

Dr. Lusia Indrastuti, S.H, M.Si, M.H.

Memahami

**Hukum Tata Negara
dan Perkembangan
Ketatanegaraan**

di INDONESIA



media

**MEMAHAMI HUKUM TATA NEGARA
DAN PERKEMBANGAN
KETATANEGARAAN DI INDONESIA**

Sanksi Pelanggaran Pasal 113 Undang-undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, sebagaimana yang diatur dan diubah dari Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002, bahwa:

Kutipan Pasal 113

- (1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000,00 (seratus juta rupiah).
- (2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf e, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah).
- (3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah).
- (4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,00 (empat miliar rupiah).

**MEMAHAMI HUKUM TATA NEGARA
DAN PERKEMBANGAN
KETATANEGARAAN DI INDONESIA**

Dr. Lusia Indrastuti, S.H, MS.i, M.H.

Penerbit
Total Media Yogyakarta

**Memahami Hukum Tata Negara dan
Perkembangan Ketatanegaraan di Indonesia**

Penulis:
Dr. Lusla Indrastuti, S.H, M.Si, M.H.

Tata Letak & Rancang Sampul:
Bang Joedin HE

Penerbit:
Kreasi Total Media
Kauman GM 1 / 332 RT 46 RW 12 Yogyakarta 55122
Telp./Faks: 0274-375314
e-mail: totalmedia_publish@yahoo.co.id

cetakan I, Oktober 2015
xii + 329 hlm., 16 x 23 cm
ISBN: 978-602-19601-8-9

PRAKATA

Hukum tata negara merupakan salah satu disiplin ilmu hukum yang perkembangannya terus melaju pesat di Indonesia, seiring dengan

perubahan-perubahan tipikal struktur politik, dan struktur sosial masyarakat yang kian mengalami pergeseran signifikan. Keilmuan hukum tata negara dituntut untuk mampu membaca proses dan proses yang berlangsung tersebut, dan menghadirkannya secara ilmiah baik ke hadapan publik akademik, maupun khalayak umum.

Seperti kita ketahui, pada tahun 1997, di Indonesia muncul tuntutan reformasi dalam berbagai bidang kehidupan, termasuk tuntutan untuk mereformasi konstitusi (UUD 1945). Tuntutan tersebut terpenuhi, UUD 1945 mengalami perubahan sebanyak empat kali yaitu pada tahun 1999, 2000, 2001 dan 2001. Naskah UUD 1945 yang awalnya hanya berisi 71 ketentuan pasal dan ayat setelah empat kali mengalami perubahan, menjadi 199 ketentuan. Hal tersebut mengubah secara mendasar sistem ketatanegaraan Indonesia. Proses dan prospek perubahan tersebut memerlukan buku-buku baru yang dapat menggambarkan/menjelaskan realitas dari reformasi konstitusi yang tengah berlangsung.

Buku yang tersaji dihadapan anda, mengambil Judul *Memahami Hukum Tata Negara dan Perkembangan Ketatanegaraan di Indonesia*, dengan maksud agar dapat dipergunakan sebagai bahan/pengantar dalam mempelajari, memahami dan mengimplementasikan perkembangan hukum tata negara pasca amandemen dalam sistem ketatanegaran di Indonesia.

Buku ini terbagi ke dalam delapan Bab. Pada Bab I, mengulas tentang lingkup kajian hukum tata negara, pengertian, dan perbedaan-perbedaannya. pada Bab II, membahas tentang sumber-sumber hukum tata negara secara umum, dilanjutkan dengan sumber-sumber hukum tata negara Indonesia, ditambah dengan penjelasan mengenai hirarki perundang-undangan.

Kemudian, pada Bab III, membahas tentang konsepsi negara hukum, asas dan prinsip-prinsipnya. Berikut, pada Bab IV mengulas tentang konstitusi. Pada Bab V mengulas konstitusi di Indonesia, sejarah, dan reformasi konstitusi. Sementara pada Bab VI membahas problematika

reformasi konstitusi di Indonesia secara spesifik. Lalu dalam Bab VII mengenai praktik demokrasi dan problem tolak-tarik politik hukum di Indonesia. dan terakhir, pada Bab VIII membahas pengantar memahami konsep pemerintahan desa dan problematikanya.

Demikian konstruksi buku ini, diharapkan dapat membantu para mahasiswa dan khalayak umum untuk mengenal keilmuan hukum tata negara, dan memahami bagaimana praktik ketatanegaraan di Indonesia.

Penulis mengucapkan terima kasih yang mendalam kepada semua pihak yang terlibat dalam penyusunan buku ini. Juga kepada Total Media Yogyakarta yang telah mempublikasi naskah ini.

Salam konstitusi.

Surakarta, 08 Oktober 2015

Lusia Indrastuti

DAFTAR ISI

SEKAPUR SIRIH – 2

BAB I

MEMBEDAH LINGKUP HUKUM TATA NEGARA

A. KEILMUAN HUKUM TATA NEGARA - 1

1. Negara Sebagai Obyek – 4
2. Tipikal Negara Lintas Zaman – 22
3. Pengertian dan Lingkup Kajian Hukum Tata Negara - 25

B. BEBERAPA PEMBEDAAN DALAM HUKUM TATA NEGARA – 31

1. Formal-Materiil – 31
2. Hukum Tata Negara Umum dan Positif – 32
3. Statis-Dinamis - -32

BAB II

SUMBER HUKUM TATA NEGARA

A. PERISTILAHAN DAN PENGERTIAN - 33

B. SUMBER HUKUM TATA NEGARA – 37

C. KONVENSI KETATANEGARAAN – 39

D. SUMBER–SUMBER HUKUM TATA NEGARA DI INDONESIA - 44

1. Undang-Undang Dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis – 44
2. Yurisprudensi – 47
3. Konvensi ketatanegaraan – 48
4. Hukum internasional – 53

