LSM Law Firm | Lubis, Santosa & Partners

Jakarta, 30 Oktober 2024

Yth.,
Majelis Hakim Agung Peninjauan Kembali Nomor 1003 PK/Pid.Sus/2024
di
Mahkamah Agung Republik Indonesia
Jl. Medan Merdeka Utara No. 9-13
Jakarta Pusat 10110

Hal : **PENDAPAT SAHABAT PENGADILAN UNTUK PERKARA PENINJAUAN KEMBALI NOMOR 1003 PK/PID.SUS/2024 ATAS NAMA TERPIDANA MARDANI H. MAMING**

A. IDENTITAS DAN KEPENTINGAN SAHABAT

Saya, **Prof. Dr. Todung Mulya Lubis, S.H., LL.M.**, sebagai seorang *jurist* dan Ahli Hukum Hak Asasi Manusia dengan ini memberikan pendapat saya sebagai seorang sahabat pengadilan sehubungan dengan Putusan Mahkamah Agung Nomor 3741 K/Pid.Sus/2023 *jo.* Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Tinggi Banjarmasin Nomor 3/PID.SUS-TPK/2023/PT BJM *jo.* Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Banjarmasin Nomor 40/Pid.Sus-TPK/2022/PN Bjm atas nama Mardani H. Maming yang merupakan bentuk *miscarriage of justice* (peradilan sesat).

Pendapat ini tidaklah dimaksudkan sebagai pembelaan bagi Mardani H. Maming. Saya menyusun pendapat ini karena nurani saya tergelitik melihat terjadinya pelanggaran hak atas *fair trial* yang terjadi. Di sisi yang lain, pendapat ini saya susun guna memberikan perspektif tambahan bagi Majelis Hakim Agung yang memeriksa perkara ini guna dapat memberikan putusan yang berkeadilan serta Berketuhanan yang Maha Esa.

B. RINGKASAN PENDAPAT

Secara umum, pendapat sahabat pengadilan ini akan menyoroti *miscarriage of justice* yang terjadi dalam perkara Mardani H. Maming. Secara lebih spesifik, pendapat ini akan mengungkap 3 wujud *miscarriage of justice* yang terjadi, yaitu:

1. Adanya pelanggaran terhadap hak atas *fair trial* berupa hak untuk diadili oleh lembaga peradilan yang tidak memihak (imparsial); dan
2. Adanya pelanggaran terhadap prinsip legalitas dengan cara melakukan analogi.

C. WUJUD *MISCARRIAGE OF JUSTICE* DALAM PERKARA MARDANI H. MAMING

Dalam konteks peradilan pidana, *miscarriage of justice* terjadi manakala hasil dari suatu peradilan dilakukan secara tidak adil atau tidak layak.[1] Acap kali, akibat dari *miscarriage of justice* adalah dijatuhinya pemidanaan terhadap orang yang tidak bersalah atau tidak terbukti melakukan tindak pidana.

Dalam perkara Mardani H. Maming, ada 2 wujud miscarriage of justice yang terjadi, yaitu: (i) pelanggaran terhadap hak atas *fair trial*; dan (ii) pelanggaran terhadap asas legalitas.

1. PELANGGARAN TERHADAP HAK ATAS *FAIR TRIAL*

Secara internasional, *miscarriage of justice* dan hak atas *fair trial* memiliki kaitan yang erat. Bahkan, *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR)—yang sudah diratifikasi oleh Indonesia melalui Undang-Undang No. 12 Tahun 2005—telah meletakkan *miscarriage of justice* di dalam ketentuan yang mengatur mengenai hak atas *fair trial*.[2]

---

[1] E.A. Pamungkas, *Peradilan Sesat: Membongkar Kesesatan Hukum di Indonesia*, (Yogyakarta: Navila Edea, 2010) hlm. 2.

[2] General Assembly of the United Nations, *International Covenant on Civil and Political Rights*, 16 December 1966, Pasal 14 ayat 6.

Secara spesifik, hak atas *fair trial* dari Mardani H. Maming yang dilanggar dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 3741 K/Pid.Sus/2023 *jo.* Putusan Nomor Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Tinggi Banjarmasin Nomor 3/PID.SUS-TPK/2023/PT BJM *jo.* Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Banjarmasin Nomor 40/Pid.Sus-TPK/2022/PN Bjm adalah hak untuk diadili oleh lembaga peradilan yang tidak memihak (imparsial), yang bukan cuma merupakan bagian dari hak asasi manusia yang dijamin pemenuhannya secara internasional [3], namun juga merupakan bagian dari hak konstitusional setiap warga negara Indonesia[4].

Hak untuk diadili oleh lembaga peradilan yang tidak memihak (imparsial) terlanggar utamanya karena baik Pengadilan Negeri Banjarmasin, Pengadilan Tinggi Banjarmasin, maupun Mahkamah Agung pada tingkat kasasi menunjukkan bias negatif terhadap Mardani H. Maming yang kemudian dimanifestasikan di dalam pertimbangannya.

