagai Dewan Konstitusi, bukan Mahkamah Konstitusi. Artinya, sifat kerjanya bukan sebagai pengadilan, dan para anggotanya tidak disebut sebagai hakim seperti dalam sistem Austria, Jerman, dan Indonesia.⁴²⁸ Namun, fungsi-fungsi yang dilakukannya merupakan bentuk-bentuk praktik dari hukum tata negara, setidaknya sebagai fungsi quasi-peradilan tata negara.

Dengan adanya perluasan lahan praktik ini, hukum tata negara (*constitutional law*) dapat diharapkan bergeser ke arah orientasi yang lebih praktis dan terhindar dari kecenderungan yang terlalu berorientasi politik. Setidaknya-tidaknya, kecenderungan studi hukum tata negara yang sangat berorientasi politik dapat diimbangi oleh

⁴²⁸ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Model-Model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, *Op.Cit.*

orientasi yang lebih teknis-yuridis. Dengan demikian, hukum tata negara sebagai cabang ilmu hukum dapat berkembang sesuai dengan kompleksitas penemuan-penemuan hukum dalam praktik. Semakin kaya pengalaman empiris suatu cabang ilmu pengetahuan, semakin terbuka luas pula potensinya untuk terus berkembang dengan teori-teori ilmiah baru.

B. Lahan Praktik Hukum Tata Negara

Sebenarnya, lahan praktik bagi ilmu hukum tata negara dapat dikatakan cukup luas, banyak, dan terbuka. Bidang-bidang yang terkait dengan hukum tata negara sangat luas, termasuk hukum administrasi, dan mencakup kegiatan-kegiatan yang sangat luas aspeknya. Kegiatan-kegiatan kenegaraan dan pemerintahan yang tercakup dalam bidang hukum tata negara dan tata usaha negara atau administrasi negara itu mencakup kegiatan-kegiatan:

- 1) legislasi dan pembentukan peraturan perundang-undangan;
- 2) administrasi yang berkenaan dengan kegiatan pengelolaan informasi dan penyebaran informasi hukum;
- 3) pendidikan hukum dan pembinaan profesi hukum;
- 4) penyelenggaraan hukum atau pelaksanaan dalam arti penerapan hukum oleh pelaksana yang ditentukan oleh hukum tersebut (*the administration of law*);
- 5) aspek hukum kegiatan penyelenggaraan administrasi pemerintahan negara;
- 6) kegiatan penegakan hukum yang dimulai dari penyidikan dan penuntutan hukum;
- 7) penyelenggaraan peradilan sampai ke pengambilan putusan hakim yang bersifat tetap;
- 8) pelaksanaan putusan pengadilan dan pemasyarakatan terpidana;

- 9) pendidikan dan pembinaan kesadaran hukum masyarakat.

Kesembilan bidang kegiatan tersebut, terutama berkenaan dengan aspek-aspek pelembagaannya (*instellingen*), pengaturan (*regelendaad*), dan pengambilan keputusan (*besslissing*) lainnya, menyediakan lahan yang sangat luas untuk kegiatan praktik hukum tata negara. Ketujuh kegiatan itu juga menyangkut tugas-tugas banyak lembaga hukum dan pemerintahan, tempat hukum tata negara dipraktikkan, yaitu:

- a) lembaga parlemen seperti MPR, DPR, DPD, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota di seluruh Indonesia. DPRD Kabupaten/Kota di seluruh Indonesia tercatat berjumlah 440 DPRD;
- b) lembaga administrasi pemerintahan eksekutif secara vertikal mulai dari tingkat pusat sampai ke daerah provinsi, dan kabupaten/kota, dan secara horizontal mulai dari departemen pemerintahan, lembaga pemerintahan non-departemen, dewan-dewan, komisi-komisi dan badan-badan eksekutif yang bersifat independen, semuanya memerlukan dukungan *expertise* di bidang hukum tata negara;
- c) lembaga-lembaga penegak hukum mulai dari Pejabat Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS), Kepolisian, Kejaksaan, Advokat, dan badan-badan peradilan serta quasi-peradilan baik secara vertikal maupun secara horizontal di seluruh Indonesia;⁴²⁹

Semua lembaga-lembaga negara dan badan-badan pemerintahan tersebut di atas membutuhkan dukungan

⁴²⁹ Dalam hal ini, yang dimaksud dengan badan-badan peradilan secara vertikal adalah peradilan tingkat pertama, kedua (*banding*), dan kasasi. Sedangkan, badan peradilan secara horizontal adalah hubungan horizontal antara pengadilan negeri, pengadilan agama, dan pengadilan tata usaha negara.

keahlian dari para sarjana hukum tata negara. Misalnya, di bidang *legislature* saja, di tingkat pusat, kita memiliki 3 (tiga) lembaga, yaitu DPR (Dewan Perwakilan Rakyat), DPD (Dewan Perwakilan Daerah), dan MPR (Majelis Permusyawaratan Rakyat). Anggota ketiga lembaga ini berjumlah lebih dari 750 orang.⁴³⁰ Sedangkan di tingkat provinsi terdapat 33 Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD), dan di tingkat Kabupaten/Kota 440 DPRD. Jika rata-rata setiap anggota lembaga perwakilan ini, baik di tingkat Kabupaten/Kota dan provinsi di seluruh Indonesia berjumlah 30 orang saja, ditambah dengan jumlah anggota DPR dan DPD di tingkat pusat, maka berarti anggota parlemen kita di seluruh Indonesia berjumlah lebih dari 15.000 orang. Idealnya, setiap anggota parlemen lokal maupun nasional didampingi oleh sekurang-kurangnya beberapa orang *legal advisor* sebagai staf ahli di bidang hukum tata negara. Jika dihitung dengan kebutuhan minimal saja, misalnya, satu orang staf ahli, maka jumlah sarjana hukum tata negara yang dapat dibutuhkan juga sekurang-kurangnya 15.000 orang.

Bahkan, seperti terlihat di berbagai parlemen negara-negara yang sudah maju, apa yang biasa dikerjakan oleh anggota DPR dan DPRD di Indonesia di bidang legislasi, cukup dikerjakan oleh staf ahli yang terdiri atas para ahli hukum. Misalnya, diskusi dan perumusan kata-kata redaksional undang-undang dan peraturan daerah, tidak perlu dikerjakan oleh anggota DPR dan DPRD. Para politisi cukup memikirkan dan memutuskan hal-hal yang menyangkut prinsip kebijakannya saja. Sedangkan, bagaimana hal itu harus dirumuskan dalam redaksi pe-

⁴³⁰ Bandingkan komposisi dan jumlah anggota dari ketiga Lembaga Negara tersebut sebelum dan sesudah amandemen UUD 1945. Sebelum amandemen, MPR terdiri dari DPR (500 orang), Utusan Daerah (135 orang yang berasal masing-masing 5 orang dari 27 provinsi), dan Utusan Golongan (65 orang). Sedangkan, setelah amandemen, MPR terdiri dari DPR (550 orang) dan DPD (128 orang, yang berasal masing-masing 4 orang dari 32 provinsi).

raturan cukup diserahkan kepada staf ahli saja. Dengan demikian, peranan staf ahli yang terdiri atas para ahli hukum sebagai *legal dafter* menjadi sangat penting, dan lama kelamaan terbentuk menjadi suatu profesi tersendiri yang memang perlu dipersiapkan dalam jumlah dan mutu yang memadai.

Di pihak lain, dengan keterlibatan para politisi anggota DPR dan DPRD itu dalam urusan-urusan redaksional, akan menyebabkan mereka kehabisan waktu. Padahal, para politisi anggota DPR dan DPRD tidaklah dipersiapkan untuk maksud menjadi *legal drafter*. Sementara itu, lahan praktik bagi para ahli hukum, terutama sarjana hukum tata negara menjadi tidak berkembang, karena justru diambil oleh para politisi yang seharusnya memikirkan kebijakan-kebijakan yang lebih substantif untuk kepentingan rakyat yang diwakilinya. Dengan perkataan lain, di masa depan, potensi lahan praktik bagi sarjana hukum tata negara akan terbuka semakin lebar bersamaan dengan kesadaran orang akan peran dan fungsi tenaga ahli atau staf ahli (*expertise*) di lingkungan lembaga perwakilan rakyat.

Demikian pula fungsi-fungsi hukum di lingkungan cabang kekuasaan eksekutif, juga membutuhkan dukungan keahlian dari para sarjana hukum tata negara. Di semua jajaran instansi pemerintahan, selalu dibutuhkan adanya direktorat hukum, biro hukum, bagian hukum, divisi hukum, ataupun seksi hukum. Di semua unit kerja demikian itu, diperlukan pula banyak sarjana hukum tata negara dan sarjana hukum administrasi negara dalam jumlah dan mutu keahlian yang memadai dan dapat diandalkan. Belum lagi aparat di lingkungan pengadilan tata usaha negara, para advokat, dan konsultan hukum juga membutuhkan banyak sarjana hukum di bidang ini.

Para anggota DPR dan DPD di tingkat pusat pun sebenarnya masing-masing harus pula dilihat sebagai institusi-institusi yang tersendiri. Oleh karena itu, setiap

anggota DPR dan DPD itu sudah seharusnya dilengkapi dengan sejumlah staf ahli, di mana salah satu di antaranya harus dipastikan berlatar belakang sarjana hukum tata negara. Anggota DPR dan anggota DPD adalah jabatan resmi kenegaraan. Menurut teori Hans Kelsen, dalam masing-masing jabatan negara itu terdapat *law creating function* dan *law applying function*, sehingga dapat disebut secara sendiri-sendiri sebagai organ negara atau *state organ (staatsorgan)*. Oleh sebab itu, adalah wajar jika setiap organ jabatan itu dipandang sebagai suatu institusi yang tersendiri yang tentunya harus dilengkapi secara memadai dengan sejumlah staf, perlengkapan kantor, dan perangkat penunjang lain yang diperlukan.

Di negara maju seperti Amerika Serikat, misalnya, seorang Senator biasa mempunyai staf antara 25–35 orang yang seluruhnya dibayar dan diberi honor dari anggaran negara, meskipun sistem kerjanya berdasarkan kontrak selama masa jabatan Senator yang dibantunya itu menduduki jabatannya. Dengan demikian, tugas dan fungsi seorang anggota lembaga perwakilan rakyat dapat efektif dalam menyalurkan dan memperjuangkan kepentingan rakyat yang diwakilinya. Dalam kaitan itu, staf ahli di bidang hukum, khususnya hukum tata negara merupakan keniscayaan. Oleh karena itu, dapat dikatakan bahwa di masa-masa mendatang, kebutuhan negara kita akan tenaga ahli hukum tata negara ini, sebagaimana juga dialami oleh semua negara-negara maju, akan terus meningkat seiring dengan tingkat perkembangan kesejahteraan masyarakat dan kematangan sistem demokrasi yang dikembangkan dalam praktik.

Di bidang administrasi negara di lingkungan lembaga-lembaga negara dan badan-badan pemerintahan lainnya, juga selalu diperlukan peranan para sarjana hukum tata negara dalam arti luas, yaitu termasuk sarjana hukum administrasi negara. Setiap lembaga negara

dan badan pemerintahan selalu membutuhkan direktorat hukum, biro hukum, bagian hukum, divisi hukum, atau petugas-petugas di bidang hukum. Meskipun sifatnya sangat relatif, tetapi dapat dikatakan bahwa yang tepat untuk memimpin pelaksanaan tugas-tugas di bidang hukum itu adalah para sarjana hukum tata negara, bukan bidang hukum yang lain.

Apalagi jika di lingkungan instansi yang bersangkutan terdapat pula fungsi PPNS atau Pejabat Penyidik Pegawai Negeri Sipil yang sekarang ini jumlahnya lebih dari 52 macam yang tersebar di berbagai sektor dan instansi pemerintahan. Misalnya, petugas-petugas pajak, bea cukai, imigrasi, meteorologi, lalu lintas jalan raya, polisi hutan, hak kekayaan intelektual, pengawas obat dan makanan, dan lain-lain sebagainya diberi tugas pula di bidang penyidikan. Fungsi penyidikan oleh petugas-petugas tersebut diciptakan atau diberikan berdasarkan peraturan perundang-undangan atau bahkan oleh undang-undang yang kadang-kadang sangat berorientasi kepada substansi fungsi dari sektor masing-masing sedemikian rupa, sehingga agak mengabaikan aspek hukumnya. Padahal, sebagai pejabat penyidik PPNS, fungsinya jelas termasuk ranah *pro-justisia* yang memerlukan keahlian di bidang hukum. Meskipun tidak mutlak, seharusnya bidang ini juga ditangani oleh sarjana hukum tata negara, khususnya para sarjana hukum administrasi negara.