E. HIERARKI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI INDONESIA – 54

BAB III

NEGARA HUKUM

A. KONSEP NEGARA HUKUM - 56

B. ASAS-ASAS NEGARA HUKUM – 57

C. PRINSIP NEGARA HUKUM – 60

BAB IV

NEGARA DAN KONSTITUSI

A. PENGERTIAN DAN HAKIKAT KONSTITUSI - 75

B. NILAI DAN SIFAT KONSTITUSI - 82

1. Nilai Konstitusi – 82

2. Konstitusi Luwes (*Flexible*) dan Konstitusi Kaku (*Rigid*) – 83

C. PEMBAGIAN, DAN PENGAWASAN KEKUASAAN – 84

D. KONSTITUSI SEBAGAI NILAI & KEKUATAN NORMATIF – 87

BAB V

KONSTITUSI DALAM LINTASAN SEJARAH DI INDONESIA

A. SEBELUM REFORMASI KONSTITUSI - 95

1. Sejarah Ketatanegaraan Indonesia – 95

2. Ketatanegaraan Indonesia dalam Pergulatan Politik – 103

3. Monolitik Militer Sebagai Warisan Hegemoni – 116

B. SETELAH REFORMASI KONSTITUSI - 123

1. Substansi Pokok Hasil Amandemen – 123

2. Memantapkan Konstitusionalisme Pasca Amandemen UUD 1945 –
130

BAB VI

PROBLEMATIKA REFORMASI KONSTITUSI (SUATU ANALISA)

A. KONSTRUKSI PEMIKIRAN - 145

- B. TINJAUAN SISTEM PEMERINTAHAN INDONESIA - 146
1. Pembagian Dan Pembatasan Kekuasaan Berdasarkan UUD 1945 – 146
 2. Hubungan Antar Lembaga Negara MPR dengan DPR, DPD, dan Mahkamah Konstitusi – 152

BAB VII

DEMOKRASI DAN POLITIK HUKUM INDONESIA

- A. MEMAHAMI KONSEP DEMOKRASI - 166
1. Demokrasi dan Perkembangannya – 166
 2. Demokrasi Transisi, Konsolidasi, dan Kompromi – 174
- B. PERKEMBANGAN DEMOKRASI DI INDONESIA - 179
1. Demokrasi Dalam Bayangan Intervensi Kepentingan Politik – 179
 2. Implikasi Hegemoni Politik Terhadap Hukum – 183
- C. *CIVIL SOCIETY*, NEGARA, DAN SIFAT KEKUASAAN - 184
1. Reformasi Perspektif Sosiologis; Pilihan Menuju Indonesia Baru – 184
 2. Harapan Membangun Negara Hukum Demokratis – 200
 3. Perang Posisi Dalam Ketatanegaraan Indonesia – 205

BAB VIII

SEJARAH, PEMBENTUKAN, DAN PERKEMBANGAN PEMERINTAHAN DESA SERTA PROBLEMATIKANYA

- A. PENGERTIAN, SEJARAH, DAN DASAR HUKUM - 212
1. Pengertian Desa – 212
 2. Dasar Hukum – 213
 3. Sejarah Pembentukan Desa - 213
- B. PERKEMBANGAN PRUNDANG-UNDANGAN TENTANG DESA - 216
1. Masa Pemerintahan Kolonial Belanda – 216

2. Masa Pendudukan Militer Jepang –	216
3. Sejak Kemerdekaan –	217
C. TENGERTIAN UU NO. 6 TAHUN 2014 TENTANG DESA -	220
1. Pengertian –	220
2. Sistematika UU Desa –	221
3. Latar Belakang Lahirnya UU Desa –	225
4. Isu-isu Penting UU Desa –	233
5. Problem Perkembangan Desa di Masa Akan Datang –	236
DAFTAR PUSTAKA -	239

BAB I

MEMBEDAH LINGKUP HUKUM TATA NEGARA

“No free man shall be taken or imprisoned or disseised of his freehold, or liberties, or free customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed, nor wil go upon him nor send upon him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land.”

(Magna Charta pasal 39)

A. KEILMUAN HUKUM TATA NEGARA

Pasang-surut perkembangan keilmuan hukum tata negara, konsep dan aktualisasinya telah ditantang oleh zaman yang semakin didesak oleh berbagai kebutuhan keilmuan saat ini. *Pertama*, tantangan keilmuan hukum tata negara adalah melepaskan dirinya dari cara berpikir pragmatis melalui penggunaan definisi-definisi singkat minim verifikasi. Umumnya definisi-definisi tersebut dibangun dari rangkaian presumsi dan asumsi yang jarang dilakukan perdebatan terhadapnya, sehingga implikasinya menjadi problem *pseudo-science*. *Kedua*, tantangan keilmuan hukum tata negara saat ini ialah mengembangkan metastudi hingga metateorisasi yang khusus diarahkan kepada kajian mengenai konstitusi, sehingga ilmu hukum tata negara tidak hanya berkutat pada studi-studi tingkat pertama yang justru semakin memburamkan obyek yang hendak diteliti dan dikembangkan.

Terdapat banyak persoalan tentang manusia—masyarakat—hingga negara, yang telah dipertanyakan dengan gigih oleh para pengkritik, dan telah pula mendapat jawaban yang terus menerus dari berbagai praktisi dan ahli. Jawaban-jawaban tersebut awalnya tampak “aneh”, dan paradoksal,¹ meskipun akhirnya digunakan, bahkan menjadi sebuah sistem di dalam negara. Sebuah sistem seringkali menampilkan dua wajah yang saling berbeda satu dengan lainnya, di satu sisi ia menampilkan tentang wajah mayoritas, dan di satu sisi minoritas. Di

1. ¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, New York; Clarendon, Press-Oxford, 1997.

dalam dua skala tersebut, terbentuklah segala jenis struktur dan kultur, manakala ini dihubungkan kedalam pengertian sebuah sistem ketatanegaraan, maka, yang perlu digarisbawahi ialah negara pada hakekatnya tidak pernah bisa netral.

Paling tidak hal ini sedang terus terjadi dan berlangsung baik di level teoritik maupun di level praktik, di mana ada pertautan di sana, yang satu sama lain saling mempengaruhi di dalam satu kesatuan sistem hukum² ketatanegaraan, di mana ilmu hukum tata negara perlu dibuka interaksi keilmuan di luar dirinya. Mengurai hubungan historis, relasi internal, serta pengembangan teori tentang suatu sistem hukum ketatanegaraan merupakan prasyarat vital dan senantiasa mengevaluasi secara kritis terhadap sistem hukum ketatanegaraan itu sendiri, terutama tentang pengoperasian konsep dan wilayah-wilayah kerjanya.