Dengan mencermati Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Banjarmasin Nomor 40/Pid.Sus-TPK/2022/PN Bjm, maka setidaknya ada 2 bukti nyata yang menunjukkan keberpihakan hakim.

Bukti pertama adalah pertimbangan majelis hakim terhadap keadaan yang memberatkan. Di dalam Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Banjarmasin Nomor 40/Pid.Sus-TPK/2022/PN Bjm, majelis hakim mempertimbangkan 2 keadaan yang memberatkan Mardani H. Maming, yaitu: (i) perbuatan Mardani H. Maming bertentangan dengan

---

[3] *Ibid.*, Pasal 14 ayat 1.

[4] Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Pasal 24 ayat (1).

kebijakan Pemerintah dalam pemberantasan tindak pidana korupsi; dan (ii) Mardani H. Maming tidak merasa bersalah.[5]

Berdasarkan observasi saya, kedua keadaan memberatkan yang digunakan oleh majelis hakim ini merupakan keadaan kerap kali digunakan oleh pengadilan dalam mengadili tindak pidana korupsi.

Berikut adalah beberapa putusan anyar yang mengadili tindak pidana korupsi yang menggunakan kebijakan pemerintah dalam memberantas tindak pidana korupsi sebagai keadaan yang memberatkan:

No.	Nomor Putusan	Keadaan Memberatkan
a.	Putusan Pengadilan Negeri Medan No. 75/Pid.Sus-TPK/2024/PN Mdn	Perbuatan Terdakwa bertentangan dengan kebijakan Pemerintah yang gencar-gencarnya memberantas Tindak Pidana Korupsi[6]
b.	Putusan Pengadilan Negeri Pontianak No. 46/Pid.Sus-TPK/2024/PN Ptk	Terdakwa tidak mendukung program pemerintah dalam upaya pemberantasan korupsi, kolusi dan nepotisme[7]
c.	Putusan Pengadilan Negeri Pontianak No. 19/Pid.Sus-TPK/2024/PN Ptk	Tidak mendukung program pemerintah dalam upaya pemberantasan korupsi[8]

[5] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Banjarmasin, *Putusan No. 40/PID.SUS-TPK/2022/PN Bjm*, hlm. 586.

[6] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Medan, *Putusan No. 75/Pid/Sus-TPK/2024/PN Mdn,* hlm. 290.

[7] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Pontianak (1), *Putusan No. 46/Pid.Sus-TPK/2024/PN Ptk,* hlm. 184.

[8] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Pontianak (2), *Putusan No. 19/Pid.Sus-TPK/2024/PN Ptk,* hlm. 348.

d.	Putusan Pengadilan Negeri Ambon No. 35/Pid.Sus-TPK/2024/PN Amb	Perbuatan Terdakwa tidak mendukung program Pemerintah dalam hal pemberantasan Tindak Pidana Korupsi[9]
e.	Putusan Pengadilan Negeri Serang No. 18/Pid.Sus-TPK/2024/PN Srg	Perbuatan Terdakwa tidak sejalan dengan upaya Pemerintah dalam pemberantasan tindak pidana korupsi[10]
f.	Putusan Pengadilan Negeri Jambi No. 37/Pid.Sus-TPK/2024/PN Jmb	Perbuatan Terdakwa tidak mendukung program pemerintah dalam pemberantasan tindak pidana korupsi[11]
g.	Putusan Pengadilan Negeri Surabaya No. 62/Pid.Sus-TPK/2024/PN Sby	Perbuatan Terdakwa tidak mendukung program Pemerintah dalam rangka penyelenggaraan Negara yang bersih dan bebas dari korupsi, kolusi, dan nepotisme[12]
h.	Putusan Pengadilan Negeri Denpasar No. 27/Pid.Sus-TPK/2023/PN Dps	Perbuatan Terdakwa bertentangan dengan program pemerintah dalam pemberantasan tindak pidana korupsi[13]

Pertimbangan mengenai keadaan yang memberatkan ini merupakan perwujudan sikap pengadilan: bahwa pengadilan mendukung program pemerintah dalam pemberantasan korupsi. Pertanyaan sinis yang bisa diajukan adalah, bukankah memang korupsi harus diberantas?

---

[9] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Ambon (1), *Putusan No. 35/Pid.Sus-TPK/2024/PN Amb,* hlm. 180.

[10] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Serang, *Putusan No. 18/Pid.Sus-TPK/2024/PN Srg,* hlm. 193.

[11] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Jambi, *Putusan No. 37/Pid.Sus-TPK/2024/PN Jmb,* hlm. 290.

[12] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Surabaya, *Putusan No. 62/Pid.Sus-TPK/2024/PN Sby*, hlm. 431.