Di bidang tugas kejaksaan, keahlian yang diutamakan adalah di bidang hukum pidana. Namun, keahlian di bidang hukum pidana itu adalah menyangkut aspek materiel atau substansi dari fungsi kejaksaan itu, sedangkan aspek formil atau aspek kerangka dari fungsi kejaksaan itu tetaplah merupakan bidang hukum tata negara. Misalnya, pengkajian mengenai persoalan independensi struktural lembaga kejaksaan dan mekanisme hubungan antara kejaksaan dengan lembaga negara yang

lain, seperti kepolisian,⁴³¹ Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK),⁴³² Komisi Nasional HAM,⁴³³ dan sebagainya, sepenuhnya merupakan aspek-aspek yang berkaitan dengan hukum tata negara, bukan hukum pidana. Apalagi di lingkungan kejaksaan juga terdapat fungsi-fungsi yang menangani persoalan perdata dan tata usaha negara yang dipimpin oleh seorang Jaksa Agung Muda bidang Perdata dan Tata Usaha Negara. Oleh karena itu, di lingkungan kejaksaan, dibutuhkan banyak sarjana hukum tata negara dan hukum administrasi negara, di samping para sarjana hukum pidana.

Namun demikian, di antara semua fungsi dan lembaga-lembaga tersebut di atas, yang paling berpengaruh terhadap perubahan orientasi ilmu hukum tata negara adalah pembentukan lembaga peradilan konstitusi, yaitu Mahkamah Konstitusi. Dengan telah terbentuknya Mahkamah Konstitusi berdasarkan ketentuan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945, sesudah reformasi, maka tersedianya lahan praktik beracara di pengadilan bagi ilmu hukum tata negara.⁴³⁴ Bidang kajian yang semula hanya bersifat teoritis-politis berkembang menjadi bidang kajian yang dapat dipraktikkan di pengadilan de-

⁴³¹ Lebih lanjut lihat Indonesia, *Undang-undang tentang Kepolisian Republik Indonesia*, UU No. 2 Tahun 2002, LN No. 2, TLN No. 4168.

⁴³² Lebih lanjut lihat Indonesia, *Undang-undang tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, UU No. 30 Tahun 2002, LN No. 137, TLN No. 4250.

⁴³³ Lebih lanjut lihat Presiden Republik Indonesia, *Keputusan Presiden Republik Indonesia tentang Komisi Nasional Hak Asasi Manusia*, Keputusan Presiden Republik Indonesia bertanggal 7 Juli 1993.

⁴³⁴ Ditinjau dari aspek waktu, Indonesia tercatat sebagai negara ke-78 yang membentuk Mahkamah Konstitusi, sekaligus merupakan negara pertama di dunia pada abad ke-21 yang membentuk lembaga ini. Pembentukan MK merupakan salah satu wujud gagasan-gagasan hukum kenegaraan yang baru dan modern dalam upaya memperkuat usaha membangun hubungan-hubungan yang saling mengendalikan antar cabang-cabang kekuasaan negara (*checks and balances*).

ngan orietansi *juristik*. Dengan adanya lembaga ini, yang pada hakikatnya berfungsi sebagai pengawal demokrasi dan konstitusi, maka sangat dirasakan perlunya banyak ahli hukum tata negara di seluruh tanah air.

Sebagai akibat adanya mekanisme peradilan konstitusi dengan berbagai putusan-putusannya yang bersifat final dan mengikat untuk umum itu, maka tersedia pula bahan-bahan hukum yang timbul dari pengalaman praktik yang bersifat empiris dalam bangsa kita. Apalagi oleh Mahkamah Konstitusi, putusan-putusannya itu di-edarkan secara luas dan dapat pula diakses secara mudah melalui internet, sehingga secara mudah dapat dijadikan bahan bagi para mahasiswa dan para peneliti dalam melakukan pengkajian hukum tata negara. Hal ini dapat mendorong pengkajian yang dilakukan di perguruan tinggi dan lembaga-lembaga pendidikan lainnya tidak lagi terpaku pada teks-teks undang-undang dasar dan peraturan perundang-undangan yang berlaku di bidang hukum tata negara, tetapi juga diperkaya oleh kasus-kasus yang tercermin dalam putusan-putusan Mahkamah Konstitusi.⁴³⁵

Dengan demikian, orientasi pengkajian dapat berkembang menjadi lebih praktis dan dinamis, termasuk dengan mempertimbangkan penggunaan metode studi kasus atau *case study* seperti yang dipraktikkan dalam sistem pendidikan hukum di negara-negara yang menganut tradisi *case-law* atau *common law*. Para dosen dan mahasiswa dapat menjadikan perkara-perkara konstitusi yang telah diselesaikan melalui putusan (*vonnis*) yang telah berkekuatan hukum tetap (*in kracht van gewijs*) oleh Mahkamah Konstitusi sebagai bahan kajian. Demikian pula, para peneliti dan pakar hukum tata negara dapat berperan aktif mengadakan peninjauan hukum atau *law review* melalui jurnal-jurnal hukum yang ada,

⁴³⁵ Lihat pada http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan_sidang.php.

sehingga dengan begitu, kegiatan akademis di bidang hukum tata negara di tanah air kita dapat terus tumbuh dan berkembang secara aktif di masa-masa yang akan datang.

Dengan perkataan lain, dengan adanya Mahkamah Konstitusi, hukum tata negara atau *constitutional law* dapat terus berkembang, baik di dunia teori maupun praktik dengan didukung oleh para sarjana hukum tata negara yang cukup banyak dan bermutu. Kebutuhan akan banyaknya sarjana hukum tata negara itu tentu tidak saja dimaksudkan untuk keperluan praktis beracara di Mahkamah Konstitusi, untuk menjadi calon-calon hakim konstitusi, atau pun untuk maksud bekerja di Mahkamah Konstitusi. Hakim konstitusi kita hanya berjumlah 9 (sembilan) orang, dan jumlah pegawainya pun tidak terlalu banyak.

Oleh sebab itu, kebutuhan akan banyaknya tenaga ahli yang bermutu itu adalah untuk kepentingan yang lebih luas, yaitu sebagai mitra bagi Mahkamah Konstitusi dalam menjalankan fungsinya sebagai pengawal demokrasi dan konstitusi (*the Guardian of democracy and the constitution*) ataupun sebagai penjaga atau pelindung hak konstitusional warganegara (*the Protector of the constitutional rights*). Untuk mengawal proses demokratisasi di tingkat nasional dan dinamika demokrasi lokal di seluruh Indonesia, diperlukan sangat banyak sarjana hukum yang menggeluti bidang hukum tata negara dan hukum administrasi negara untuk bekerja di biro-biro hukum, bagian-bagian, ataupun divisi-divisi hukum, baik di sektor formal maupun di sektor informal, baik di sektor negara, di sektor masyarakat madani (*civil society*), ataupun di sektor dunia usaha (*market*).

C. Praktik Peradilan Tata Negara

1. Peradilan Tata Negara

Seperti telah dikemukakan sebelumnya, dengan terbentuknya Mahkamah Konstitusi, bidang kajian hukum tata negara mendapatkan lahan praktik yang sangat efektif dan berarti. Jika hukum tata negara dilihat secara luas mencakup bidang hukum administrasi negara, maka sebenarnya lahan praktik peradilan tata negara itu mencakup peradilan tata negara di Mahkamah Konstitusi dan peradilan tata usaha negara di Mahkamah Agung serta badan-badan peradilan tata usaha negara yang ada di bawahnya. Namun, apabila peradilan tata negara itu kita persempit maknanya dengan tidak mencakup peradilan tata usaha negara yang dilembagakan secara tersendiri di dalam lingkungan Mahkamah Agung, maka peradilan tata negara dimaksud dapat kita kaitkan dengan fungsi Mahkamah Konstitusi dan fungsi tertentu dari Mahkamah Agung.

Oleh sebab itu, peradilan tata negara itu sendiri dapat kita bedakan dalam tiga pengertian, yaitu (i) peradilan tata negara dalam arti yang paling luas di mana mencakup peradilan tata negara (*constitutional adjudication*) yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dan peradilan tata usaha negara (*administrative adjudication*) yang dilakukan oleh Mahkamah Agung serta badan-badan peradilan tata usaha negara; (ii) peradilan tata negara dalam arti yang lebih sempit tetapi masih tetap luas adalah peradilan tata negara (*constitutional adjudication*) yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi ditambah peradilan pengujian peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang yang dilakukan oleh Mahkamah Agung menurut Pasal 24A ayat (1) UUD 1945.⁴³⁶

⁴³⁶ Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 ini berbunyi, "Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-unda-

Pengujian peraturan perundang-undangan itu juga termasuk lingkup peradilan tata negara dalam arti luas; (iii) peradilan tata negara dalam arti yang paling sempit, yaitu peradilan yang dilakukan di dan oleh Mahkamah Konstitusi menurut ketentuan Pasal 24C ayat (1) dan Pasal 7B khususnya ayat (4) UUD 1945.⁴³⁷

Dalam rangka peradilan tata negara dalam pengertian yang kedua, maka proses pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang dapat dikategorikan sebagai bentuk peradilan tata negara juga. Demikian pula dalam pengertian yang pertama, peradilan tata usaha negara juga termasuk ke dalam pengertian peradilan tata negara. Dengan demikian, peradilan tata negara itu tidak hanya berkaitan dengan Mahkamah Konstitusi. Artinya, proses peradilan tata usaha negara, proses pengujian peraturan perundang-undangan, dan proses peradilan di Mahkamah Konstitusi sama-sama merupakan lahan praktik bagi kajian ilmu hukum tata negara. Bahkan, keseluruhan bangunan struktural dan fungsional kelembagaan peradilan di dalam lingkungan Mahkamah Agung serta aparat penegakan hukum sebagai keseluruhan, juga termasuk objek kajian hukum tata negara sebagai ilmu.

Misalnya, mekanisme hubungan antara kepolisian sebagai lembaga penyidik dengan kejaksaan sebagai lembaga penuntut atau mekanisme hubungan antara Mahkamah Agung dan Komisi Yudisial, juga termasuk ke dalam lingkup kajian hukum tata negara. Substansi penyidikan dan penuntutan memang merupakan persoalan

ngan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang”.

⁴³⁷ Pasal 7B ayat (4) UUD 1945 ini berbunyi, “Mahkamah Konstitusi wajib memeriksa, mengadili, dan memutus dengan seadil-adilnya terhadap pendapat Dewan Perwakilan Rakyat tersebut paling lama sembilan puluh hari setelah permintaan Dewan Perwakilan Rakyat itu diterima oleh Mahkamah Konstitusi”.

hukum pidana, akan tetapi hal-hal yang berkenaan dengan aspek kelembagaan dan fungsi-fungsi kekuasaan yang terkait di dalamnya adalah persoalan hukum tata negara. Bahkan, hukum acara pidana dan demikian pula hukum acara perdata, pada hakikatnya berkaitan dengan aspek administrasi dari hukum pidana dan hukum perdata itu sendiri. Oleh karena itu, terdapat daerah kelabu yang menghubungkan antara disiplin ilmu hukum tata negara, khususnya hukum tata usaha negara atau hukum administrasi negara, dengan hukum acara pidana dan hukum acara perdata.

Dengan perkataan lain, lahan praktik bagi ilmu hukum tata negara itu terbuka sangat lebar yang terkait dengan kedudukan dan fungsi lembaga-lembaga peradilan pada umumnya. Hanya saja, dalam pengertiannya yang lebih khusus dan spesifik, lahan praktik yang khas terkait dengan bidang kajian hukum tata negara (*constitutional law*) dalam arti yang sempit adalah peradilan yang dilakukan di dan oleh Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga pengadilan konstitusi. Dalam UUD 1945 dan UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, kewenangan mengadili yang dikaitkan dengan mahkamah ini ada 5 (lima), yaitu (i) perkara pengujian konstitusionalitas undang-undang, (ii) perkara sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara, (iii) perkara perselisihan atas hasil pemilihan umum, (iv) perkara pembubaran partai politik, dan (v) perkara dakwaan pemberhentian atau pemakzulan Presiden dan/atau Wakil Presiden.⁴³⁸

⁴³⁸ Mengenai kewenangan dari Mahkamah Konstitusi lihat dalam Pasal 24C UUD 1945 dan Pasal 10 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi.

2. Pengujian Konstitusionalitas Undang-Undang

Pihak yang berhak mengajukan permohonan pengujian undang-undang adalah (i) perorangan atau kelompok warga negara, (ii) kesatuan masyarakat hukum adat yang masih hidup, sesuai dengan perkembangan dan prinsip negara kesatuan Republik Indonesia, yang diatur dalam undang-undang, (iii) badan hukum swasta atau badan hukum publik, atau (iv) lembaga negara.⁴³⁹ Syarat-syarat yang harus dipenuhi menurut UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi adalah bahwa keempat subjek hukum tersebut dapat membuktikan dirinya mempunyai hak atau kewenangan konstitusional yang dirugikan oleh berlakunya suatu undang-undang atau ketentuan undang-undang yang bersangkutan, sehingga ia memohon agar undang-undang atau bagian dari ketentuan undang-undang dimaksud dinyatakan tidak mengikat untuk umum.⁴⁴⁰

Undang-undang merupakan produk demokrasi atau produk kehendak orang banyak. Jika undang-undang telah dibahas dan disetujui bersama oleh DPR dan Presiden, lalu kemudian disahkan oleh Presiden seba-

⁴³⁹ Terhadap *legal standing* Pemohon berserta syarat permohonannya, lihat dalam Pasal 51 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi dan Pasal 3 s/d Pasal 5 Peraturan Mahkamah Konstitusi Nomor 06/PMK/2005 tentang Pedoman Beracara dalam Perkara Pengujian Undang-undang.