Sebuah sistem hukum ketatanegaraan, mengandung pemaknaan yang begitu luas, namun bukan berarti makna tersebut dapat dipersempit melalui definisi-definisi singkat dan teorisasi-teorisasi yang monoton seperti banyak terjadi dalam diskusi dikelas-kelas hukum tata negara. Sistem hukum ketatanegaraan dalam paradigma keilmuan, mengandung dua pemaknaan yakni kata “sistem hukum” dan kata “ketatanegaraan”. Perkataan “sistem hukum” itu merupakan suatu pengertian tentang tatanan atau kesatuan yang utuh dari bagian-bagian atau unsur-unsur,

2. ² Ada banyak cara untuk membahas hukum atau sistem hukum, misalnya dengan membahasnya sebagai hukum (*law*), yakni sekumpulan aturan atau norma, tertulis atau tidak tertulis, yang berkenaan dengan perilaku benar dan salah, hak dan kewajiban. Problemnya ialah, membahas pengertian hukum seperti ini cenderung menganggap hukum sebagai semacam bidang kehidupan meta-sosial yang independen. Artinya ada fakta yang diabaikan di mana struktur dan peraturannya mungkin terlihat demikian di atas kertas, namun di dalam kehidupan nyata tentu berbeda jalannya. Sementara hukum dalam pengertian sebagai struktur dan peraturan, hanyalah satu dari tiga fenomena, yang semuanya sepadan dan amat nyata. *Pertama*, ada kekuatan-kekuatan sosial dan legal yang dengan cara tertentu mendesak masuk dan membentuk hukum. *kedua*, memunculkan produk hukum serta struktur dan peraturan-peraturan, *ketiga*, ada dampak dari hukum tersebut terhadap perilaku di luar dirinya. Kalangan ilmu hukum selama ini selalu mengabaikan fenomena yang pertama, yakni sisi input hukum, biasanya yang dibahas adalah pihak-pihak yang berperkara, kelompok-kelompok penekan, dan latar belakang sosial secara sekadarnya saja. Lihat selengkapnya dalam H.L.A. Hart, *ibid.*,

hingga unit-unit hukum yang berkaitan erat satu dengan lainnya baik di dalam maupun di luar sistem hukum tersebut. Sementara perkataan “ketatanegaraan” berakar dari pengertian tentang pemikiran, pengetahuan dan tindakan-tindakan manusia di dalam mengelola dan menata negaranya. Bersisian dan secara bergantian, pola dan mekanisme terus berkembang, di satu kejadian terkadang struktur menentukan identitas sistem hukum ketatanegaraan, di kejadian yang lain, kultur yang memantulkan cara kerja sebuah sistem hukum ketatanegaraan.³

Di level teoritik, kajian tentang suatu sistem hukum ketatanegaraan dewasa ini, paralel dengan perkataan “bentuk dan isi” sebuah konstitusi. Konstitusi tidak lahir begitu saja, konstitusi tidak pula dibentuk tanpa ada proses panjang pengetahuan dan kesadaran di dalamnya. Ia mengandung pokok-pokok pikiran dan paham-paham, melukiskan kehendak, tujuan, dan lahir dari faktor-faktor kekuatan yang nyata (*de reele machtsfactoren*) di dalam sebuah bangsa. Pokok-pokok pikiran maupun paham-paham tersebut tidak juga tumbuh begitu saja, melainkan lahir dari antitesa dan sintesa juga terhadap kondisi zaman peralihan suatu bangsa.

Keilmuan hukum tata negara, pada umumnya berakar dari basis filsafat⁴ kenegaraan. 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

3. ³ Perkataan “struktur” dan “kultur” diadopsi dan dimodifikasi dari Lawrence M. Friedman, *Sistem Hukum; Perspektif Ilmu Sosial*, Bandung: Nusa Media, 2011.

4. ⁴ Pembersihan teori dari kepentingan dalam sejarah filsafat berlangsung dalam dua jalur, pada jalur yang satu para filsuf yang mengutamakan kemampuan rasio manusia sendiri. dan pada jalur lainnya, para filsuf yang mementingkan peranan pengalaman empiris menganggap pengetahuan murni semacam itu bisa diperoleh hanya lewat pengamatan empiris terhadap obyek pengetahuan. Jalur pertama terdapat plato yang menekankan intuisi, yakni tentang pengetahuan sejati-tunggal dan tidak berubah-ubah/idea-idea (apriori). Jalur kedua terdapat Aristoteles yang mengutamakan peranan abstraksi, menurutnya pengetahuan sejati adalah hasil pengamatan empiris (pengetahuan bersifat aposteriori). Kedua jalur itu kemudian menampakkan dirinya kembali di dalam filsafat modern, atau lebih umum dikenal dengan istilah rasionalisme dan empirisme. Fransisco Budi Hardiman, *Kritik Ideologi;Pertautan Pengetahuan dan Kepentingan*, Kanisius, 1990.

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*.⁵

Prof. Soehino menjelaskan, bahwa sebenarnya semua cabang ilmu pengetahuan hukum itu obyeknya negara, setidaknya-tidaknya hal-hal atau masalah-masalah yang timbul dan berkembang dalam suatu negara. tetapi, cabang-cabang ilmu hukum yang langsung berobyekan negara, adalah: (1). Ilmu Negara; (2). Hukum Tata Negara; dan (3). Hukum Tata Pemerintahan.

Ilmu Negara merupakan ilmu pengetahuan dasar dari ilmu-ilmu hukum yang obyeknya negara. Ilmu Negara membicarakan obyek negara dalam sifatnya yang umum dan universal, artinya, negara yang menjadi obyek Ilmu Negara itu belum mempunyai ajektif tertentu, belum mempunyai nama tertentu, serta belum terikat oleh waktu dan tempat. Lingkup yang dibahas ialah, asal mula terjadinya negara, hakekat negara, tujuan negara, legitimasi kekuasaan negara, bentuk negara, sistem pemerintahannya, dan lain sebagainya.⁶

Dalam kedudukannya sebagai ilmu pengetahuan pengantar bagi Hukum Tata Negara, Ilmu Negara tidak mempunyai nilai yang praktis. Tetapi melalui Ilmu Negara, Hukum Tata Negara memperoleh ciri ilmiahnya. Ilmu Negara merupakan basis filsafat dan teori, sehingga disebut sebagai suatu *seins wissenschaft*, sedangkan Hukum Tata Negara merupakan suatu *normativen wissenschaft*.

1. Negara Sebagai Obyek

Sebelum melangkah ke pengertian dan obyek kajian hukum tata negara, perlu terlebih dahulu melandaskan pemahaman terhadap ilmu

5. ⁵ Jimlly Asshidiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2009, hlm. 11.