[13] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Denpasar, *Putusan No. 27/Pid.Sus-TPK/2023/PN Dps,* hlm. 324.

Benar. Namun perlu diingat bahwa dengan menjadikan suatu perbuatan sebagai tindak pidana, artinya negara telah melarang perbuatan tersebut untuk dilakukan dan bahwa pelakunya harus mempertanggungjawabkan perbuatannya. Menariknya, tidak pernah ada pertimbangan kondisi yang memberatkan pada kasus pembunuhan yang menyatakan "tindakan terdakwa bertentangan dengan program pemerintah dalam memberantas pembunuh". Apakah hal ini kemudian berarti bahwa pembunuhan tidak perlu dipidana? Tentu tidak. Sebab, dengan dijadikannya suatu perbuatan sebagai tindak pidana, artinya negara telah melarang perbuatan tersebut untuk dilakukan dan bahwa pelakunya harus mempertanggungjawabkan perbuatannya.

Pada sisi yang lain, pernyataan sikap dari pengadilan ini jelas menempatkan pengadilan pada posisi yang tidak lagi imparsial. Pengadilan sudah memiliki bias negatif pada terdakwa pada kasus tindak pidana korupsi. Secara sadar atau tidak sadar, bias ini sudah barang tentu berpengaruh pada cara hakim memandang dan memutus perkara. Hakim yang sudah menyatakan sikapnya untuk mendukung kebijakan pemerintah akan memiliki tendensi untuk membuktikan sikapnya itu dengan cara menjatuhkan pidana.

Untuk pertimbangan mengenai kondisi memberatkan kedua, berikut adalah beberapa putusan yang mengadili tindak pidana korupsi yang menggunakan tidak mengakui perbuatan sebagai keadaan yang memberatkan:

No.	Nomor Putusan	Keadaan Memberatkan
a.	Putusan Pengadilan Tinggi Pekanbaru No. 1/PID.SUS-TPK/2021/PT-PBR	Terdakwa tidak mengakui perbuatannya dan tidak ada rasa penyesalan, sementara perbuatan yang dilakukan

		terdakwa sudah dilakukan selama 3 tahun berturut-turut[14]
b.	Putusan Pengadilan Tinggi DKI Jakarta No. 9/PID.SUS-TPK/2019/PT.DKI	Terdakwa tidak mengakui perbuatannya[15]
c.	Putusan Pengadilan Tinggi Banda Aceh No. 5/PID.SUS/TIPIKOR/2020/PT BNA	Terdakwa tidak mengakui perbuatannya[16]
d.	Putusan Pengadilan Tinggi Padang No. 117/TIPIKOR/2020/PT PDG	Terdakwa tidak mengakui perbuatannya[17]
e.	Putusan Pengadilan Negeri Bengkulu No. 10/Pid.Sus-TPK/2021/PN Bgl	Terdakwa tidak mengakui perbuatannya dan berbelit-belit dalam memberikan keterangan[18]
f.	Putusan Pengadilan Negeri Ambon No. 15/Pid.Sus-TPK/2019/PN Amb	Terdakwa selama persidangan tidak mengakui perbuatannya[19]

Pertimbangan macam ini merupakan pelanggaran nyata terhadap hak ingkar yang dimiliki oleh terdakwa sebagaimana dijamin dalam Pasal 66 Undang-Undang No. 8 Tahun 1981 tentang Hukum Acara Pidana (KUHAP), Pasal 17 ayat (1) Undang-Undang No. 48 Tahun 2009 tentang

---

[14] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Tinggi Pekanbaru, *Putusan No. 1/PID.SUS-TPK/2021/PT-PBR,* hlm. 118.

[15] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Tinggi DKI Jakarta, *Putusan No. 9/PID.SUS-TPK/2019/PT.DKI,* hlm. 71.

[16] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Tinggi Banda Aceh, *Putusan No. 5/PID.SUS/TIPIKOR/2020/PT BNA,* hlm. 57.

[17] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Tinggi Padang, *Putusan No. 117/TIPIKOR/2020/PT PDG,* hlm. 55.

[18] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Bengkulu, *Putusan No. 10/Pid.Sus-TPK/2021/PN Bgl,* hlm. 142.

[19] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Ambon (2), *Putusan No. 15/Pid.Sus-TPK/2019/PN Amb,* hlm. 343.

Kekuasaan Kehakiman, maupun Pasal 14 ayat (3) huruf g ICCPR. Yang terjadi dengan menyatakan bahwa tidak mengakui perbuatan sebagai keadaan yang memberatkan adalah, hakim menjadikan penggunaan hak terdakwa sebagai kekeliruan dan karenanya harus dihukum dengan cara memperberat pidana yang dijatuhkan. Dengan kata lain, pertimbangan semacam ini merupakan wujud dari ketidaknetralan hakim karena secara langsung "menghukum" terdakwa karena menggunakan haknya.