⁴⁴⁰ Berdasarkan jurisprudensi Mahkamah Konstitusi, kerugian konstitusional yang timbul karena berlakunya suatu undang-undang harus memenuhi 5 (lima) syarat, yaitu (1) adanya hak konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD 1945, (ii) bahwa hak konstitusional tersebut dianggap oleh Pemohon telah dirugikan oleh suatu undang-undang yang diuji, (iii) bahwa kerugian konstitusional Pemohon yang dimaksud bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-tidaknya bersifat potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi, (iv) adanya hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan untuk diuji, dan (v) adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

gaimana mestinya, maka berarti undang-undang yang bersangkutan telah mencerminkan kehendak politik mayoritas rakyat yang diwakili oleh DPR dan aspirasi rakyat pemilih Presiden yang mendapatkan dukungan mayoritas suara rakyat melalui pemilihan umum. Namun demikian, suara mayoritas rakyat yang tercermin dalam undang-undang tidaklah identik dengan suara seluruh rakyat yang tercermin dalam undang-undang dasar. Suara mayoritas rakyat tidak selalu identik dengan suara keadilan dan kebenaran konstitusi.

Oleh sebab itu, jika undang-undang bertentangan dengan undang-undang dasar, maka undang-undang itu baik sebagian materinya atau seluruhnya dapat dinyatakan tidak mengikat untuk umum, meskipun yang menyatakannya hanya terdiri atas 5 dari 9 orang hakim pada Mahkamah Konstitusi. Dengan cara demikian, melalui proses peradilan tata negara yang *fair, independen, imparcial*, dan terbuka, Mahkamah Konstitusi dapat menjalankan fungsinya sebagai pengimbang atau penyeimbang (*countervailing power*) dan sekaligus mengawal dinamika proses demokrasi berdasarkan konstitusi (*the guardian of the constitutional democracy*). Melalui peradilan konstitusi ini ditegaskan pula bahwa undang-undang dasar sebagai *de hoogste wet, the supreme law*, dapat benar-benar ditegakkan dalam praktik penyelenggaraan negara.⁴⁴¹

3. Sengketa Kewenangan Konstitusional Lembaga Negara

Kewenangan konstitusional lembaga negara adalah kewenangan-kewenangan yang ditentukan oleh atau da-

⁴⁴¹ Untuk lebih memahami tentang Pengujian Konstitusionalitas Undang-undang ini, lihat dan pelajari buku saya yang berjudul *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia* (2005) dan *Hukum Acara Pengujian Undang-undang* (2005).

lam undang-undang dasar berkenaan dengan subjek-subjek kelembagaan negara yang diatur dalam UUD 1945. Apabila dipandang dari sudut kewenangan ataupun fungsi-fungsi kekuasaan yang diatur dalam UUD 1945, akan nampak jelas bahwa organ-organ yang menyangkut fungsi dan kewenangan konstitusional dimaksud sangat beraneka ragam. *State institutions* atau *staatsorgan* dapat dibedakan dari organisasi *civil society* atau badan-badan usaha dan badan hukum lainnya yang bersifat perdata. Organ yang bergerak di lapangan *civil society* biasa disebut organisasi non-pemerintah (Ornop), lembaga swadaya masyarakat (LSM), atau organisasi kemasyarakatan (Ormas). Sedangkan, badan-badan usaha swasta dan koperasi merupakan organisasi yang bergerak di lapangan dunia usaha atau market.

Oleh karena itu, institusi, organ, atau organisasi lain yang berada di luar kategori organisasi *civil society* dan organisasi yang bergerak di lingkungan dunia usaha tersebut, dapat kita sebut sebagai organ negara dalam arti yang luas. Artinya, pengertian lembaga negara itu tidak seperti yang dipahami secara keliru oleh banyak sarjana hukum selama ini, sangat luas cakupannya. Lembaga negara itu tidak hanya terkait dengan fungsi-fungsi legislatif, eksekutif, dan yudikatif seperti yang pada umumnya dipahami selama ini. Institusi apa saja yang dibentuk oleh negara, dibiayai oleh negara, dikelola oleh negara, atau dibentuk karena kebutuhan negara sebagai pemegang otoritas publik dapat dikaitkan dengan pengertian organ negara atau lembaga negara dalam arti luas.

Hal yang membedakan organ atau lembaga-lembaga negara dalam pengertian yang luas tersebut satu sama lainnya, hanyalah kategori fungsinya apabila dikaitkan dengan fungsi-fungsi kekuasaan negara atau kategori sumber legalitas kewenangan yang dimilikinya apakah bersumber dari undang-undang dasar, dari un-

dang-undang, atau dari ketentuan peraturan yang lebih rendah kedudukannya daripada undang-undang. Jika kewenangannya bersumber dari undang-undang dasar, berarti lembaga negara tersebut mempunyai kewenangan konstitusional yang ditentukan dalam atau oleh undang-undang dasar.⁴⁴² Lembaga negara dalam kategori yang terakhir inilah yang terkait dengan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadilinya apabila dalam pelaksanaan kewenangan konstitusional lembaga negara yang bersangkutan timbul persengketaan dengan lembaga negara yang lain. Inilah yang dimaksud dengan sengketa kewenangan konstitusional lembaga negara yang termasuk lingkup kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk mengadilinya.

4. Pembubaran Partai Politik

Partai politik (parpol) dan pemilihan umum (pemilu) merupakan pilar atau tiang utama demokrasi. Rumah dan bangunan demokrasi akan runtuh apabila partai politik dan pemilu tidak sehat dan kuat. Partai politik (parpol) juga merupakan cermin kemerdekaan berserikat (*freedom of association*) dan berkumpul (*freedom of assembly*) sebagai perwujudan adanya kemerdekaan berpikir dan berpendapat (*freedom of thought*) serta kebebasan berekspresi (*freedom of expression*). Oleh karena itu, kemerdekaan berserikat dalam bentuk partai politik sangat dilindungi oleh setiap undang-undang dasar negara demokrasi konstitusional (*consti-*

⁴⁴² Untuk memahami lebih lanjut mengenai konsepsi terhadap "Lembaga Negara", pelajari juga buku saya yang berjudul *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara* (2005) dan *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi* (2006).

tutional democracy) atau negara hukum yang demokratis (*demokratische rechtsstaat*).⁴⁴³

Oleh karena itu, maka partai politik tidak boleh dibubarkan secara semena-mena oleh penguasa. Seorang penguasa yang menduduki jabatan karena peranan partai politik tidak boleh diberi peluang untuk membubarkan partai politik lain yang merupakan lawan politiknya. Sebab, jika hal demikian terjadi, maka kemerdekaan berserikat dapat terganggu oleh watak kekuasaan para penguasa yang cenderung tidak menghendaki adanya persaingan politik yang sehat. Jika ditemukan kenyataan adanya partai politik yang secara objektif memang mengharuskan tindakan pembubaran dari luar partai politik itu sendiri, maka pembubaran semacam itu hanya dapat dilakukan melalui suatu proses peradilan konstitusional yang bersifat objektif, independen, imparial, dan terbuka.

Oleh karena sifat peradilan atas perkara semacam ini terkait erat dengan persoalan konstitusionalitas, maka UUD 1945 menentukannya sebagai kewenangan Mahkamah Konstitusi, bukan kewenangan Mahkamah Agung. Dengan demikian, Mahkamah Konstitusi benar-benar difungsikan untuk maksud mengawal agar UUD 1945 benar-benar dilaksanakan dan ditegakkan sebagaimana mestinya. Artinya, UUD 1945 itu tidak dibiarkan hanya berada di atas kertas, melainkan sungguh-sungguh diterapkan dalam kenyataan praktik.

5. Perselisihan Hasil Pemilu

Hasil pemilihan umum merupakan hasil dari suatu kompetisi politik antar peserta pemilihan umum. Kualitas demokrasi sangat tergantung kepada kualitas hasil

⁴⁴³ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik, dan Mahkamah Konstitusi*, cetakan ke-2, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006.

pemilihan umum, dan kualitas hasilnya tergantung pula pada kualitas proses penyelenggaraan pemilihan umum itu sendiri. Oleh sebab itu, Pasal 22E ayat (1) UUD 1945 menentukan, "*Pemilihan umum dilaksanakan secara langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil setiap lima tahun sekali*". Jika sebelum asas pemilihan umum hanya ditentukan harus langsung, umum, bebas, dan rahasia (luber), maka sekarang ditambah dengan dua asas lagi, yaitu jujur dan adil.

Jika dalam penyelenggaraan penghitungan suara hasil pemilihan umum itu timbul perselisihan pendapat di antara peserta pemilu dengan penyelenggara pemilu, maka perselisihan semacam itu apabila tidak dapat lagi diatasi melalui upaya-upaya yang bersifat administratif, akan diselesaikan melalui perkara di Mahkamah Konstitusi.⁴⁴⁴ Mahkamah Konstitusi harus menyediakan jalan konstitusi atau mekanisme hukum untuk menyelesaikan perselisihan mengenai hasil pemilu itu, sehingga perselisihan itu tidak berkembang menjadi konflik politik atau apalagi berubah menjadi konflik sosial.⁴⁴⁵

Pada pokoknya, perkara perselisihan hasil pemilu itu merupakan perkara perselisihan antar dua pihak, yaitu pihak peserta pemilu versus pihak penyelenggara pemilu, yaitu Komisi Pemilihan Umum. Peserta pemilu untuk pemilu calon anggota DPR (Dewan Perwakilan Rakyat) dan DPRD (Dewan Perwakilan Rakyat Daerah) adalah partai politik yang bersangkutan, sedangkan peserta pemilu untuk pemilu calon anggota DPD (Dewan

⁴⁴⁴ Lihat Soedarsono, *Mahkamah Konstitusi Sebagai Pengawal Demokrasi: Penyelesaian Sengketa Hasil Pemilu 2004 oleh Mahkamah Konstitusi*, Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2005.

⁴⁴⁵ Mengenai tata cara dan proses persidangan dalam perkara perselisihan hasil pemilu di Mahkamah Konstitusi, lihat dalam Pedoman Mahkamah Konstitusi Nomor 04/PMK/2004 tentang Pedoman Beracara dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum.

Perwakilan Daerah) adalah perorangan yang telah memenuhi kualifikasi persyaratan. Sementara itu, peserta pemilu untuk pemilu Presiden adalah pasangan calon Presiden dan calon Wakil Presiden yang bersangkutan. Komisi Pemilihan Umum sebagai institusi penyelenggara pemilihan umum dipandang sebagai satu kesatuan institusi penyelenggara pemilu. Artinya, KPUD di daerah dianggap hanya sebagai bagian dari KPU tingkat pusat. Demikian pula partai politik sebagai peserta pemilu dipandang sebagai satu kesatuan institusi badan hukum. Oleh karena itu, Pengurus Wilayah Partai Politik yang bersangkutan tidak dapat tampil tersendiri di luar kesatuan unit kelembagaannya dengan kepengurusan di tingkat pusat.

6. Pemakzulan Presiden dan/atau Wakil Presiden

Kewenangan lain yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi adalah peradilan atas tuntutan pemberhentian atau pemakzulan Presiden dan/ atau Wakil Presiden. Menurut ketentuan Pasal 7A UUD 1945 yaitu:

“Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat diberhentikan dalam masa jabatannya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat atas usul Dewan Perwakilan Rakyat, baik apabila terbukti telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela maupun apabila terbukti tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden”.

Dalam hal demikian, maka menurut Pasal 7B ayat (1) UUD 1945, usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat diajukan oleh DPR kepada MPR hanya dengan terlebih dahulu mengajukan permintaan kepada Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa, mengadili, dan memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/

atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden. Pendapat DPR tersebut, menurut ayat (2) pasal ini, adalah dalam rangka pelaksanaan fungsi pengawasan Dewan Perwakilan Rakyat.

Menurut Pasal 7B ayat (3), pengajuan permintaan DPR kepada MK hanya dapat dilakukan dengan dukungan sekurang-kurangnya 2/3 dari jumlah anggota DPR yang hadir dalam sidang paripurna yang dihadiri oleh sekurang-kurangnya 2/3 dari jumlah anggota DPR. Selanjutnya, Pasal 7B ayat (4) menentukan:

“Mahkamah Konstitusi wajib memeriksa, mengadili, dan memutus dengan seadil-adilnya terhadap pendapat Dewan Perwakilan Rakyat tersebut paling lama sembilan puluh hari setelah permintaan Dewan Perwakilan Rakyat itu diterima oleh Mahkamah Konstitusi”.