6. ⁶ Lihat Soehino, *Hukum Tata Negara; Sumber-Sumber Hukum Tata Negara Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 2005.

kenegeraan. Hukum tata negara berada di dalam batas-batas pemisahan tersebut, di mana teori-teorinya senantiasa bertautan langsung.

Salah satu syarat ilmiah suatu pengetahuan apapun jenisnya, adalah: adanya obyek yang hendak dikaji. Hukum tata negara sebagai salah satu bidang kajian di lingkungan Ilmu Hukum, secara singkat memiliki obyek kajian, yakni: negara dengan perangkat peraturan yang mengatur mengenai organisasi yang disebut negara.

Obyek kajian Hukum Tata Negara, adalah: negara yang mempunyai kajian yang sama dengan ilmu negara, yaitu: negara dan kekuasaan, namun antara kedua ilmu tersebut dijumpai adanya perbedaan prinsip. Ilmu Negara mengkaji negara yang masih dalam keadaan abstrak, yakni: tidak terikat oleh waktu dan tempat, artinya negara masih diletakkan dalam tataran ide, konsep, gagasan yang bersifat teoritis. Sedangkan Hukum Tata Negara obyek kajiannya, adalah: negara dalam pengertian yang kongkrit. Pengertian kongkrit di sini, adalah: mengkaji Hukum Tata Negara Positif, yakni hukum yang berlaku saat ini dan di suatu tempat tertentu.

Sebagai obyek yang luas, umum, dan universal, negara juga mengandung pengertian yang kongkrit, atau meminjam terminologi Prof Soehino,⁷ *negara yang dalam pengertian kongkrit itu telah mempunyai ajektif tertentu, terikat tempat dan waktu*. Oleh sebab itu, antara ilmu negara dan Hukum Tata Negara memiliki hubungan yang erat sekali, ilmu negara sebagai dasar memahami negara, dan Hukum Tata Negara memberi kekhususan dari dasar-dasar pengetahuan tentang negara.

Dalam konteks laju perkembangan negara-negara modern saat ini, negara tidak hanya mengklaim kekuasaan adalah yang utama, negara juga mengklaim soal kedaulatan. Pertama-tama yang perlu diperhatikan yakni soal kedaulatan negara, di mana akan tampak sah jika ia dapat mengklaim dirinya memiliki dua hal. Yakni monopoli kekuatan dan pemberian hak kepada para elitnya untuk menggunakan kekuatan itu secara sah. Dari

7. ⁷ Soehino, *op cit.*, hlm.4-5.

sudut yang demikian, negara menjadi suatu urusan yang besar dan kompleks, dengan sistem hukumnya, badan administratifnya, peradilannya, dan sejumlah aspek penting lainnya. Negara juga selalu bekerja dengan otoritas-otoritas, dan ini merupakan inti dari kedaulatan negara-negara modern saat ini.

Otoritas bersumber dari hukum tertinggi dalam hal ini ialah konstitusi, sehingga otoritas negara selalu hirarkis, mencakup kesemua wilayah kekuasaan negara. Adapun tatanan sosial yang menjadi tempat asal munculnya tatanan negara modern, adalah tatanan yang tersentralisasi, terkotak-kotak, hirarkis, dengan kecenderungan elit-elit yang eksklusif.⁸

Dalam keadaan yang demikian, negara menampakkan dirinya dalam pengertian koersif dan otoritas. Kekuasaan negara sering diasosiasikan erat dengan pemaksaan melalui alat-alat negara, negara menjadi koersif, artinya mengkoordinasi perilaku melalui penggunaan hukum sebagai alat memaksa dan juga ancaman (sanksi). Tetapi, bukankah negara akan kehilangan kekuatannya jika tidak merasionalisasikan koersi dan pemaksaan? Hart mencoba menjawab persoalan ini:

Memerintah dicirikan dengan menggunakan otoritas atas manusia, bukan kekuasaan untuk menimbulkan kerugian, dan walau dapat digabungkan dengan ancaman-ancaman yang merugikan, pada dasarnya perintah adalah himbauan yang bukan untuk menakut-nakuti, melainkan untuk menghormati otoritas.⁹

Jawaban Hart di atas, mengarahkan pemahaman bahwa kedaulatan tidak hanya paralel dengan otoritas, tetapi juga berbarengan dengannya lahir legitimasi-legitimasi melalui hukum dalam hal ini diakomodir oleh sebuah konstitusi yang dimiliki oleh negara. Maka, legitimasi negara selalu akan berbarengan dengan tuntutan keadilan, tuntutan demikian tak hanya