Dengan memperhatikan kedua kondisi yang memberatkan ini dan mengamati pula putusan-putusan pada perkara tindak pidana korupsi yang saya rujuk di atas, dapatlah ditarik suatu kesimpulan awal bahwa semangat dari pengadilan bukan lagi untuk menegakkan hukum dan keadilan, namun untuk mengkriminalisasi terdakwa pada kasus tindak pidana korupsi.

"*Lebih baik mengkriminalisasi daripada menghadapi caci maki.*" Mungkin inilah yang ada di benak hakim. Pemikiran yang sangat mungkin muncul—namun sangat berbahaya—karena besarnya kebencian masyarakat terhadap korupsi.

Bukti kedua mengenai ketidaknetralan pengadilan dalam perkara Mardani H. Maming adalah penggunaan alat bukti yang dipilih-pilih (*cherry picking*). Di dalam Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Banjarmasin Nomor 40/Pid.Sus-TPK/2022/PN Bjm, hakim menyatakan bahwa pemberian "hadiah" dari (Alm.) Henry Soetio kepada Mardani H Maming dikemas dengan perjanjian pembagian *fee* Jasa Pelabuhan dan pembagian dividen.[20]

[20] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Banjarmasin, *Putusan No. 40/PID.SUS-TPK/2022/PN Bjm*, hlm. 578.

Equity Tower, 12th Floor Sudirman Central Business District (SCBD)
Jl. Jend. Sudirman Kav. 52-53 Jakarta - 12190, Indonesia

Phone : (62-21) 2903 5900
Fax : (62-21) 2903 5909

lsmlaw.co.id

Yang celaka dari pertimbangan di atas adalah, pertimbangan tersebut hanya berdasar pada keterangan saksi yang tidak langsung (*testominium de auditu*) dari Saksi Junaidi.

Dalam Berita Acara Penyidikan yang kemudian ditegaskan dalam persidangan, Junaidi mengatakan (Alm.) Henry Soetio bercerita kepadanya kalau pemberian *fee* (atas pengalihan Izin Usaha Pertambangan [IUP]) diberikan kepada Mardani H. Maming melalui pemberian uang yang dikemas melalui perjanjian pembagian *fee* jasa pelabuhan dan pembagian dividen melalui perusahaan-perusahaan kosong milik Mardani H Maming.[21] Lebih lanjut, saksi Junaidi juga menyatakan bahwa (Alm.) Henry Soetio tidak lagi membayar *fee* setelah tahun 2019 karena Mardani H. Maming sudah tidak lagi menjabat sebagai bupati.[22]

Sebagai hasil dari perumusan Pasal 185 KUHAP, jelaslah bahwa keterangan Saksi Junaidi tidak cukup bagi hakim untuk mengambil kesimpulan tanpa memperhatikan kesesuaiannya dengan alat bukti lainnya sebagaimana dikatakan dalam adagium "*unus testis nullus testis*".

Keterangan Saksi Junaidi, selain karena bukan keterangan langsung, juga bermasalah karena tidak ada keterangan lain yang dapat memverifikasinya. Bahkan, keterangannya tidak sesuai dengan fakta-fakta persidangan yang ada dan termuat di dalam Putusan Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Banjarmasin Nomor 40/Pid.Sus-TPK/2022/PN Bjm sebagaimana saya rangkum dalam tabel berikut:

---

[21] Pengadilan Tindak Pidana Korupsi pada Pengadilan Negeri Banjarmasin, *Putusan No. 40/PID.SUS-TPK/2022/PN Bjm*, hlm. 111.

[22] *Ibid.*

No.	Poin Keterangan Saksi Junaidi	Fakta Persidangan
a.	Pembagian *fee* dan dividen adalah pemberian hadiah.	- *Fee* jasa pelabuhan diberikan dari hasil keuntungan pengoperasian pelabuhan PT Angsana Terminal Utama (PT ATU) sebagaimana disampaikan oleh Saksi Yuliana[23] dan Saksi Eka Risnawati[24] serta didukung oleh perjanjian-perjanjian yang ada. - Pembagian dividen dilakukan sesuai dengan komposisi saham yang dimiliki sebagaimana terbukti dari keterangan Saksi Rois Sunandar serta tagihan pembayaran yang disampaikan oleh PT Angsana Terminal Utama maupun PT Prolindo Cipta Nusantara.[25]
b.	Perusahaan milik Mardani H. Maming adalah perusahaan cangkang.	PT Permata Abadi Raya (PT PAR) bukanlah perusahaan cangkang untuk menerima dana, melainkan memang perusahaan yang aktif sebagaimana terbukti dari laporan keuangan PT PAR.[26]
c.	Pembayaran *fee* setelah tahun 2019 dihentikan karena Mardani H. Maming sudah tidak lagi menjabat sebagai bupati.	Terhentinya pembayaran setelah tahun 2019 disebabkan oleh memburuknya kondisi keuangan dari PT Prolindo Cipta Nusantara sebagaimana terbukti dari keterangan Saksi Rosmalia Parlindungan dan Putusan Pengadilan Niaga No. 412/Pdt.Sus-PKPU/2021/PN Niaga.Jkt.Pst. [27]

[23] *Ibid.*, hlm. 445.