Kemudian, menurut ayat (5)-nya, apabila MK memutus bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden terbukti bersalah dan/atau terbukti bahwa Presiden dan/ atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden, DPR menyelenggarakan sidang paripurna untuk meneruskan usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden kepada MPR.

7. Kebutuhan akan Sarjana Hukum Tata Negara

Dalam keseluruhan aspek peradilan di kelima bidang perkara tersebut di atas, cukup banyak pihak yang terlibat dan harus dilibatkan. Memang jumlah hakim konstitusi hanyalah sembilan orang. Akan tetapi, di samping para hakim, juga dibutuhkan pula banyak te-

naga ahli yang bersifat pendukung. Lagi pula, karena perodesasi masa kerja hakim konstitusi bersifat terbatas, yaitu lima tahunan, maka terbuka peluang untuk terjadinya pergantian hakim pada setiap lima tahun sekali.⁴⁴⁶ Artinya, perlu dipersiapkan calon-calon hakim konstitusi yang mumpuni dari waktu ke waktu sesuai dengan perkembangan negara dan masalah-masalah ketatanegaraan yang timbul dalam praktik.

Dalam penyelesaian perkara konstitusi di Mahkamah Konstitusi, banyak pihak yang terlibat. Misalnya, yang dapat terlibat atau dilibatkan adalah (i) advokat, (ii) para ahli hukum tata negara, (iii) para ahli dari semua bidang keilmuan, baik ilmu hukum maupun ilmu yang berkenaan dengan substansi kebijakan yang diatur oleh suatu undang-undang yang bersangkutan, (iv) para saksi fakta, (v) para politisi wakil rakyat atau calon wakil rakyat, (vi) para pejabat pemerintah pusat dan pejabat pemerintah daerah, (vii) para anggota DPR, (viii) para anggota DPD, (ix) para pejabat tinggi negara atau anggota lembaga tinggi negara, (x) biro-biro dan divisi-divisi hukum badan-badan hukum publik dan privat, (xi) kalangan perguruan tinggi, khususnya fakultas-fakultas hukum dan pusat-pusat kajian konstitusi di seluruh Indonesia, (xii) kalangan tokoh-tokoh aktivis lembaga swadaya masyarakat di bidang hukum dan hak asasi manusia, (xiii) dan lain sebagainya. Sebagai contoh, para advokat yang bekerja di bidang litigasi seringkali menghadapi persoalan dalam beracara di Mahkamah Konstitusi, karena sifat acaranya yang sama sekali berbeda dengan pengadilan biasa.

Kepentingan yang dipertaruhkan dalam persidangan di Mahkamah Konstitusi bukanlah kepentingan

⁴⁴⁶ Sesuai dengan Pasal 22 UU No. 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, masa jabatan hakim konstitusi selama 5 (lima) tahun dan dapat dipilih kembali hanya untuk 1 (satu) kali masa jabatan berikutnya.

pribadi orang perorang seperti dalam peradilan biasa, melainkan kepentingan umum (*public interest*) dan kepentingan ketatanegaraan berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.⁴⁴⁷ Oleh karena itu, diperlukan pengertian mengenai *constitutional lawyers* yang tersendiri, di samping para advokat pada umumnya. Untuk itu diperlukan program-program pendidikan dan sertifikasi advokat konstitusi yang tersendiri pula.

Di samping itu, para saksi, para ahli, para pejabat pemerintah, anggota DPR, anggota DPD, dan lembaga-lembaga negara lainnya, banyak yang terlibat dalam proses pemeriksaan sesuatu perkara konstitusi di Mahkamah Konstitusi. Masih banyak orang yang belum mengerti dengan tepat mengenai seluk-beluk berperakara di Mahkamah Konstitusi. Oleh sebab itu, diperlukan banyak tenaga ahli di seluruh Indonesia mengenai seluk-beluk Mahkamah Konstitusi dan teknik-teknik beracara di Mahkamah Konstitusi.⁴⁴⁸

Selain itu, dapat dikatakan bahwa pada dasarnya Mahkamah Konstitusi itu dapat disebut sebagai lembaga pengawal konstitusi, penafsir konstitusi, pelindung hak asasi manusia, dan bahkan sebagai lembaga pengawal serta pengimbang demokrasi. Untuk menjalankan fungsi formalnya itu secara kelembagaan diperlukan pula dukungan jaringan ekspertise oleh tokoh-tokoh ilmuwan dan aktivis di lapangan. Demokrasi dan proses demokratisasi tidaklah sekaligus jadi. Proses pertumbuhan dan kemajuannya perlu dibina secara tahap demi tahap, baik

⁴⁴⁷ Perkara-perkara di Mahkamah Konstitusi, khususnya dalam perkara pengujian undang-undang, tidaklah bersifat *contentious* yang berkenaan dengan pihak-pihak yang saling bertabrakan kepentingan satu sama lain, akan tetapi menyangkut kepentingan kolektif semua orang dalam kehidupan bersama sebagai bangsa.

⁴⁴⁸ Lihat Maruarar Siahaan, *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi*, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005).

di tingkat nasional maupun di tingkat lokal. Oleh karena itu, Mahkamah Konstitusi juga membangun jaringan kerjasama dengan perguruan tinggi negeri dan swasta di seluruh tanah air sebagai jaringan *amicus curiae* atau *friends of the court* dalam arti luas.

Mahkamah Konstitusi mengontrol dan mengimbangi peranan demokrasi dan mendorong proses demokratisasi di tingkat nasional dan lokal di seluruh Indonesia melalui peranan *constitutional expertises* yang diharapkan tumbuh dan berkembang dari kalangan perguruan tinggi di seluruh tanah air. Misalnya, setiap anggota parlemen pusat dan lokal di seluruh Indonesia pada saatnya haruslah dapat didampingi oleh *legal advisor* dari kalangan sarjana hukum tata negara. Seperti sudah diungkapkan pada bagian sebelumnya, jumlah anggota DPRD kita di seluruh tanah air tercatat lebih dari 15.000-an orang. Jumlah kabupaten/kota di seluruh Indonesia ada 440. Hanya 2 (dua) daerah di antaranya yang belum terbentuk DPRD yang tersendiri. Artinya, jumlah DPRD di seluruh Indonesia dewasa ini tercatat 438 buah yang terdiri atas 352 DPRD Kabupaten dan 86 DPRD Kota. Sedangkan DPRD Provinsi berjumlah 33 buah, sehingga seluruh DPRD tercatat 461 buah dengan jumlah anggota berkisar antara 25 orang sampai dengan 45 orang. Semuanya membutuhkan *legal advisor* di bidang hukum tata negara.

Demikian pula di lingkungan birokrasi pemerintahan di semua instansi, baik pusat maupun daerah, terutama yang bekerja di bidang, bagian, biro, atau divisi hukum, juga membutuhkan banyak tenaga ahli bidang hukum tata negara. Para aktivis lembaga swadaya masyarakat, para pejabat negara di lembaga-lembaga independen dan lembaga-lembaga negara di luar pemerintahan semuanya memerlukan dukungan *legal expertise* di bidang hukum tata negara. Bahkan dapat dikatakan bahwa pada pokoknya, demokrasi tidak dapat

bergerak tanpa dukungan hukum, dan hukum yang diperlukan untuk itu adalah hukum tata negara. Demokrasi hanya dapat tumbuh apabila didukung oleh para demokrat, dan seseorang tidak mungkin menjadi demokrat jika tidak memahami dengan tepat beraneka sistem aturan bernegara berdasarkan hukum dan konstitusi yang menjadi bidang keahlian para sarjana hukum tata negara.

Oleh sebab itu, banyak sekali sarjana hukum tata negara yang dibutuhkan oleh suatu bangsa dan negara yang sedang bergerak ke arah demokrasi. Negara kita telah memilih jalan demokrasi dan konstitusi untuk terus berkembang di masa depan. Oleh karena itu, tidak ada jalan lain bagi para sarjana hukum Indonesia untuk secara intensif mempersiapkan diri dengan beraneka keahlian di bidang hukum tata negara. Itulah sebabnya, mahasiswa Indonesia yang tercerahkan pikirannya akan berusaha mempelajari dan mendalami bidang kajian hukum tata negara di samping bidang-bidang hukum yang lain atau bidang-bidang kajian ilmu pengetahuan lain pada umumnya.

Pendek kata, di semua instansi dan institusi, diperlukan sarjana hukum tata negara yang mahir dan dapat diandalkan keahliannya dalam upaya penataan kelembagaan negara. Lebih-lebih di masa pancaroba sekarang ini, di mana negara kita sedang memerlukan penataan di segala bidang, terutama di bidang kelembagaan bernegara. Sekarang dan di masa datang, sangat banyak sarjana hukum tata negara yang diperlukan oleh negara kita. Demikian pula jika dikaitkan dengan kebutuhan untuk memperkuat sektor *civil society* atau masyarakat madani, kebutuhan akan keahlian di bidang ini sangat luas, banyak, dan beragam. Para pekerja hak asasi manusia, para aktivis pembaruan hukum, para pejuang demokrasi, semuanya memerlukan keahlian di bidang hukum tata negara. Demokrasi tidak dapat tumbuh tanpa disertai dan dikawal oleh keahlian di bidang hukum,

dan bidang hukum yang dimaksud adalah hukum tata negara.

Oleh karena itu, melalui buku ini, saya ingin mengajak kalangan generasi muda, khususnya para mahasiswa hukum untuk tidak ragu-ragu memilih bidang hukum tata negara. Indonesia di masa kini dan apalagi di masa depan sangat membutuhkan peranan sarjana hukum tata negara untuk menata kehidupan kenegaraan kita menjadi lebih baik dari waktu ke waktu. Tentu saja, untuk jangka pendek sekarang, karena kebutuhannya sangat luas, banyak, dan sangat mendesak, sementara jumlah sarjana hukum tata negara yang ada terbilang sangat sedikit jumlah, persaingan yang ada belumlah ketat benar. Namun, di masa depan, bidang hukum tata negara ini cenderung berkembang semakin populer dan banyak diminati. Oleh sebab itu, yang diperlukan oleh negara kita di masa depan, di samping jumlahnya yang banyak juga mutunya yang harus tinggi. Untuk itu, hendaklah para mahasiswa berlomba-lomba menjadi sarjana hukum tata negara yang keahliannya dapat diandalkan dalam arena persaingan yang makin ketat di masa depan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku-Buku:

- Ahmad, Zainal Abidin. *Piagam Nabi Muhammad SAW: Konstitusi Negara Tertulis yang Pertama di Dunia*. Jakarta: Bulan Bintang, 1973.
- Alder, John and Peter English. *Constitutional and Administrative Law*. London: Macmillan, 1989.
- Alen, A. *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*. Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen, 1995.
- Allen, Michael and Brian Thompson. *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*. 7th edition. London-New York: Oxford University Press, 2003.
- Appadorai, A. *The Substance of Politics*, Oxford University Press. Oxford India Paperbacks, 2005.
- Asshiddiqie, Jimly. *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*. Jakarta: Ichtiar Baru-van Hoeve, 1994.
- _____. *Hukum Acara Pengujian Undang-undang*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2005.
- _____. *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*. cet. Kedua. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- _____. *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik, dan Mahkamah Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2006.
- _____. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*. Jakarta: Konpress, 2005.
- _____. *Pergumulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah*. Jakarta: UI-Press, 1996.