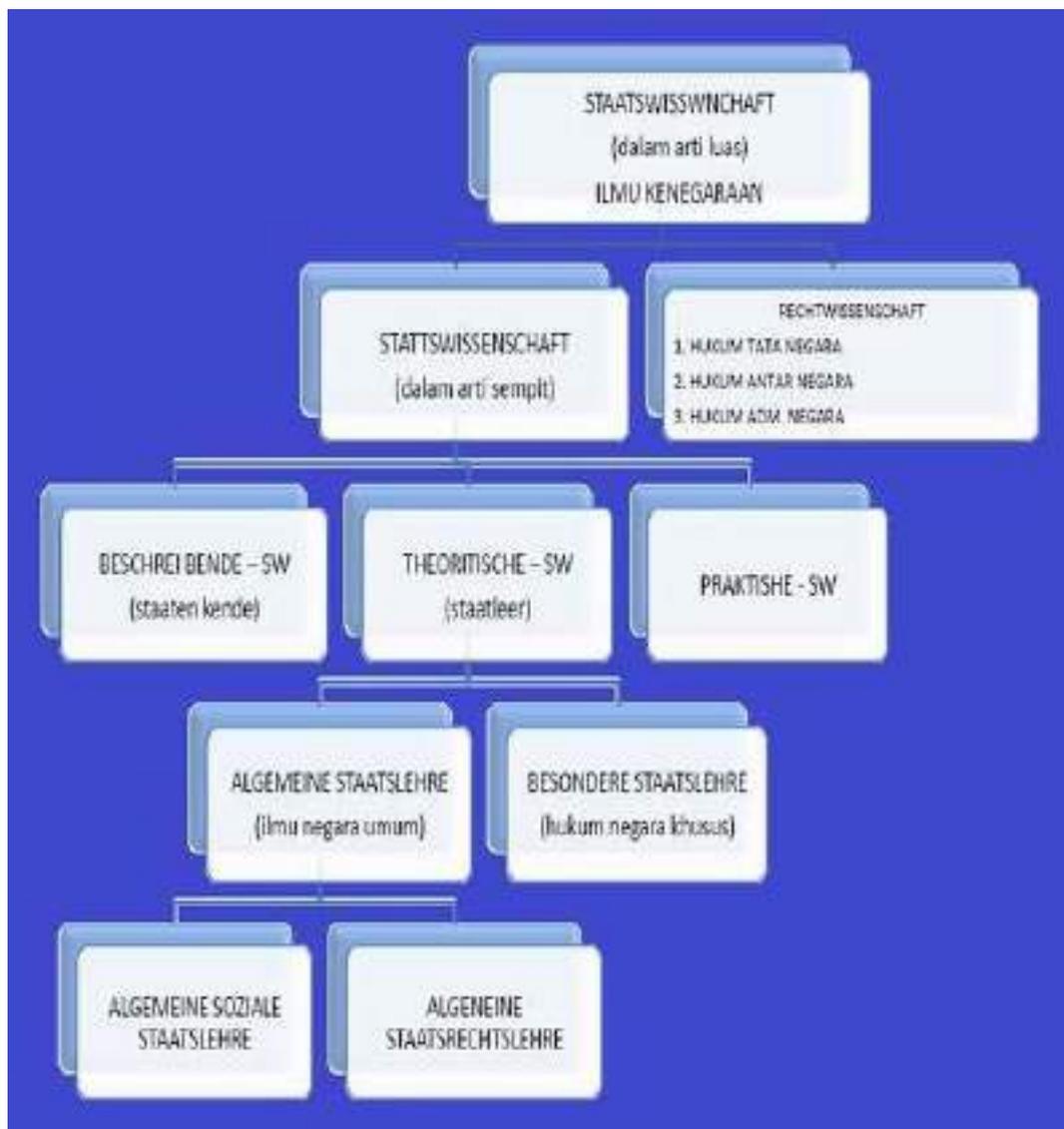
8. ⁸ Lihat lebih detail dalam Christopher W. Morris, *Negara Modern*, Kontributor dalam *Handbook Teori Politik* (penyusun) Gerald F. Gaus, Chandran Kukhatas, Bandung: Nusa Media, 2012, hlm. 443.

9. ⁹ H.L.A. Hart, *Konsep Hukum, op cit.*, Lihat secara utuh dalam Bab II, *Hukum, Perintah, dan Seruan*.

mengharuskan negara menghormati batasan-batasan keadilan, tetapi juga negara berkewajiban menyediakan keadilan.

Adapun konstruksi ilmu hukum kenegaraan dan keluarganya dapat dipahami dari penjelasan Georg Jellinek dalam bukunya yang berjudul *Algemeine Statslehre*, sebagaimana diuraikan juga oleh Jimmly Asshiddiqie di dalam bukunya *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*.¹⁰

Berikut visualisasinya:



Sumber : diolah dari data sekunder.

10. ¹⁰ *Op. cit.*, hlm. 35-37.

Framingnya dimulai dari *staatswissenschaft* dalam arti luas, yang mencakup di antaranya *staatswissenschaft* dalam arti sempit, dan *rechtwissenschaft*. *Staatswissenschaft* dalam arti sempit meliputi: 1) *beschreibende staatswissenschaft/staatenkunde*, 2) *theoretische staatswissenschaft/staatsleer*, dan 3) *praktische staatswissenschaft/angewandthe staatswissenschaft*. Sementara untuk cabang ilmu yang disebut dengan istilah *rechtwissenschaft* meliputi; 1) *verfassungrecht*, 2) *vewaltungsrecht*, 3) *international recht*. Sedangkan untuk *theorritische staatswissenschaft/staatsleer* dibagi ke dalam; 1) *allgemeine staatslehre* (ilmu negara umum), dan 2) *besondere staatslehre* (ilmu negara khusus). Selanjutnya yang termasuk kategori *allgemeine staatslehre* ialah; 1) *allgemeine soziale staatslehre*, dan 2) *allgemeine staatsrechtslehre*, sedangkan yang termasuk *besondere staatslehre* adalah; 1) *individuele staatslehre*, dan 2) *spezielle staatslehre*.

Di samping pandangan negara dari perspektif keluarga ilmu kenegaraan di atas, jika dikerucutkan, terdapat tiga pandangan yang turut menjadi basis dari perkembangan ide-ide hukum tata negara dewasa ini. *Pertama*, pemikiran negara yang berakar dari era kontrak sosial. *Kedua*, pandangan negara dari mazhab kritis. *Ketiga*, pandangan negara dalam konteks negara hukum modern. Berikut ini uraiannya;

a. Pemikiran Negara yang Berakar dari Era Kontrak Sosial¹¹

Penggunaan kata “pencerahan” sebagai istilah yang mencakup banyak pemikiran liberal, progresif, atau revolusioner pada abad ke delapan belas tak bisa dihindari. Meski kini diakui bahwa pemikir-pemikir yang dianggap “tercerahkan” atau yang menganggap diri mereka “tercerahkan” itu tidak memonopoli pemikiran dari periode tersebut.

Kecaman luas terhadap “pencerahan” berasal dari periode “romantic” yang datang sesudahnya, atau bahkan berasal dari periode “pencerahan” itu sendiri. Selama satu generasi setelah perang dunia ke

11. ¹¹ Meminjam terminologi yang dipakai Henry Schmandt, dalam *Filsafat Politik; Kajian Historis Dari Zaman Yunani Kuno Sampai Zaman Modern*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009. (dalam Bagian Lima).

dua, aspek-aspek liberal pada pemikiran abad kedelapan belas menikmati kebangkitan kembali yang penuh semangat, meski perasaan sangsi terhadap “proyek pencerahan” yang telah diungkapkan sebelumnya tetap dilanjutkan oleh para sarjana mazhab Frankfurt.¹²

Sebagai era yang memberi dasar bagi pemahaman negara di zaman modern, era kontrak sosial di sini bukanlah semata mengacu kepada karya Rousseau, tetapi era di mana pemikiran-pemikiran di abad ini berjumpa dalam bentuk-bentuk pemahaman dasar tentang pemerintahan dan tata kelola hak-hak di dalam masyarakat.