[24] *Ibid.*, hlm. 284, hlm. 287, hlm. 291, hlm. 297, hlm. 299, hlm. 300, hlm. 306 dan hlm. 307.

[25] *Ibid.*,, hlm. 238-239, hlm. 241-242, hlm. 247, dan hlm. 248-249.

[26] *Ibid.*, hlm. 287.

[27] *Ibid.*, hlm. 314-315.

Tabel di atas secara jelas menunjukkan bahwa hakim lebih memilih untuk percaya pada keterangan 1 saksi tidak langsung dan dakwaan dari penuntut umum, daripada melihat pelbagai alat bukti lain yang membuktikan hal yang sebaliknya. Pertanyaannya kemudian adalah mengapa?

Entah apa yang mendorong hal ini terjadi, namun dengan memperhatikan tren pada kondisi yang memberatkan sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, dapatlah dikatakan bahwa pola pikir hakim yang fokus untuk mengkriminalisasi menjadi faktor penting di balik ketidaknetralan yang terjadi ini.

Dalam konteks hukum hak asasi manusia secara internasional, bias dari hakim terhadap perkara yang ditanganinya merupakan bentuk pelanggaran terhadap imparsialitas peradilan. Berikut adalah beberapa putusan dari European Court of Human Rights berkenaan dengan hal ini:

a. Buscemi v. Italia (Application No. 29569/95):

> *"68. The Court considers, as the Commission did, that the fact that the **President of the court publicly used expressions which implied that he had already formed an unfavourable view of the applicant's case** before presiding over the court that had to decide **it clearly appears incompatible with the impartiality required of any court**, as laid down in Article 6 § 1 of the Convention. The statements made by the President of the court were such as to objectively justify the applicant's fears as to his impartiality (see, mutatis mutandis, the Ferrantelli and Santangelo v. Italy judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III, p. 952, §§ 59 and 60)."*[28]

Terjemahan bebasnya:

> *"68. Mahkamah berpendapat, sebagaimana yang dilakukan Komisi, fakta bahwa Ketua Mahkamah secara terbuka menggunakan ungkapan yang menyiratkan bahwa ia telah*

[28] European Court of Human Rights (1), *Case of Buscemi v. Italy (Application No. 29569/95)*, 16 September 1999, angka 68.

membentuk pandangan yang tidak menguntungkan terhadap kasus pemohon sebelum memimpin pengadilan yang harus memutuskannya jelas tampak tidak sesuai dengan imparsialitas yang dituntut dari pengadilan mana pun, sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 6 § 1 Konvensi. Pernyataan yang dibuat oleh Ketua Mahkamah sedemikian rupa sehingga secara objektif membenarkan ketakutan pemohon mengenai imparsialitasnya (lihat, mutatis mutandis, putusan Ferrantelli dan Santangelo v. Italia tanggal 7 Agustus 1996, Laporan 1996-III, hlm. 952, §§ 59 dan 60)."

b. Findlay v. Inggris Raya (Application No. 22108/93):

"*73. The Court recalls that in order to establish whether a tribunal can be considered as 'independent', regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence (see the Bryan v. the United Kingdom judgment of 22 November 1995, Series A no. 335-A, p. 15, para. 37).*
***As to the question of 'impartiality'**, there are two aspects to this requirement. First, **the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias**. Secondly, **it must also be impartial from an objective viewpoint**, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (see the Pullar v. the United Kingdom judgment of 10 June 1996, Reports 1996-III, p. 792, para. 30)."*[29]

Terjemahan bebasnya:

"73. Mahkamah mengingat bahwa untuk menetapkan apakah suatu majelis dapat dianggap 'independen', harus diperhatikan, antara lain, cara pengangkatan anggotanya dan masa jabatan mereka, keberadaan jaminan terhadap tekanan dari luar dan pertanyaan apakah badan tersebut menunjukkan kesan independen (lihat putusan Bryan v. Inggris Raya tanggal 22 November 1995, Seri A no. 335-A, hlm. 15, paragraf 37).
Mengenai pertanyaan tentang 'ketidakberpihakan', ada dua aspek dari persyaratan ini. Pertama, majelis harus bebas secara subjektif dari prasangka atau bias pribadi. Kedua, majelis juga harus tidak memihak dari sudut pandang

[29] European Court of Human Rights (2), *Case of Findlay v. United Kingdom (Application No. 22108/93)*, 25 Februari 1997, angka 73.