- _____. *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan MKRI, 2006.
- _____. *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*. Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
- _____. *Teori & Aliran Penafsiran Hukum Tata Negara*. cet. I. Jakarta: Ind Hill Co., 1997.
- Attamimi, Hamid S. *Peranan Keputusan Presiden dalam Penyelenggaraan Pemerintahan Negara: Suatu Studi Analisis mengenai Keputusan Presiden yang berfungsi Pengaturan dalam Kurun Waktu Pelita IV*, disertasi, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1990.
- Atmadja, Arifin Soeria. *Mekanisme Pertanggungjawaban Keuangan Negara: Suatu Tinjauan Yuridis*. Jakarta: Gramedia, 1986.
- Azhary, Tahir. *Negara Hukum: Suatu Studi tentang Prinsip-prinsipnya Dilihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya pada Periode Negara Madinah dan Masa Kini*. cet. Kedua. Jakarta: Kencana, 2004.
- Bahar, Saefroedin dkk. (Ed.). *Risalah Sidang BPUPKI-PPKI*. Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1992.
- Barents. *De Wetenschap der Politiek, een terreinverkenning, derde druk*, (Gravenhage: A.A.M. Stols's, 1952).
- Basu, Durga Das. *Introduction to the Constitution of India*. 18th edition. Nagpur: Wadhwa & Company, 2000.
- Bellefroid, J.H. *Inleiding tot de rechtswetenschap in Nederland*. Utrecht: Dekker & van de Vegt. N.V. Nijmegen, 1948.
- Benedek, Wolfgang and Minna Nikolova (eds.). *Understanding Human Rights: Manual on Human Rights Education*. European Training and Research

- Center for Human Rights and Democracy (ETC), Graz, Austria, 2003.
- Bennis, Warren G. *The Coming Death of Bureaucracy*. Think, 1966.
- Berki, R.N. *The History of Political Thought: A Short Introduction*. London: Everyman's University Library, 1988.
- Bocken, H. and W. De Bondt (eds.). *Introduction to Belgian Law*. Brussel: Bruylant, 2001.
- Bogdanor, Vernon (ed.) *Blackwell's Encyclopaedia of Political Science*. Oxford: Blackwell, 1987.
- Bradley, A.W. and K.D. Ewing. *Constitutional and Administrative Law*. 13th edition. Pearson Education Ltd., 2003.
- Bryce, J. *Studies in History and Jurisprudence*. vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1901.
- Budiardjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1992.
- Busroh, Abu Daud. *Ilmu Negara*. Jakarta: Bumi Aksara, 1990.
- Bushroh, Abu Daud dan Abu Bakar Busroh, *Azas-Azas Hukum Tata Negara*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1991.
- Chand, Hari. *Modern Jurisprudence*. Kuala Lumpur: International Law Book Services, 1994.
- Chemerinsky, Erwin. *Constitutional Law: Principles and Policies*. New York: Aspen Law & Business, 1997.
- Cracknell, D.G. *Cracknell's Statutes: Constitutional and Administrative Law*. 3rd edition. London: Old Bailey Press, 2003.
- Dahlan, Zaini dkk. *Filsafat Hukum Islam*. Jakarta: Bumi Aksara, 1992.
- Dahl, Robert A. *Preface to Democratic Theory*, 1956.
- Darumurti, Krishna D. Dan Umbu Rauta. *Otonomi Daerah: Perkembangan Pemikiran, Pengaturan*

- dan Pelaksanaan*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003.
- Dekker, I Nyoman. *Hukum Tata Negara Republik Indonesia, Suatu Pengantar*. Malang: IKIP Malang, 1993.
- Dicey, A.V. *An Introduction to Study of the Law of the Constitution*. 10th edition. London: English Language Book Society and Macmillan, 1968.
- Diponolo, G.S. *Ilmu Negara*. Jakarta: Balai Pustaka, 1975.
- Djokosoetono. *Ilmu Negara*. Himpunan oleh Harun Alrasid. Jakarta: Ind Hill Co., 2006.
- _____. *Hukum Tata Negara*. Himpunan oleh Harun Alrasid. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982.
- Duguit, Leon. *L'Etat, Le Droit Objectif et la Loi Positive*, 1901.
- Erliyana, Anna. *Keputusan Presiden: Analisis Keppres RI 1987-1998*. Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004.
- Farida, Maria. *Ilmu Perundang-undangan: Dasar-Dasar dan Pembentukannya*. Jakarta: Kanisius, 1998.
- Fatmawati. *Hak Menguji (Toetsingsrecht) yang Dimiliki oleh Hakim dalam Sistem Hukum Indonesia*. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2005.
- Feith, Herbert and Lance Castles (eds.). *Indonesian Political thinking 1945 – 1965*. Ithaca and London: Cornell University Press, 1970.
- Finer, S.E., Vernon Bogdanor, and Bernard Rudden. *Comparing Constitutions* London: Oxford University Press, 1995.
- Flynn, N. and S. Leach. *Joint Boards and Joint Committees: An Evaluation*. University of Birmingham: Institute of Local Government Studies, 1984.
- Friedrich, C.J. *Man and His Government*. New York: McGraw-Hill, 1963.

- Garner, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. Eight Edition. St. Paul: West Group, 2004.
- Glyn, W.B. *The Meaning of the Separation of Powers*. 1965.
- Goldsworthy, David J. (Ed.). *Development and Social Change in Asia: Introductory Essays*. Radio Australia-Monach Development Studies Centre, 1991.
- Gough, Ian. *The Political Economy of the Welfare State*. London and Basingstoke: The Macmillan Press, 1979.
- Griffith. *The Politics of the Judiciary*, 1985.
- GTZ. *Pegangan Memahami Desentralisasi: Beberapa Pengertian Tentang Desentralisasi*. terjemahan *Decentralization: A Sampling of Definitions*. cet. Kesatu. Yogyakarta: Pembaharuan, 2004.
- Hadjon, Phillipus M. Dkk. *Pengantar Hukum Administrasi Indonesia (Introduction to the Indonesian Administrative Law)*. cet. ke-9. Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 2005.
- Hailsham, Lord. *The Dilemma of Democracy*, 1978.
- Hamidi, Jazim. *Hermeneutika Hukum*. Cet. I. Yogyakarta: UII Press 2005.
- Hanson, A.H. and M. Walles. *Governing Britain*. 4th edition. Fontana, 1985.
- Hardani, Muhammad. *Konstitusi-Konstitusi Modern*. Surabaya: Pustaka Eureka, 2003.
- Harlow, C. and R. Rawlings. *Law and Administration*. 2nd edition. London: Butterworths, 1997.
- Hart, H.L.A. *The Concept of Law*. 2nd edition, 1994.
- Harun, Nasrul. *Ushul Fiqh*. Jakarta: Logos, 1996.
- Hitti, Philips K. *Capital Cities of Arab Islam*. Minnesota: University of Minnesota Press, 1973.
- Hodges, Donald C. *The Bureaucratization of Socialism*. The University of Massachusetts Press, 1981.
- Hogan, James. *Election and Representation*, Cork University Press.

- Hoft, Ph. Visser't. *Penemuan Hukum*. diterjemahkan oleh B. Arief Sidharta. Bandung: Laboratorium Hukum FH Univ. Parahiayangan, 2001.
- Iver, Mac. *Negara Modern*. Jakarta: Aksara Baru, 1988.
- Jellinek, George. *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, Eine staatsrechtlich politische Abhandlung*. Berlin: Verslag von O. Haring, 1906.
- Jennings, Sir Ivor. *The Law and The Constitution*. fifth edition. London: Hodder and Stoughton, 1979.
- Jhaveri, Satyavati S. *The Presidency in Indonesia, Dilemmas of Democracy*. Disertasi. Bombay: Populer Prakashan Private Limited, 1975.
- Kamil, Ahmad dan M. Fauzan. *Kaidah-Kaidah Yurisprudensi*. Jakarta: Prenada Media, 2004.
- Kartasapoetra, R.G. *Sistematika Hukum Tata Negara*. Jakarta: Bina Aksara, 1987.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law and State*. New York: Russel and Russel, 1961.
- Khadduri, Majid. *War and Peace in the Law of Islam*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1955.
- Koesoemaatmadja, Djenal Hoesen. *Pokok-Pokok Hukum Tata Usaha Negara*. Bandung: Alumni, 1979.
- Kranenburg. *Het Nederlandsch Staatsrecht, eerste deel zesde durk*. Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & Zoon, 1947.
- Kusnardi, Moh. dan Bintan R. Saragih. *Ilmu Negara*. edisi revisi. Jakarta: Gaya Media Pratama, 2000.
- Kusnardi, Moh. dan Harmaily Ibrahim. *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. Cet-kelima. Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 1983.
- Kusuma, RM. A.B. *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2004.

- Latief, Abdul. *Hukum dan Peraturan Kebijaksanaan (Beleidsregel) pada Pemerintahan Daerah*. Yogyakarta: UII-Press, 2005.
- Leca, J. and M. Grawitz (eds.). *Traite de Science Politique*. Paris: PUF, 1985.
- Leibholz, G. *Politics and Law*. A.W. Leiden: Sythoff, 1965.
- Leyland, Peter and Terry Woods. *Textbook on Administrative Law*. 4th edition. New Delhi: Oxford University Press, 2003.
- Linscott, Robert N. (eds.). *Man and the state: The Political Philosophers*. Modern library, Random House, 1953.
- Logemann, J.H.A. *Over de Theorie van Een Stellig Staatsrecht* (1948). Jakarta: Ichtar Baru-Van Hoeve, 1975.
- Mahkamah Agung Republik Indonesia. *Yurisprudensi dalam Perspektif Pembangunan Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: MA-RI, 1995.
- Mahfud M.D., Moh. *Perkembangan Politik Hukum (Studi Tentang Pengaruh Konfigurasi Politik Terhadap Produk Hukum di Indonesia)*, Disertasi, Pasca Sarjana, UGM-Yogyakarta, 1993.
- Mahmassani, Subhi Rajab. *Konsep Dasar Hak-Hak Asasi Manusia: Studi Perbandingan dalam Syariat Islam dan Perundang-Undangan Modern*. terjemahan Hasanuddin dari Arkan al-Huquq al-Insan. cet. Kesatu. Jakarta: Tintamas, 1993.
- Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia. *Himpunan Ketetapan MPRS dan MPR Tahun 1960 sampai dengan 2002*. Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR-RI, 2002.
- _____. *Himpunan Ketetapan MPRS dan Ketetapan MPR-RI Berdasarkan Ketetapan MPR-RI No. I/MPR/Tahun 2003 Tentang Peninjauan Terhadap Materi dan Status Hukum Ketetapan*

- MPRS dan Ketetapan MPR-RI Tahun 1960 sampai dengan Tahun 2002*. Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR, 2003.
- _____. *Laporan Komisi Konstitusi*. Jakarta: Sekretariat Jenderal MPR-RI, 2003.
- Manan, Bagir. *Dasar-Dasar Perundang-Undangan Indonesia*. Jakarta: Ind-Hill Co., 1992.
- _____. *Perkembangan UUD 1945*, FH-UII Press, Yogyakarta, 2004.
- _____. *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, CV. Mandar Maju, Bandung, 1995.
- Marshall, Geoffrey. *Constitutional Conventions*, 1984.
- Martin, Elizabeth A. (ed.). *Oxford Dictionary of Law*. Fifth Edition. Oxford University Press, 2003.
- Mast, A., J.Djuardin, M.van Damme and J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch Administratiefsrecht*. Antwerpen: Kluwer-Rechtswetenschappen, 1999.
- Maurer, H. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 13th edition. Munich: Beck, 2000.
- McIlwain, Charles Howard. *Constitutionalism: Ancient and Modern*. Ithaca, New York: Cornell University Press, 1966.
- Meny, Yves and Andrew Knapp. *Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany*. 3rd edition. Oxford University Press, 1998.
- Mitchell, J.D.B. *Constitutional Law*. second edition. 1968.
- Michels, Robert. *Partai Politik: Kecenderungan Oligarkis dalam Birokrasi*. Jakarta: Penerbit Rajawali, 1984.
- Molan, Michael T. *Textbook Constitutional and Administrative Law: The Machinery of Government*. 4th edition. London: Old Bailey Press, 2003.

- Montesquieu, C.L. *The Spirit of Laws*. Hafner. 2nd edition. 1949.
- Munro, C.R. *Studies in Constitutional Law*. 2nd edition. 1999.
- Munro, W.B. *The Government of the United States*. 4th edition, 1936.
- Muslimin, Amrah. *Beberapa Azas-Azas dan Pengertian-Pengertian Pokok Tentang Administrasi dan Hukum Administrasi*. Bandung: Alumni, 1980.
- Nicholson, R.A. *A Literacy History of the Arabs*. New York: Cambridge University Press, 1969.
- Oliver, Dawn *Constitutional Reform in the UK*. Oxford University Press, 2003.
- Oppenheims bundel J. *Nederlandsch Administratief-recht*, 1921.
- Osborne, David and Peter Plastrik. *Banishing Bureaucracy: The Five Strategies for Reinventing Government*. A Plume Book, 1997.
- Osborne, David and Ted Gaebler. *Reinventing Government*. William Bridges and Associates, Addison Wesley Longman, 1992.
- Phillips, O. Hood Paul Jackson, and Patricia Leopold. *Constitutional and Administrative Law*. 8th edition. London: Sweet and Maxwell, 2001.
- Poesponoto, Soebakti. *Asas dan Susunan Hukum Adat*. Jakarta: Pradnya Paramita, 1986.
- Prodjodikoro, Wirjono. *Asas-Asas Hukum Tata Negara di Indonesia*. cet. Keenam. Jakarta: Dian Rakyat, 1989.
- Pudjosewojo, Kusumadi. *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*. cet. ke-10. Jakarta: Sinar Grafika, 2004.
- Purbopranoto, Kontjoro. *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*. Bandung: Alumni, 1978.