Kontrak bermakna perjanjian untuk membentuk masyarakat politik, ketika masyarakat telah terbentuk, ia kemudian harus patuh kepada pemerintahan melalui instrumen yakni hukum. Masyarakat sebagai pembuat dan pewaris keputusan-keputusan tersebut, ia menetapkan batas-batas kekuasaan, sebagai pewaris, ia adalah penerima manfaat yang berasal dari pelaksanaan kekuasaan tersebut. Meskipun keputusan bulat diperlukan bagi kontrak sosial pada waktu pertama kali, namun tak bisa luput bahwa di sana kehendak mayoritas berlaku dalam proses pembentukan pemerintahan serta pembuatan hukum dasar untuk selanjutnya digunakan bersama.

Pemikiran abad ke delapan belas dicirikan oleh dua doktrin utama mengenai asal-usul pemerintahan, yakni hak ketuhanan dan kontrak sosial. Yang *pertama* berpendirian bahwa tuhan menyerahkan kekuasaan pada orang-orang pilihan dan bahwa pemberontakan menentang mereka tidak hanya merupakan pengkhianatan tetapi juga tidak bermoral. Yang *kedua* berpendapat bahwa pemerintahan sipil adalah hasil dari kontrak antara individu-individu.¹³

12. ¹² Lihat lebih detail dalam Frederick G. Whelan, *Teori Politik Tentang Renaissance dan Pencerahan*, Kontributor dalam *Handbook Teori Politik* (penyusun) Gerald F. Gaus, Chandran Kukhatas, *op cit.*, hlm. 804.

13. ¹³ Henry Schmandt, *loc cit.*, hlm. 351.

Pemikiran di abad ini yang masuk kategori kedua yakni Locke dengan pengaruh yang luar biasa, ia melihatnya (kontrak sosial)¹⁴ sebagai piranti mempertahankan bangunan pemerintahan konstitusional di atas dasar-dasar filosofis menentang klaim absolutisme.

Pendekatan Locke terhadap negara dan pemerintah, tidak jauh berbeda dengan pendekatan Hobbes, meskipun kesimpulan keduanya berbeda. Locke menjadi bapak ideologis Amerika Serikat, sebagai pemikir yang memberi standar kepada perkembangan liberalisme¹⁵ dikemudian hari. Sebagian besar pandangannya merupakan aksioma tentang manusia,¹⁶ ide-ide liberalnya menyangkut pemerintahan yang terbatas atau bersyarat yang legitimasinya berasal dari persetujuan pihak yang diperintah. Di mana penguasa tidak boleh melakukan tindakan koersif kecuali melalui cara-cara yang ditentukan oleh UU atau hukum.

Jadi, liberalisme mengemukakan konsep negara yang tugasnya adalah menghilangkan hambatan atas kebebasan dan melindungi individu dari penindasan mayoritas. Untuk mencegah pemerintah melanggar

14. ¹⁴ Beberapa sifat pemikiran Locke tentang kontrak sosial yang membedakannya dengan Rousseau, *pertama*, prinsip yang menggerakkan dibalik persetujuan ini bukanlah rasa takut akan kehancuran, tetapi keinginan untuk menghindari gangguan keadaan alamiah. Orang-orang tidak lari dari kesulitan hidup dengan mencari perlindungan dibalik kekuatan semua penguasa yang kuat, mereka semata-mata mencari perangkat institusional yang membuat hak-hak yang telah miliki menjadi aman. *Kedua*, individu tidak menyerahkan kepada komunitas tersebut hak-hak alamiahnya yang substansial, tetapi hanya hak melaksanakan hukum. *Ketiga*, hak yang diserahkan oleh individu tidak diberikan kepada orang atau kelompok tetapi kepada seluruh komunitas. Henry Schmandt, *ibid.*, hlm. 340.

15. ¹⁵ Pemikir-pemikir liberalisme antara lain, Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Rawls, Adam Smith, dan lain-lain.

16. ¹⁶ Adalah suatu keadaan alami umum, di mana semua individu-eksistensi prapolitik manusia sebelum hidup dibawah otoritas pemerintah-memiliki 'hak natural' untuk hidup bebas dan memiliki properti (hak milik atas sesuatu-material-nilai). Melalui kemampuan penalaran manusialah orang menyadari adanya hukum ini. Meski tanpa pemerintah yang memberlakukannya, orang melanggar hukum natural akan dijatuhi sanksi oleh orang-orang yang hidup berdasarkan hukum alam, bukan hanya oleh mereka yang hak-haknya dilanggar. Tentu saja masalahnya adalah, individu yang dimaksud-atau semacam ini kemungkinan tidak akan adil dan imparial saat memberi hukuman kepada pelanggar, dan karena inilah Locke menyatakan bahwa individu yang rasional akan membentuk pemerintahan sipil, pemerintahan yang akan menjaga dan melindungi kebebasan yang dimiliki individu dalam keadaan alaminya. Dalam Eric A. Heinze dan Brandy J. Jolliff, *Idealisme dan Liberalisme; Ilmu Politik Dalam Paradigma Abad Ke-21*, Editor John T. Ishiyama dan Marijke Breuning, Jilid I, Jakarta: Kencana Prenada Media Grup, 2013, hlm. 526.

batasan-batasan ini, tentu dibutuhkan serangkaian pembatasan institusional, yang merupakan cikal bakal doktrin *checks and balances*, atas hak-hak individu yang mendasari tatanan konstitusional dari setiap pemerintahan demokratis-menjadi prasyarat vital liberalisme yang tumbuh sekarang ini.¹⁷

Paham liberalisme sendiri bukanlah sebuah nama untuk kumpulan tertentu, tetapi merupakan komitmen sosial dan politik tertentu. Terdapat dua mazhab pemikiran liberal yang dalam banyak hal pandangan dari mazhab-mazhab tersebut menawarkan konsepsi-konsepsi yang saling berlawanan, terutama tentang nilai yang sering diasosiasikan dengan liberalisme, seperti kebebasan, persamaan, demokrasi, tenggang rasa, dan kedaulatan hukum (*rule of law*).

Dua mazhab tersebut di antaranya, liberal politis dan liberal komprehensif. Liberal politis menegaskan bahwa artikulasi dan pembelaan sejumlah komitmen liberal untuk masyarakat tertentu, tidak seharusnya bergantung kepada teori apapun yang memberikan nilai atau makna pada kehidupan manusia.