objektif, yaitu, majelis harus menawarkan jaminan yang cukup untuk menyingkirkan keraguan yang sah dalam hal ini (lihat putusan Pullar v. Inggris Raya tanggal 10 Juni 1996, Laporan 1996-III, hlm. 792, paragraf 30)."

c. Pullar v. Inggris Raya (Application No. 22399/93):

"30. It is well established in the case-law of the Court that there are two aspects to the ***requirement of impartiality*** *in Article 6 para (art. 6-1). First,* ***the tribunal must be subjectively impartial, that is, no member of the tribunal should hold any personal prejudice or bias****. Personal impartiality is to be presumed unless there is evidence to the contrary. Secondly, the tribunal must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (see, for instance, the Fey v. Austria judgment of 24 February 1993, Series A no. 255-A, p. 12, para. 28)."*[30]

Terjemahan bebasnya:

"30. Telah ditetapkan dengan baik dalam yurisprudensi Mahkamah bahwa ada dua aspek persyaratan imparsialitas dalam Pasal 6 ayat (pasal 6-1). Pertama, majelis harus imparsial secara subjektif, yaitu, tidak ada anggota majelis yang boleh memiliki prasangka atau bias pribadi. Imparsialitas pribadi harus dianggap ada kecuali ada bukti yang menyatakan sebaliknya. Kedua, majelis juga harus imparsial dari sudut pandang objektif, yaitu, harus menawarkan jaminan yang cukup untuk menyingkirkan keraguan yang sah dalam hal ini (lihat, misalnya, putusan Fey v. Austria tanggal 24 Februari 1993, Seri A no. 255-A, hlm. 12, para. 28)."

Apa pun yang mendorong hakim untuk bersikap tidak netral, faktanya adalah peradilan yang imparsial memang tidak ada dalam proses peradilan bagi Mardani H. Maming. Faktanya pula adalah, bahwa hak atas *fair trial* Mardani H. Maming sudah dilanggar. Dengan demikian pula, adalah fakta bahwa telah terjadi *miscarriage of justice* dalam perkara Mardani H. Maming.

---

[30] European Court of Human Rights (3), *Case of Pullar v. United Kingdom (Application No. 22399/93)*, 10 Juni 1996, angka 30.

2. **PELANGGARAN TERHADAP ASAS LEGALITAS**

Wujud *miscarriage of justice* lain terjadi dalam perkara Mardani H. Maming adalah dilanggarnya asas legalitas—yang merupakan dasar dari hukum pidana—melalui penggunaan analogi. Pelanggaran ini terjadi penuntut umum dan hakim sama-sama memaknai *fee* yang diperjanjikan dan dividen dalam perseroan terbatas sebagai "hadiah" sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 huruf b Undang-Undang No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah melalui Undang-Undang No. 20 Tahun 2001 (UU Tipikor).

Dengan menggunakan pola pikir hakim dalam Putusan Mahkamah Agung Nomor 3741 K/Pid.Sus/2023, Putusan Pengadilan Tinggi Banjarmasin Nomor 3/PID.SUS-TPK/2023/PT BJM, serta Putusan Pengadilan Negeri Banjarmasin Nomor 40/Pid.Sus-TPK/2022/PN Bjm: bahwa pembayaran *fee* dan pemberian dividen adalah "hadiah" sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 huruf b UU Tipikor, maka ruang lingkup dari Pasal 12 huruf b UU Tipikor menjadi meluas secara tidak terkendali karena telah terjadi analogi.

Jika pelaksanaan prestasi dari sebuah perjanjian yang dibuat secara sah dikatakan sebagai "hadiah" dalam konteks tindak pidana korupsi, maka berapa banyak orang yang bisa tersangkut dalam kasus korupsi?

Pemaknaan macam ini malah membuat perbuatan yang dilarang menjadi sesuatu yang sama sekali berbeda. Dengan pemaknaan bahwa pelaksanaan prestasi dari sebuah perjanjian yang dibuat secara sah adalah "hadiah" dalam konteks tindak pidana korupsi, maka ***perbuatan yang dilarang jadinya adalah membuat perjanjian dengan pihak yang terkait dengan penyelenggara negara***.

Jika pembagian dividen kepada pemegang saham dalam suatu perseroan terbatas dikatakan sebagai "hadiah" dalam konteks tindak pidana korupsi, maka berapa banyak orang yang bisa tersangkut dalam kasus korupsi?

Lagi-lagi, pemaknaan macam ini malah membuat perbuatan yang dilarang menjadi sesuatu yang sama sekali berbeda. Dengan pemaknaan bahwa pembagian dividen kepada pemegang saham dalam suatu perseroan terbatas adalah "hadiah" dalam konteks tindak pidana korupsi, maka ***perbuatan yang dilarang jadinya adalah menjadikan pihak yang terkait dengan penyelenggara negara sebagai pemegang saham dalam perseroan terbatas***.