- Rhodes, R. *Beyond Westminster and Whitehall: The Sub-Central Government of Britain*. London: Allen & Unwin, 1988.
- Sabon, Max Boli. *Fungsi Ganda Konstitusi*. Bandung: PT Graviti, 1991.
- Saleh, Ismail. *Demokrasi, Konstitusi, dan Hukum*. Jakarta: Departemen Kehakiman Republik Indonesia, 1988.
- Schmitt, Carl. *Verfassungslehre*. Duncker & Humbolt, 1957.
- Schwartz, Bernard. *American Constitutional Law*. New York: Cambridge University Press, 1955.
- Seerden, Rene dan Frits Stroink (eds.). *Administrative Law of the European Union, Its Member States and the United States*. Groningen: Intersentia Uitgevers Antwerpen, 2002.
- Siahaan, Maruarar. *Hukum Acara Mahkamah Konstitusi RI*. Jakarta: Konstitusi Press, 2004.
- Siong, Gouw Giok. *Hukum Perdata Internasional Indonesia*. jilid 2 (Bagian I). Jakarta: Kinta, 1962.
- _____. *Warga Negara dan Orang Asing*. cet. ke-2. Jakarta: Kengpo, 1960.
- Sitorus, L.M. *Ilmu Politika: Suatu Perkenalan Lapangan*. cet. ke-3. Jakarta: PT. Pembangunan, 1958.
- Soedarsono. *Mahkamah Konstitusi Sebagai Pengawal Demokrasi : Penyelesaian Sengketa Hasil Pemilu 2004 oleh Mahkamah Konstitusi*. Jakarta : Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, 2005.
- Soehino. *Ilmu Negara*. Yogyakarta: Liberty, 1998.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI-Press, 1986.
- _____. *Sosiologi: Suatu Pengantar*. Jakarta: Yayasan Penerbit UI, 1975.

- Soekanto, Soerjono dan Purnadi Purbacaraka. *Sendi-Sendi Ilmu Hukum dan Tata Hukum*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1993.
- Soemantri, Sri. *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*. Bandung: Alumni, 1992.
- _____. *Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia*. Jakarta: Sinar Harapan, 1993.
- _____. *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*. Bandung: Alumni, 1987.
- _____. *Sistem Dua Partai*. Jakarta: Bina Tjipta, 1968.
- Soemantri, Sri dkk. *Ketatanegaraan Indonesia Dalam Kehidupan Politik Indonesia: 30 Tahun Kembali ke Undang-Undang Dasar 1945*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan, 1993.
- Soemodiredjo, Soegondo. *Sistem Pemilihan Umum*. Jakarta : Nasional, 1952.
- Strong, C.F. *Modern Political Constitutions: An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Forms*. London: Sidgwick & Jackson, 1973.
- Stoker, Gerry. *The Politics of Local Government*. 2nd edition. London: The Macmillan Press, 1991.
- Struyeken A.A.H. *Het staatsrecht won het Komisiekrijg der Nederlanden*, 1915.
- Sukardja, Ahmad. *Piagam Madinah dan Undang-Undang Dasar 1945: Kajian Perbandingan Tentang Dasar Hidup Bersama dalam Masyarakat Majemuk*. Jakarta: UI-Press, 1995.
- Suny, Ismail. *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*. Jakarta: Aksara Baru, 1986.
- _____. *Sistem Pemilihan Umum yang Menjamin Hak-hak Demokrasi Warga Negara*. Dihimpun oleh Harmaily Ibrahim, 1970.

- Sutiyoso, Bambang dan Sri Hastuti. *Aspek-Aspek Perkembangan Kekuasaan Kehakiman di Indonesia*. Yogyakarta: UII Press, 2005.
- Suwandi. *Hak-Hak Dasar Dalam Konstitusi, Konstitusi Demokrasi Modern*. Djakarta: Pembangunan, 1957.
- Thaib, Dahlan dkk. *Teori Konstitusi dan Hukum Konstitusi*. Cet. Kelima. Jakarta: RajaGrafindo Persada, 2005.
- Tholosano, Authore D. Petro Gregorio. *De Republica Libri Sex et Viginti*. Lugduni, 1609.
- Thompson, Brian. *Textbook on Constitutional and Administrative Law*. edisi ke-3. London: Blackstone Press Ltd., 1997.
- Usman, Suparman. *Hukum Islam: Asas-Asas dan Pengantar Studi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*. Jakarta: Gaya Media Pratama, 2001.
- Utrecht, E. *Pengantar Dalam Hukum Indonesia*. Jakarta: Ichtisar.
- Van der Pot, C.W. *Nederlandsche Staatsrecht*, 1950.
- Vile, M.J.C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. 1967.
- Vollenhoven, Christian van. *H.D. Tjeenk Willink & Zoon*. Haarlem: Martinus Nyhoof & Gravenhage, 1934.
- Vyshinsky, Andrei Y. *The Law of Soviet State*. Translated from the Russian by Rugh W. Babb. New York: The Macmillan Company, 1961.
- Wade and Philips, G. Godfrey. *Constitutional Law: An Outline of The Law and Practice of The Constitution, Including Central and Local Government, The Citizen and The State and Administrative Law*. Seventh edition. London: Longmans, 1965.
- Wahjono, Padmo. *Ilmu Negara*. Jakarta: Indo Hill Co., 1999.
- Werner, Fritz. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959.
- Whitecross, Paton George. *Textbook of Jurisprudence*. Oxford: The Clarendon Press, 1951.

- Wilberforce, Lord. *Report by the Committee of Privileges on the Petition of the Irish Peers*, 1966.
- Winterton, George. *The Executive and the Governor General*, 1983.
- Wolhoff, G.J. *Pengantar Hukum Tata Negara Republik Indonesia*. Jakarta: Timun Mas, 1960.
- Woodbine, George E. (ed.). *Glanvill De Legibus et Consuetudinibus Angiluae*. New Haven, 1932.
- Yamin, Muhamad. *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*. djilid I. Djakarta: Prapantja, 1959.
- _____. *Proklamasi dan Konstitusi Republik Indonesia*. Djakarta: Djambatan, 1959.
- _____. *Masalah Ketatanegaraan Indonesia Dewasa ini*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 1984.

Makalah dan Artikel:

- Asshiddiqie, Jimly. *The Role of Constitutional Court in Guaranteeing Access to Justice in a New Transitional State*, Keynote Address at “the Conference of Comparing Access to Justice in Asian and European Transitional Countries”, Bogor, Indonesia, 27-28 June 2005.
- _____. *Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas Masa Depan*, pidato penguahan Jabatan Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1998.
- Casgrove, R.A. *The Rule of Law*, Albert Venn Dicey, Victorian Jurist, 1981.
- Hunt of Tanworth, Lord. “Access to A Previous Government’s Papers”, P.L. 1982.
- Keith, K.J. “The Courts and the Conventions of the Constitution”, 1967, 16 I.C.L.Q. 542.
- MacCormick, N. *Questioning Sovereignty*, 1993, 56 MLR 1.

- Munro, C.R. “Laws and Conventions Distinguished”, 91 Law Q Review, 218, 1975.
- Phillips, O. Hood *Constitutional Conventions: Dicey’s Predecessors*, 29, M.L.R., 1966.
- Samford, C. and D. Wood, “Codification of Constitutional Conventions in Australia”, 1978, P.L. 231.
- Tomkins, A. 2001, PL. 571.
- Vegting, W.G. *Plaats en aard van het Administratietiefsrecht*, pidato inagurasi, Amsterdam, 1946.
- Vinogradoff, Sir Paul. “Outlines of Historical Jurisprudence”, Vol. II, The Jurisprudence of the Greek City, S. Sedley, dalam Richardson and Genn (eds), *Administrative Law and Government Action*, ch 2, 1994, 110 LQR 270.

Kasus-Kasus:

- Central Control Board vs Cannon Brewery Co., 1919, AC 744, 752.
- Cf. R vs Kansal, No. 2, 2002, 1 All ER.
- Chester vs Bateson, 1920, 1 KB 829.
- Maclaine-Watson vs DoT , 1988.
- Marbury vs Madison (1803) 5-US, 1 Cranch, 137.
- McGonnell vs United Kingdom (2000), 30 E.H.R.R. 241.
- Pepper vs Freemans plc, 1989, AC 66.
- Raleigh vs Goschen, 1893, 1 Ch.73.
- R. vs Environment Secretary, ex p Spath Holme Ltd, 2001, 2 AC 349, 388.
- R. vs Foreign Secretary, ex Bancoult, 2001, QB 1067.
- R. vs Lambert, 2001, 3 All ER.
- R. vs Lord Chancellor, ex p Witham, 1998, QB 575.
- R. vs H.M. Treasury, ex p. Smedley, 1985, Q.B. 657, 666.
- R. vs Home Industry, ex Phansopkar, 1976, QB 606.
- R. vs Home Secretary, ex p Pierson, 1998, AC 539.
- R. vs Home Secretary, ex p Simms, 2000, 2 AC 115.

Perundang-undangan:

Indonesia, *Konstitusi Republik Indonesia Serikat*.

_____, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*.

_____, *Undang-Undang Dasar Sementara Republik Indonesia*.

_____, *Undang-undang Tentang Hak Asasi Manusia*, UU No. 39 Tahun 1999, LN No. 165 Tahun 1999, TLN No. 3886.

_____, *Undang-undang Tentang Kekuasaan Kehakiman*, UU No. 4 Tahun 2004, LN No. 8 Tahun 2004, TLN No. 4358.

_____, *Undang-undang Tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, UU No. 37 Tahun 2004, LN No. 131 Tahun 2004, TLN No. 4443.

_____, *Undang-undang Tentang Kepolisian Republik Indonesia*, UU No. 2 Tahun 2002, LN No. 2 Tahun 2002, TLN No. 4168.

_____, *Undang-undang Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman*, UU No. 14 Tahun 1970, LN No. 74 Tahun 1970, TLN No. 2951.

_____, *Undang-undang Tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia*, UU Nomor 62 Tahun 1958, LN No. 113 Tahun 1958, TLN No. 1647.

_____, *Undang-undang Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi*, UU No. 30 Tahun 2002, LN No. 137, TLN No. 4250.

_____, *Undang-undang Tentang Komisi Yudisial*, UU No. 22 Tahun 2004, LN No. 89 Tahun 2004, TLN No. 4415.

_____, *Undang-Undang Tentang Mahkamah Agung*, UU No. 14 Tahun 1985, LN No. 73 Tahun 1985, TLN No. 3316.

_____, *Undang-undang Tentang Mahkamah Konstitusi*, UU No. 24 Tahun 2003, LN No. 98 Tahun 2003, TLN Nomor 4316.

_____, *Undang-undang Tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Daerah Istimewa Aceh Sebagai Provinsi Naggroe Aceh Darussalam*, UU No. 18 Tahun 2001, LN No. 114 Tahun 2001, TLN 4143.

_____, *Undang-undang Tentang Otonomi Khusus Bagi Provinsi Papua*, UU No. 21 Tahun 2001, LN No. 135 Tahun 2001, TLN No. 4151.

_____, *Undang-undang Tentang Partai Politik*, UU Nomor 31 Tahun 2002, LN Nomor 138 Tahun 2002, TLN Nomor 4251.

_____, *Undang-undang Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 10 Tahun 2004, LN No. 53 Tahun 2004, TLN No. 4389.

_____, *Undang-undang Tentang Pemerintahan Daerah*, UU No. 22 Tahun 1999, LN No. 60 Tahun 1999, TLN No. 3839.

_____, *Undang-undang Tentang Pemerintahan Daerah*, UU Nomor 32 Tahun 2004, LN Nomor 125 Tahun 2004, TLN Nomor 4437.

_____, *Undang-undang Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah*, UU No. 12 Tahun 2003, LN. No. 37 Tahun 2003, TLN No. 4277.

_____, *Undang-undang Tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden*, UU No. 23 Tahun 2003, LN No.93 Tahun 2003, TLN No. 4311.

_____, *Undang-undang Tentang Penetapan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2005 Tentang Penangguhan Mulai Berlakunya Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2004 Tentang Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial Menjadi Undang-Undang*, UU No. 2

- Tahun 2005, LN No. 73 Tahun 2005, TLN No. 4523.
- _____, *Undang-undang Tentang Pengadilan Anak*, UU No. 3 Tahun 1997, LN No. 3 Tahun 1997, TLN 3668.
- _____, *Undang-undang Tentang Pengadilan Pajak*, UU No. 14 Tahun 2002, LN No. 27 Tahun 2002, TLN No. 4189.
- _____, *Undang-undang Tentang Penyelesaian Perselisihan Hubungan Industrial*, UU No. 2 Tahun 2004, LN No. 6 Tahun 2004, TLN No. 4356.
- _____, *Undang-Undang Tentang Peradilan Tata Usaha Negara*, UU No. 5 Tahun 1986. LN No. 77 Tahun 1986, TLN No. 3344.
- _____, *Undang-undang Tentang Peradilan Umum*, UU No. 2 Tahun 1986, LN No. 20 Tahun 1986, TLN No. 3327.
- _____, *Undang-undang Tentang Perjanjian Internasional*, UU No. 24 Tahun 2000, LN No. 185 Tahun 2000, TLN No. 4012.
- _____, *Undang-undang Tentang Pernyataan Tidak Berlakunya Undang-undang No. 2 Tahun 1958 Tentang Persetujuan Perjanjian Antara Republik Indonesia dan RRT Mengenai Soal Dwikewarganegaraan*, UU Nomor 4 Tahun 1969.
- _____, *Undang-undang Tentang Perikanan*, UU No. 31 Tahun 2004, LN No. 118 Tahun 2004, TLN No. 4433.
- _____, *Undang-Undang Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1985 Tentang Mahkamah Agung*, UU No. 5 Tahun 2004, LN No. 9 Tahun 2004, TLN No. 4359.
- _____, *Undang-undang Tentang Perubahan Pasal 18 Undang-undang Nomor 62 Tahun 1958 Tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia*, UU Nomor 3 Tahun 1976, LN 20, TLN 3077.