Sementara liberal komprehensif sebaliknya, menyangkalnya bahwa mustahil membela atau mengelaborasi komitmen-komitmen liberal, kecuali dengan menggunakan nilai dan komitmen lebih dalam, yang diasosiasikan dengan filsafat keseluruhan (komprehensif). Liberal politis sesamanya pun terdapat lapisan-lapisan paradigmatis yang berbeda, yang seorang mungkin menggunakan gagasan “konsensus”, beragam jalur justifikasi, dan premis yang berbeda sampai ke fase stabil penguatan paradigma prinsip-prinsip liberal [seperti Rawls misalnya]. Sementara yang lain mungkin memilih pendekatan penalaran yang dapat dimengerti

17. ¹⁷ Lihat uraian Francis Fukuyama, *The End History and The Last Man*, Yogyakarta: Qalam, 2004. Fukuyama menyodorkan sebuah tesis menarik tentang kemenangan kapitalisme dan demokrasi liberal, tesis ini signifikan dalam analisisnya, tetapi tidak sepenuhnya asumsi yang disodorkan Fukuyama dapat dikategorikan asumsi yang kuat, harus diverifikasi kembali.

secara universal, sampai ke penjelasan-penjelasan agresif-korektif tentang kepentingan dasar manusia dalam bernegara.¹⁸

Di kalangan liberal komprehensif pun terdapat beberapa perbedaan, di lapis *pertama*, mereka dapat disebut liberal-kiri, dan yang lainnya masuk kategori liberal-libertarian. Sementara perbedaan di lapis *kedua*, berhubungan dengan muatan pandangan-pandangan komprehensif yang mendasari komitmen liberal mereka, seperti misalnya fondasi pemahaman Kristen milik John Locke dengan teori otonomi milik Kant, juga hedonistis-utilitarianisme milik Jeremy Bentham.¹⁹

Sebuah episode zaman selanjutnya memperlihatkan pemberontakan pemikiran dari tradisi romantisme, persis diparuh kedua abad ke-18, muncul reaksi kepada budaya rasionalis dan intelektualis pencerahan. Gerakan romantik pada dasarnya adalah pemberontakan menentang standar moral dan estetik yang sudah diterima. Pemikiran seputar gerakan ini mengutamakan “*la sensibilité*”, atau kecenderungan pada emosi (*emotion*), emosi harus dipisahkan dari rasio, ia harus bersemangat dan penuh gairah (*passionate*), salah satu pemikir utama dalam gerakan ini adalah Jean Jacques Rousseau. Bagi sebagian penafsir pikiran-pikirannya, ia tampak sebagai pendukung individualisme, bagi yang lain ia tampak seperti bapak absolutisme negara.²⁰

18. ¹⁸ Dari telaah Jeremy Waldron, *Liberalisme Politis dan Komprehensif*, Kontributor dalam *Handbook Teori Politik* (penyusun) Gerald F. Gaus, Chandran Kukhatas, *op cit.*, hlm. 199.

19. ¹⁹ *Loc cit.*,

20. ²⁰ Agak riskan memang, sehingga Schmandt memberi predikat “ambigu” dan “inkonsisten” kepada pemikiran Rousseau, menurut Schmandt, dalam karya Rousseau berjudul *Emile* dan *Social Contract* ia menunjukkan dirinya sebagai individualis sejati dan orang yang mencintai kebebasan pra-politik yang tidak terkekang. Sebaliknya dalam *Discourse on Political Economy*, ia terlihat mendukung total individu pada negara dan menegaskan bahwa hanya dalam masyarakat politik manusia bisa menyempurnakan kodratnya. Segaris dengan apa yang diungkapkan Schmandt, di bagian yang tidak jauh berbeda, Hearnshaw juga menegaskan, secara umum bisa dikatakan bahwa Rousseau dari waktu ke waktu, dan bahkan pada saat yang sama, mengemukakan pendapat yang secara diametral bertentangan satu sama lain. Lihat dalam Henry Schmandt, *op cit.*, hlm. 388. Tetapi apapun itu, Rousseau merupakan ‘dewa’ yang lahir dari spirit gerakan romantisme, di mana pemikirannya masih sangat kuat mempengaruhi pemikiran modern tentang negara.

Rousseau menyatakan, perhatian dan keinginan manusia semakin meningkat, karena bangsa manusia terus tumbuh, dan kontak antara manusia menjadi semakin sering terjadi. Ketika perubahan ini terjadi, individu merasa perlu terlibat dalam hubungan timbal balik dengan orang lain dengan tujuan untuk memenuhi kebutuhannya yang terus bertambah. Sejak saat itu terjadi dalam sekelompok manusia di dalam sebuah bangsa, maka, ia mulai mengenal keserakahan, perbudakan, kesengsaraan manusia, dan pencarian akan kekuasaan menjadi dominan dalam masyarakat manusia. Rasa takut akan orang lain serta lembaga-lembaganya menyebabkan individu menjadi curiga, *self-seeking*, dan haus akan kekuasaan. tetapi untuk kembali kepada keadaan yang semula di mana sebuah masyarakat belum terkontaminasi adalah satu hal yang tidak mungkin, laju peradaban tak bisa ditolak, dan Rousseau tidak bermaksud kembali ke keadaan ini. Dan di luar dugaan, bahwa Rousseau tidak menganggap negara sebagai sesuatu yang pasti bersifat “jahat”, menurutnya tugas manusia bukanlah menumbangkan negara yang pada kenyataannya akan menjadi penindas, tetapi menemukan dasar negara yang sejati. Memecahkan masalah kewajiban politik, dan menentukan hubungan yang sebenarnya antara masyarakat sipil dan individu, jika upaya ini bisa dipenuhi, maka cita-cita akan reformasi sosial dan politik yang sejati bisa dicapai.²¹

Bahwa persetujuan (*consent*) adalah satu-satunya dasar yang absah bagi kekuasaan politik, maka menemukan bentuk persekutuan (*association*) yang dengan kekuatan bersama akan mempertahankan dan melindungi orang serta miliknya. Di sisi yang lain, anarki dapat dicegah melalui pembentukan otoritas publik, jadi ketika kontrak sosial terbentuk, sebagai pengganti personalitas, bentuk persekutuan selanjutnya dapat menciptakan lembaga moral dan kolektif, itu artinya nalar Rousseau

21. ²¹ Jean Jacques Rousseau, *Du Contract Social*, Jakarta: Transmedia Pustaka, 2009. Lihat secara utuh dalam Buku Pertama dan Buku Kedua. Terdapat dua sub yang penting, yakni kehendak umum belum tentu benar dan batas-batas kekuasaan pemerintah.

berusaha menunjukkan bahwa kontrak sosial memberi individu kekuatan kelompok dan bahkan kebebasan absolut, untuk itu manusia akan terpaksa mencari jenis rekonsiliasi artifisial antara kebebasan dan otoritas negara yang dibentuknya.²²

Tak dapat dipungkiri bahwa, terjadi latar historis yang sama antar pemikiran-pemikiran tentang negara di era kontrak sosial ini, titik tekannya sama secara fondasional, dan bertemu dimasa depan sebagai paham-paham yang menguasai jalannya dunia modern.