Dengan kata lain, hakim justru menciptakan tindak pidana baru melalui pemaknaan yang dilakukannya. Analogi yang dilakukan oleh hakim ini tak hanya membuat masyarakat dan penegak hukum menjadi tak lagi tahu mengenai apa yang diatur oleh Pasal 12 huruf b UU Tipikor, namun juga merupakan pelanggaran terhadap asas legalitas.

Secara internasional, kepatuhan terhadap asas legalitas dalam hukum pidana merupakan bagian dari hak asasi manusia. ICCPR secara khusus menempatkan asas legalitas di dalam Pasal 15. Dalam konteks nasional, hak serupa diakui sebagai hak untuk memperoleh keadilan sebagaimana diatur dalam Pasal 18 ayat (2) Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (UU HAM).

Selain itu, pemaknaan terhadap asas legalitas yang diambil oleh European Court of Human Rights pun mensyaratkan tidak dilakukannya analogi sebagaimana terlihat dari beberapa putusan berikut ini:

a. Kokkinakis v. Yunani (Application No. 14307/88):

> "*52. The Court points out that Article 7 para. 1 (art. 7-1) of the Convention is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and the principle that* ***the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by***

***analogy**; it follows from this that an offence must be clearly defined in law. **This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision** and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him liable."*[31]

Terjemahan bebasnya:

"52. Mahkamah menunjukkan bahwa Pasal 7 ayat 1 (pasal 7-1) Konvensi tidak terbatas pada pelarangan penerapan hukum pidana secara retrospektif yang merugikan terdakwa. Pasal ini juga memuat, secara lebih umum, asas bahwa hanya undang-undang yang dapat mendefinisikan kejahatan dan menetapkan hukuman (nullum crimen, nulla poena sine lege) dan asas bahwa hukum pidana tidak boleh ditafsirkan secara luas yang merugikan terdakwa, misalnya dengan analogi; dari sini dapat disimpulkan bahwa suatu tindak pidana harus didefinisikan dengan jelas dalam undang-undang. Kondisi ini terpenuhi jika individu dapat mengetahui dari kata-kata ketentuan yang relevan dan, jika perlu, dengan bantuan penafsiran pengadilan terhadapnya, tindakan dan kelalaian apa yang akan membuatnya bertanggung jawab."

b. Scoppola v. Itali (No. 2) (Application No. 10249/03):

*"93. Article 7 § 1 of the Convention goes beyond prohibition of the retrospective application of criminal law to the detriment of the accused. It also sets forth, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege). While it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down **the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy** (see, among other authorities, Coëme and Others v. Belgium, nos. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 and 33210/96, § 145, ECHR 2000-VII).*
*94. **It follows that offences and the relevant penalties must be clearly defined by law**. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable (see Kokkinakis v. Greece, 25*

[31] European Court of Human Rights (4), *Case of Kokkinakis v. Greece (Application No. 14307/88)*, 25 Mei 1993, angka 52.

May 1993, § 52, Series A no. 260-A; Achour, cited above, § 41; and Sud Fondi Srl and Others v. Italy, no. 75909/01, § 107, 20 January 2009)."[32]

Terjemahan bebasnya:

"93. Pasal 7 § 1 Konvensi melampaui larangan penerapan hukum pidana secara retrospektif yang merugikan terdakwa. Pasal ini juga menetapkan, secara lebih umum, prinsip bahwa hanya undang-undang yang dapat mendefinisikan kejahatan dan menetapkan hukuman (nullum crimen, nulla poena sine lege). Sementara pasal ini melarang secara khusus perluasan cakupan pelanggaran yang ada ke tindakan yang sebelumnya bukan merupakan pelanggaran pidana, pasal ini juga menetapkan prinsip bahwa hukum pidana tidak boleh ditafsirkan secara luas yang merugikan terdakwa, misalnya dengan analogi (lihat, di antara otoritas lainnya, Coëme dan Lainnya v. Belgia, no. 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 dan 33210/96, § 145, ECHR 2000-VII). 94. Oleh karena itu, pelanggaran dan hukuman yang relevan harus ditetapkan dengan jelas oleh undang-undang. Persyaratan ini terpenuhi jika individu dapat mengetahui dari rumusan ketentuan yang relevan dan, jika perlu, dengan bantuan interpretasi pengadilan, tindakan dan kelalaian apa yang akan membuatnya bertanggung jawab secara pidana (lihat Kokkinakis v. Yunani, 25 Mei 1993, § 52, Series A no. 260-A; Achour, dikutip di atas, § 41; dan Sud Fondi Srl dan Lainnya v. Italia, no. 75909/01, § 107, 20 Januari 2009)."

c. Yuksel Yalcinkaya v. Turki (Application No. 15669/20):