- _____, *Undang-undang Tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 8 Tahun 1974 Tentang Pokok-Pokok Kepegawaian*, UU No. 43 Tahun 1999, LN No. 169 Tahun 1999, TLN No. 3890.
- _____, *Undang-undang Tentang Pokok-Pokok Kepegawaian*, UU No. 8 Tahun 1974, LN No. 55 Tahun 1974, TLN No. 3041.
- _____, *Undang-undang Tentang Susunan dan Kedudukan Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah*, UU No. 22 Tahun 2003, LN No. 92 Tahun 2003, TLN Nomor 4310.
- _____, *Undang-undang Tentang Tindak Pidana Korupsi*, UU No. 31 Tahun 1999, LN No. 140 Tahun 1999, TLN No. 140.
- _____, *Undang-undang Tentang Yayasan*, UU No. 16 Tahun 2002, LN Tahun 2002 No. 112, TLN No. 4132.
- Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, *Peraturan Mahkamah Konstitusi Tentang Kode Etik dan Pedoman Tingkah Laku Hakim Konstitusi*, Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 02/PMK/2003 bertanggal 24 September 2003.
- _____, *Peraturan Mahkamah Konstitusi Tentang Pedoman Beracara Dalam Perselisihan Hasil Pemilihan Umum*, Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 04/PMK/2004 bertanggal 4 Maret 2004.
- _____, *Peraturan Mahkamah Konstitusi Tentang Pemberlakuan Deklarasi Kode Etik dan Perilaku Hakim Konstitusi*, Peraturan Mahkamah Konstitusi No. 07/PMK/2005 bertanggal 18 Oktober 2005.
- _____, *Putusan Tentang Pengujian Undang-undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah terhadap Undang-Undang Dasar 1945*,

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 072-073/PUU-II/2004 bertanggal 22 Maret 2005.

_____, *Putusan Tentang Pengujian Undang-undang Nomor 19 Tahun 2004 tentang Kehutanan terhadap Undang-Undang Dasar*, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 003/PUU-III/2005 bertanggal 7 Juli 2005.

Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara, *Ketetapan Tentang Memorandum DPR-GR mengenai Sumber Tertib Hukum Republik Indonesia dan Tata Urutan Peraturan Perundangan Republik Indonesia*, Ketetapan No. XX/MPRS/1966 bertanggal 5 Juli 1965.

_____, *Ketetapan Tentang Pembentukan Komisi Konstitusi*, Ketetapan No. I/MPR/2002 bertanggal 11 Agustus Tahun 2002.

_____, *Ketetapan Tentang Peninjauan Produk-Produk yang Berupa Ketetapan-Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara Republik Indonesia*, Ketetapan No. V/MPR/1973 bertanggal 22 Maret 1973.

_____, *Ketetapan MPR Tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Perundang-undangan*, Ketetapan No. III/MPR/2000 bertanggal 18 Agustus, 2000.

Presiden Republik Indonesia, *Keputusan Presiden Republik Indonesia Tentang Komisi Nasional Hak Asasi Manusia*, Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 50 Tahun 2003 bertanggal 7 Juli 1993.

_____, *Keputusan Presiden Tentang Penetapan Universitas Pendidikan Indonesia Sebagai Badan Hukum Milik Negara*, Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 6 Tahun 2004 bertanggal 30 Januari 2004.

_____, *Keputusan Presiden Republik Indonesia Tentang Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi*, Keputusan Presiden Nomor 51 Tahun 2004 bertanggal 22 Juni 2004.

_____, *Peraturan Pemerintah Tentang Larangan Pegawai Negeri Menjadi Anggota Partai Politik*, Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 2004 bertanggal 16 Oktober 2004.

Internet:

<http://www.courses.unt.edu/chandler/SLIS5647/slides/cs402adminiReg/sld008.html>.

http://www.ivr2003.net/Peczenik_Argumentation.htm.

http://www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan_sidang.php.

<http://www.minagric.gr/en/agropol/OECD-EN-310804.html>.

<http://www.mpr.go.id/index.php?section-ketetapan>.

http://www.oecd.org/statportal/0,2639,en_2825_29356_4_1_1_1_1,00.html.

<http://www.hold/datacenter/dms/default.asp>.

DAFTAR INDEKS

A

A.G. Pringgodigdo, 265
A.V. Dicey, 29, 30, 160,
161, 177, 237, 243,
263, 271
A.W. Bradley and K.D.
Ewing, 33, 54, 71, 190
A.W. Bradley dan K.D.
Ewing, 32, 72, 79, 182,
187
Abubakar, 110
al-ahkam, 154
Albert Venn, 160, 236,
237, 243, 361
Alder, 71, 78, 155, 156,
163, 165, 166, 179, 349
Alexander Peezenick,
309
al-Hadits, 153, 311
Ali ibn Abi Thalib, 110
al-Quran, 109, 153, 154,
311
al-Sunnah, 153, 154
Amir Sjarifudin, 229,
258
antropologi, 45, 240
APBN, 180, 181, 208,
260
Arief Sidharta, 274, 275,
308, 354
Aristoteles, 90, 95, 96,
97, 98, 99, 100, 101

Article, 71, 274, 277,
278, 279, 298
Auguste Comte, 121
Australia, 144, 176, 240,
252, 353, 362
Austria, 43, 67, 322, 351
bahasa Latin, 89, 94,
103, 119

B

Baldwin, 253
Beauma-noir, 92
Belanda, 16, 20, 21, 22,
23, 46, 50, 114, 119,
137, 138, 166, 176,
205, 226, 262
Bernard Schwartz, 146,
233, 267
besslissing, 324
BHMN, 114
Bill of Rights, 148, 161,
185, 187
body politic, 13
BPK, 204
Bracton, 92
Brian Jones, 81, 82
Brian Thompson, 19, 70,
113, 115, 161, 247, 349
Bryce, 118, 351
BUMD, 114
BUMN, 114

C

C.R. Munro, 249
Calvinis, 111, 112
Carl Schmitt, 16, 126,
127, 128, 129, 130,
133, 134, 147
Carl Scmitt, 133
Carrington, 189
Charles Howard
McIlwain, 89, 90, 94,
101, 102
Charles I, 184
Christian van
Vollenhoven, 24, 25,
37, 55
Cicero, 93, 100, 101, 102,
103, 104
Cina, 275, 277, 278, 301
*civic behavioral
realities*, 35
Clarke, 14, 15
collective minds, 35, 36,
167
common law, 24, 100,
158, 162, 176, 188,
239, 242, 246, 249,
251, 330
constitutie, 21, 44, 119,
132, 136, 138, 148,
166, 169, 200
constitutio, 44, 76, 89,
90, 91, 92, 93, 94, 119,
135, 160, 161, 169,
237, 246, 263, 271
Cromwell, 140

D

Dekrit, 3, 169, 170, 171
Dewan Eksekutif, 68
Dicey, 30, 160, 161, 164,
236, 237, 243, 263,
352, 361, 362
Djokosoetono, 18, 37,
49, 120, 121, 352
DPR-GR, 173, 223, 224,
367
DPR-RI, 180, 241, 260
Dworkin, 286, 302, 303,
305

E

E.A. Freeman, 243
ekonomi, 6, 14, 23, 45,
47, 69, 213, 275, 277,
281, 287, 295, 315
England, 30, 160, 184,
185, 186, 254, 286
Entick, 189
Executive, 71, 72, 74, 75,
179, 240, 361

F

Federal, 19, 51, 74, 75,
147, 310
Ferdinand Lassalle, 123,
127
filosof, 90, 95, 98, 100,
102, 103

filsafat, 100, 154, 157,
308, 311, 312
formeele, 37

G

G. Marshall, 252
G.S. Diponolo, 150, 241
Gadamer, 308
Georg Jellineck, 42
George Jellinek, 266
Gereja, 183
gerundgestz, 21
Gijsbert Karel van
Hogendorp, 22, 120
Glanvill, 91, 92, 361
Gregoire, 92
Gregory Leyh, 308

H

H.L.A. Hart, 32, 199
Hamid S. Attamimi, 201,
221
Hans Kelsen, 12, 19, 62,
121, 122, 129, 130, 152,
163, 200, 201, 202,
327
Harlow, 83, 84, 353
Harmaily Ibrahim, 9, 16,
33, 34, 54, 55, 74, 111,
141, 211, 257, 268,
354, 359
Harun Alrasid, 16, 49,
120, 352

Herman Heller, 19, 123,
138
Hermann Heller, 16,
124, 125, 138
Hindia Belanda, 22
Hoft, 275, 280, 291, 293,
297, 354
Hukum Dagang., 63
Hukum Eropa, 69
Hukum Gereja, 90
Hukum Internasional,
46, 65, 66, 68, 159,
166, 182, 230
Hukum Pajak, 85
Hukum Perdata, 52, 63,
358
Hukum Tata Usaha, 42,
53, 58, 85, 354
human creation, 13
Human Rights, 71, 186,
187, 190, 350

I

ijma, 153
ijtihad, 153
ilmu fiqh, 155, 157, 311
Ilmu Hukum, 7, 15, 27,
36, 39, 41, 42, 44, 46,
75, 157, 181, 308, 359
Ilmu Politik, 14, 17, 44,
351
ilmu sosial, 14, 45, 46
Ilmu Sosial, 44, 46
Ilmu" Hukum Tata
Negara, 47
Independence, 71

Inggris, 115, 140
inhoud, 37, 38, 39
Islam, 106, 107, 109, 110,
112, 113, 153, 154, 311,
312, 350, 351, 353,
354, 355, 360
Ismail Suny, 126, 145,
234, 238, 241, 256,
264, 266, 267, 268
Italia, 17, 22, 119, 274
ius constituendum, 5
ius constitutum, 5
Ivo D. Duchacek, 116

J

J.H.A. Logemann, 26,
37, 60, 70
James II, 185
James VII, 185
Jerman, 16, 17, 21, 46,
51, 69, 114, 119, 133,
137, 138, 166, 176,
310, 322
Jerzy Wroblewski, 304
John Alder, 53, 54, 71,
76, 77, 155, 156, 157,
162, 163, 165, 166,
167, 177
Judicial Precedent, 188
Judiciary, 71, 72, 76, 353
juridis, 20, 27, 123, 124,
139, 152
jurisprudence, 176, 290,
304
jurist, 4, 5, 48, 317

Justifikasi, 288, 303

K

K.C. Wheare, 145, 238,
243, 254, 256, 273,
320
Kanada, 176, 251, 252
Karl Loewenstein, 135
Katharine, 81, 82
Kemal Ataturk, 113
Kerajaan Inggris, 112,
155, 263, 264, 265
Khalifatu al-Rasyidin,
110
KNIP, 228, 241, 257, 265
Konstitusi Weimar, 133
KPI, 174
KPK, 204, 329
KPPU, 174, 204
KPU, 174, 204, 226, 341
KPUD, 341
Kranenburg, van der
Pot, 63
Kristen, 112
K-TUN, 87

L

L.J. van Apeldoorn, 21
legal fiction theory, 20
Leon Duguit, 121, 122
lex, 91, 102
Literlijk, 290
Ilmu Negara, 50

Lord Bingham, 191
Lord Nicholls, 191
Lord Wilberforce, 187
LSM, 337

M

M.G. Clarke, 14
Mac Iver, 27
MacCormick, 200, 304,
361
Madinah, 106, 107, 108,
109, 350
Magna Charta, 92, 161,
183, 184
Mahfud M.D, 146, 355
Mahkamah Agung, 87,
118, 119, 174, 177, 181,
204, 215, 222, 224,
225, 226, 251, 252,
322, 332, 333, 339,
355, 363, 365
Mahkamah Konstitusi,
174, 215, 310, 318,
321, 322, 329, 330,
331, 332, 333, 334,
335, 336, 338, 339,
340, 342, 343, 344,
345, 349, 358, 366,
367, 368
Majid Khadduri, 107
materieele, 37
Maurice Duverger, 30
Maurice Hauriou, 150
Meinhard Schroder, 51
Mekkah, 106, 108

Michael Allen, 19, 70,
161, 247
Michael J. Allen, 70
Michael T. Molan, 30,
31, 71, 237
Moh. Kusnardi, 9, 16,
33, 34, 37, 54, 55, 74,
111, 135, 141, 211, 257,
268
Montgomery Watt, 107
Muhajirin, 108
Mukminin, 108
Muslimin, 58, 108, 357

N

Nabi Muhammad SAW,
311
Nasional Assembly, 298
Nicholson, 107
normwissenschaft, 47

O

O. Hood Phillips, 11, 31,
71, 72, 199, 239, 243,
244, 254
obsolete., 8
Oppenheim, 25, 51, 53,
55, 56
Orde Baru, 180, 218,
221, 223, 260, 319
ordinary law, 27, 28,
118

P

Padmo Wahyono, 126,
135, 201
Pahlawan Ampera, 213
Pancasila, 130, 151, 197,
198, 201, 202, 319
Paton George
Whitecross, 29, 156
Patricia Leopold, 11, 31,
71, 199, 239, 242, 244,
246, 254, 357
Patrick Gordon Walker,
261
Paul Jackson, 11, 31, 71,
199, 239, 242, 244,
246, 254
Paul Scholten, 25, 26
penyelidikan hukum, 59
Perancis, 15, 17, 20, 21,
30, 53, 92, 119, 121,
135, 138, 141, 166, 176,
277, 301, 322
Peraturan Pemerintah
(PP), 215, 219, 224
PERMA, 174, 204, 226
Peter Leyland, 83, 84
Phillips, 11, 29, 32, 72,
107, 115, 199, 239,
242, 244, 245, 246,
247, 250, 251, 357,
362
Piagam Madinah, 106,
107, 108, 109, 111, 112,
359

Pierre Gregoire
Tholosano, 92
Pitlo, 285, 291, 292,
300, 301
Plato, 95, 97, 98
PMK, 174, 204, 226,
335, 340, 366
Politeia, 91
politeia, 89, 93, 94, 95
PPNS, 324, 328
Prof. Dr. Djokosoetono,
16, 18
Prof. Dr. Jahnel Ilmar,
67, 68
PTUN, 87

Q

qiyas, 154, 155
Quraisy, 108

R

Raja Dyonisius II, 98
Raja Edward, 183
Rawlings, 83, 84, 353
Recht, 19, 34, 37, 48, 51,
53
regelendaad, 208, 324
Rengers Hora Siccama,
48, 49
Romawi, 90, 93, 100,
101, 102, 103, 104, 105
RUU, 114, 284, 285

S

Sabien Lust, 80
Scholten, 25, 26, 281,
294
Scotland, 185, 186, 187
Sir Ivor Jennings, 243,
245, 252, 264
Sir John Donaldson, 246
Skotlandia, 185
society, 11, 12, 13, 14, 84,
100, 319, 331, 337,
346
Soeharto, 180, 213, 315
Soekarno, 180, 234, 259,
268, 315
Sri Soemantri, 17, 22,
119, 120, 126, 135, 144,
171
staat in beweging, 35,
41, 51, 56, 318
staat in rust, 35, 41, 51,
55, 56
staatslehre, 19, 42, 43
Staatsrecht, 16, 25, 26,
37, 60, 62, 64, 70, 80,
124, 349, 354, 355,
360
Staatswissenschaft, 43
status quo, 99
Statute Law, 190
Stellinga, 61, 62, 63
stelselmatigheid, 37
Stoic, 103
strukturnal, 66, 328, 333
Struycken, 141, 267

Sudikno, 285, 291, 292,
300, 301
Summers, 304
Sutandyo, 290, 304
Syahrir, 229, 258
syari'at, 154

T

TAP, 204, 224
Terry Woods, 83, 84,
355
The Common Law, 188
the law of torts, 31
theorie, 19, 42, 48, 59,
60, 62, 63, 202
Thomas Paine, 19, 94,
200
Timur Tengah, 106
TLN-RI, 205
Tuhan, 66, 101, 104
Turki Usmani, 113

U

Ulpian, 102
Umar ibn Khattab, 110
Undang-Undang
Merton, 92
Uni Eropa, 6, 68, 69, 79
Uni Soviet, 20
Universitas Salzburg, 67,
68
Universitas Vienna, 67,
68

Utrecht, 157, 230, 232,
280, 281, 282, 290,
292, 293, 294, 297,
350, 360
Utsman ibn Affan, 110

V

van Apeldoorn, 27, 157
van der Pot, 26
Van der Pot, 360
van Vollenhoven, 24, 25,
37, 55, 56
Vegting, 63, 64, 65, 362
Vegting. Kranenburg, 63
verfassung, 17, 19, 21,
119, 124, 126, 127, 134,
137, 138, 139
verfassungslehre, 16, 35
Verfassungslehre, 16,
18, 124, 126, 128, 358
verfassungsrecht, 16, 19,
27, 35, 43, 44, 47, 86
Verfassungsrecht, 16, 17,
18, 41, 51, 68
Verwaltungsrechtlehre,
42
Visser't, 275, 278, 282,
283, 284, 291, 292,
294, 297, 299, 354

Visser't Hoft, 275, 278,
282, 291, 294, 297,
299
vorm, 37, 39, 126, 128

W

W.L. Newman, 95
Wade, 28, 268, 360
Wade and Phillips, 28,
268
Wet, 34
William Eskridge, 305
wilsovereen-stemming,
38
Wirjono Prodjodikoro,
15, 28, 45, 52, 233

Y

Yahudi, 108
Yastrib, 106
Yunani, 89, 90, 91, 94,
98, 100, 101, 102, 103,
105

Z

Zainal Abidin Ahmad,
107
Zaire, 189

TENTANG PENULIS



Nama Lengkap : Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H.
Alamat Rumah : Jl. Widya Chandra III No. 7,
Jakarta Selatan.
Telp.: 021-5227925.
HP : 0811-100120.
Email : jimly21@hotmail.com
Alamat Kantor : Mahkamah Konstitusi Republik
Indonesia
Jl. Medan Merdeka Barat No. 6-
7, Jakarta Pusat.
Telp/Faks.: 021-3522087.
Email :
jimly@mahkamahkonstitusi.go.id

Pendidikan:

1. Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1982 (Sarjana Hukum).
2. Fakultas Pasca Sarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 1984 (Magister Hukum).

3. Fakultas Pasca Sarjana Universitas Indonesia Jakarta (1986-1990), dan Van Vollenhoven Institute, serta Rechts-faculteit, Universiteit Leiden, program *doctor by research* dalam ilmu hukum (1990).
4. Post-Graduate Summer Refreshment Course on Legal Theories, Harvard Law School, Cambridge, Massachusetts, 1994.
5. Dan berbagai *short courses* lain di dalam dan luar negeri.

Pengabdian dalam Tugas Pemerintahan dan Jabatan Publik lainnya:

1. Pengajar Fakultas Hukum Universitas Indonesia sejak tahun 1981 sampai sekarang. Sejak tahun 1998 diangkat sebagai Guru Besar Hukum Tata Negara, dan sejak 16 Agustus 2003 berhenti sementara sebagai Pegawai Negeri Sipil (PNS) selama menduduki jabatan Hakim Konstitusi, sehingga berubah status menjadi Guru Besar Luar Biasa.
2. Anggota Tim Ahli Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia, 1988-1993.
3. Anggota Kelompok Kerja Dewan Pertahanan dan Keamanan Nasional (Wanhankamnas), 1985-1995.
4. Sekretaris Dewan Penegakan Keamanan dan Sistem Hukum (DPKSH), 1999.
5. Ketua Bidang Hukum Tim Nasional Reformasi Nasional Menuju Masyarakat Madani, 1998-1999, dan Penanggungjawab Panel Ahli Reformasi Konstitusi (bersama Prof. Dr. Bagir Manan, SH), Sekretariat Negara RI, Jakarta, 1998-1999.
6. Anggota Tim Nasional Indonesia Menghadapi Tantangan Globalisasi, 1996-1998.
7. Anggota Tim Ahli Panitia Ad Hoc I (PAH I), Badan Pekerja Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia dalam rangka Perubahan Undang-Undang Dasar 1945 (2001).

8. Senior Scientist bidang Hukum BPP Teknologi, Jakarta, 1990-1997.
9. Staf Ahli Menteri Pendidikan dan Kebudayaan Republik Indonesia, Jakarta, 1993-1998.
10. Anggota Tim Pengkajian Reformasi Kebijakan Pendidikan Nasional Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Jakarta, 1994-1997.
11. Asisten Wakil Presiden Republik Indonesia bidang Kesejahteraan Rakyat dan Pengentasan Kemiskinan, 1998-1999 (Asisten Wakil Presiden B.J. Habibie yang kemudian menjadi Presiden RI sejak Presiden Soeharto mengundurkan diri pada bulan Mei 1998).
12. Diangkat dalam jabatan akademis Guru Besar dalam Ilmu Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1998.
13. Koordinator dan Penanggungjawab Program Pasca Sarjana Bidang Ilmu Hukum dan Masalah Kenegaraan, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2000-2004.
14. Anggota Senat Akademik Universitas Indonesia, 2001-sekarang.
15. Penasehat Ahli Sekretariat Jenderal MPR-RI, 2002-2003.
16. Penasehat Ahli Menteri Perindustrian dan Perdagangan Republik Indonesia, 2002-2003.
17. Anggota tim ahli berbagai rancangan undang-undang di bidang hukum dan politik, Departemen Dalam Negeri, Departemen Kehakiman dan HAM, serta Departemen Perindustrian dan Perdagangan, sejak tahun 1997-2003.
18. Pengajar pada berbagai Diklatpim Tingkat I dan Tingkat II Lembaga Administrasi Negara (LAN) sejak tahun 1997-sekarang.
19. Pengajar pada kursus KSA dan KRA LEMHANNAS (Lembaga Pertahanan dan Keamanan Nasional) sejak 2002-sekarang.

20. Guru Besar Tidak Tetap pada Fakultas Hukum berbagai Universitas Negeri dan Swasta di Jakarta, Yogyakarta, Surabaya, dan Palembang.

Publikasi Ilmiah:

1. *Gagasan Kedaulatan dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, Jakarta: Ichtiar Baru-van Hoeve, 1994.
2. *Pembaruan Hukum Pidana di Indonesia*, Bandung: Angkasa, 1995.
3. *Pengumpulan Peran Pemerintah dan Parlemen dalam Sejarah*, Jakarta: UI-Press, 1996.
4. *Agenda Pembangunan Hukum di Abad Globalisasi*, Jakarta: Balai Pustaka, 1997.
5. *Undang-Undang Dasar 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas Masa Depan*, Jakarta: Universitas Indonesia, 1998.
6. *Reformasi B.J. Habibie: Aspek Sosial, Budaya dan Hukum*, Bandung: Angkasa, 1999. Edisi bahasa Inggris *Habibie's Reform: Socio-Cultural Aspect and the Legal System*, Bandung: Angkasa, 1999.
7. *Islam dan Kedaulatan Rakyat*, Jakarta: Gema Insani Press, 1997.
8. *Teori dan Aliran Penafsiran dalam Hukum Tata Negara*, Jakarta: InHilco, 1998.
9. *Pengantar Pemikiran Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia Tahun 1945*, Jakarta: The Habibie Center, 2001.
10. *Konsolidasi Naskah UUD 1945 Pasca Perubahan Keempat*, Jakarta: PSHTN FHUI, 2002.
11. *Mahkamah Konstitusi: Kompilasi Ketentuan UUD, UU, dan Peraturan tentang Mahkamah Konstitusi di 78 Negara*, Jakarta: PSHTN-FH-UI, 2003.
12. *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kelembagaan dalam UUD 1945*, Yogyakarta: FH-UII-Press, 2004.

13. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: MKRI-PSHTN FHUI, 2004.
14. *Memorabilia Dewan Pertimbangan Agung Republik Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press, 2005.
15. *Hukum Tata Negara dan Pilar-pilar Demokrasi*, Jakarta: Konstitusi Press, (cetakan pertama 2004, cetakan kedua 2005).
16. *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan pertama April 2005, cetakan kedua Mei 2005).
17. *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik, dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan pertama Juli 2005).
18. *Kemerdekaan Berserikat, Pembubaran Partai Politik, dan Mahkamah Konstitusi*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI (cetakan pertama November 2005).
19. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan pertama Juli 2005).
20. *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI (cetakan pertama November 2005).
21. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Yarsif Watampone (cetakan pertama November 2005).
22. *Hukum Acara Pengujian Undang-Undang*, Jakarta: Setjen dan Kepaniteraan MKRI (cetakan pertama November 2005).
23. *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan pertama Oktober 2005).
24. *Sengketa Kewenangan Antarlembaga Negara*, Jakarta: Konstitusi Press (cetakan kedua Februari 2006).

25. *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Jakarta: Konstitusi Press (bekerjasama dengan PT Syaamil Cipta Media, Bandung), 2006.
26. Ratusan makalah yang disampaikan dalam berbagai forum seminar, lokakarya dan ceramah serta yang dimuat dalam berbagai majalah dan jurnal ilmiah, ataupun dimuat dalam buku ontologi oleh penulis lain berkenaan dengan berbagai topik.