"*238. Article 7 of the Convention is not confined to prohibiting the retroactive application of criminal law to the disadvantage of an accused. It also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty (nullum crimen, nulla poena sine lege) and* ***the principle that criminal law must not be extensively construed to the detriment of an accused, for instance by analogy****. From these principles it follows that* ***an offence must be clearly defined in law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision*** *and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable. When*

[32] European Court of Human Rights (5), *Case of Scoppola v. Italy (No. 2) (Application No. 10249/03)*, 17 September 2009, angka 93 dan 94.

speaking of 'law', Article 7 alludes to the very same concept as that to which the Convention refers elsewhere when using that term, a concept which comprises written as well as unwritten law and implies qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability (see, among other authorities, Streletz, Kessler and Krenz v. Germany [GC], nos. 34044/96, 35532/97, 44801/98, § 50, ECHR 2001-II, and Del Río Prada, cited above, § 91)."[33]

Terjemahan bebasnya:

"*238. Pasal 7 Konvensi tidak terbatas pada pelarangan penerapan hukum pidana secara retroaktif yang merugikan terdakwa. Pasal ini juga memuat, secara lebih umum, asas bahwa hanya undang-undang yang dapat mendefinisikan kejahatan dan menetapkan hukuman (nullum crimen, nulla poena sine lege) dan asas bahwa hukum pidana tidak boleh ditafsirkan secara luas yang merugikan terdakwa, misalnya dengan analogi. Dari asas-asas ini dapat disimpulkan bahwa suatu tindak pidana harus didefinisikan dengan jelas dalam undang-undang. Persyaratan ini terpenuhi apabila individu dapat mengetahui dari kata-kata ketentuan yang relevan dan, jika perlu, dengan bantuan penafsiran pengadilan terhadapnya, tindakan dan kelalaian apa yang akan membuatnya bertanggung jawab secara pidana. Ketika berbicara tentang 'undang-undang', Pasal 7 mengacu pada konsep yang sama dengan yang dirujuk Konvensi di tempat lain ketika menggunakan istilah tersebut, sebuah konsep yang mencakup hukum tertulis maupun tidak tertulis dan menyiratkan persyaratan kualitatif, terutama persyaratan aksesibilitas dan prediktabilitas (lihat, di antara otoritas lainnya, Streletz, Kessler dan Krenz v. Jerman [GC], nos. 34044/96, 35532/97, 44801/98, § 50, ECHR 2001-II, dan Del Río Prada, dikutip di atas, § 91).*"

Berdasarkan uraian di atas, pertimbangan hakim yang memaknai *fee* yang diperjanjikan dan dividen dalam perseroan terbatas sebagai "hadiah" sebagaimana dimaksud dalam Pasal 12 huruf b UU Tipikor tak hanya melanggar asas legalitas dalam hukum pidana, namun juga merupakan pelanggaran terhadap hak asasi manusia sebagaimana diakui dan dijamin berdasarkan Pasal 15 ICCPR dan Pasal 18 ayat (2) UU HAM.

---

[33] European Court of Human Rights (6), *Case of Yuksel Yalcinkaya v. Turkiye (Application No. 15669/20),* 26 September 2023, angka 238.

D. KESIMPULAN DAN REKOMENDASI

Dengan mencermati berkas perkara Mardani H. Maming serta melihat adanya *miscarriage of justice*, maka menjadi suatu ketidakadilan manakala Mardani H. Maming tetap harus mendekam di balik jeruji besi.

Penting rasanya untuk menilik kembali salah satu kasus *miscarriage of justice* di Indonesia, yaitu Sengkon dan Karta. Keduanya dipidana karena dituduh melakukan perampokan dan pembunuhan meski bukan mereka yang melakukannya. Besarnya ketidakadilan dalam kasus ini mendorong Mahkamah Agung di tahun 1980 untuk memperkenalkan lembaga peninjauan kembali di Indonesia. Dengan kata lain, peninjauan kembali di Indonesia merupakan simbol dari upaya perbaikan sistem peradilan dan juga simbol bahwa *miscarriage of justice* merupakan suatu kenyataan.

Simbol ini haruslah dihidupkan kembali. Peninjauan kembali seyogianya kembali pada marwahnya, yaitu sebagai lembaga pengoreksi guna mewujudkan keadilan. Ke-luar-biasa-an dari peninjauan kembali adalah dari kemampuannya untuk membuka kembali suatu putusan yang sudah berkekuatan hukum tetap, semata-mata demi keadilan.

Ketika ketidakadilan terjadi, maka tugas dari lembaga peninjauan kembali adalah untuk menemukan dan memberikan keadilan itu. Karena sudah terjadi *miscarriage of justice* dalam perkara Mardani H. Maming, maka seyogianya Mardani H. Maming dinyatakan bebas (*vrijspraak*).

Demikian pendapat sahabat pengadilan ini saya sampaikan.

Jakarta, 30 Oktober 2024

Prof. Dr. Todung Mulya Lubis, S.H., LL.M.