Agaknya tak terbesit pula dibenak Locke, Rousseau, dan Kant, bahwa pandangan-pandangan fondasional mereka telah memberi dasar argumen, dan memicu problem serius bagi pemikiran liberalisme sampai individualisme-garis keras, yang sekarang ini dipaksakan dan diterapkan pada suatu tatanan masyarakat-negara yang mana kultur sosial-budayanya berbeda pandangan tentang maksud ketuhanan, kepemilikan model konsensus, serta struktur kenegaraan, sebagaimana yang diinginkan oleh liberalisme itu sendiri.

Namun pandangan-pandangan mereka signifikan menjadi pengaruh yang penting di abad 21 ini, negara modern niscaya liberal, individualis, dan kapitalis, pergeseran dari pengaruh-pengaruh ini kemudian telah membuat negara-negara modern lebih merupakan bentuk *purwarupa* dari era yang disebut sebagai era kontrak sosial.

b. Memahami Negara dari Mazhab Idealis

Perpecahan antara tradisi pemikiran mengenai negara dan khususnya hukum, antara pemikiran Anglo-Amerika dan Kontinental semakin tajam dipertengahan abad ke dua puluh.

Sejak saat itu, melalui peran intelektual 1950-1960-an polemik di antara keduanya semakin mengerucut tajam, semisal dalam kajian-kajian posmodernisme atau multikulturalisme.

22. ²² Jean Jacques Rousseau, *ibid...*, lihat secara utuh dalam Buku Ketiga dan Keempat. Rousseau mengajukan pertanyaan penting tentang bagaimana otoritas pemerintahan menjaga dirinya sendiri.

Hakikat perpecahan ini sebetulnya lebih berhubungan dengan gaya filsafat daripada geografi ataupun ideologi, bagaimanapun pemikir Kontinental seperti Frege, Wittgenstein, dan Lingkungan Wina telah banyak mempengaruhi tradisi analitis Anglo-Amerika. Dan mazhab Kontinental itupun telah melahirkan banyak sekali epigon disepanjang selat dan samudera Atlantik, pada titik tertentu tentang ideologi, seperti misalnya kaum Marxis, liberal-strukturalis dan neo-Hegelian. Ketika perbedaan dalam pendekatan filsafat mulai runtuh, semakin lama cendekiawan Amerika Utara dan Eropa sama-sama semakin terlibat dengan kedua tradisi itu untuk saling menjelaskan (seperti Rawls dan Foucault).²³

Namun sesungguhnya, apa yang menjadi akar persoalan terjadi sebelum akhir abad ke delapan belas. Di mana empirisme sebagai teori pengetahuan dan individualisme yang banyak mempengaruhi pemikiran tentang tata pemerintahan menyulut serangan balik yang berasal dari kaum idealis Jerman.

Kebutuhan akan artikulasi teoritis dari peristiwa-peristiwa baru semakin mendesak, periode antara pecahnya revolusi Perancis dan pertengahan abad berikutnya terbukti menjadi tahun-tahun produktif dalam pemikiran-pemikiran Jerman. Yakni berusaha mengkonstruksikan kembali hubungan antara negara dan individu, di mana idealisme dialektik Hegel dan materialisme dialektik Marx adalah produk-pemikiran terbaik dari era ini.²⁴

Idealisme banyak dipengaruhi Kant dan memuncak pada Hegel, dan mendapatkan sentuhan ideologis dalam pemikiran Marx. Idealisme merupakan penerapan filsafat idealis pada penafsiran negara serta lembaga-lembaganya, mencoba memahami masyarakat sipil dan institusi-institusinya dari segi rasionalis murni tanpa atau sedikit mengacu kepada

23. ²³ Dielaborasi dari pandangan Richard Bellamy, Jeremy Jennings, dan Peter Lassman, *Pemikiran Politik di Eropa Daratan Pada Abad Ke-20*, Kontributor dalam *Handbook Teori Politik* (penyusun) Gerald F. Gaus, Chandran Kukhatas, *op cit.*, hlm. 897.

24. ²⁴ Henry Schmandt, *op cit.*, hlm. 476.

pengalaman. Dalam semua bentuknya, idealisme menolak konsep negara yang mekanistik dan utilitarian karena kondisinya yang materialistik.

Kant memberikan pengaruh awal, tatkala mengunggah problem politik yang menurutnya adalah realisasi dari imperative kategoris, pelaksanaan hukum yang sepenuhnya berjalan sendiri. Sebuah pandangan fondasional yang sifatnya murni apriori, artinya tidak memberi arah tertentu dalam tindakan manusia, tidak juga pedoman dalam keadaan khusus. Jika semua orang bertindak sesuai dengan hukum universal, masalah abadi berupa menyelaraskan kebebasan moral individu dengan kebebasan moral orang lain akan dapat dipecahkan. Di sinilah fungsi negara sebagai pelaksana tatanan, melalui perangkat-perangkat hukumnya tindakan-tindakan orang disesuaikan menurut aturan universal kebebasan (kategoris). Dan imperative menjadi basis uji untuk membentuk rekonsiliasi terkait apa yang dikehendaki untuk ditata. Negara melalui instrument hukumnya dan institusi politiknya berusaha menjalankan ketaatan terhadap kaidah-kaidah yang telah ditetapkan di dalam dimensi sosial dan politik.²⁵

Lain halnya dengan Hegel, dalam teori negaranya, Hegel menolak doktrin kontrak sosial Rousseau sebagai hal yang tidak masuk akal, karena mereduksi kesatuan-kesatuan individu dalam masyarakat sipil menjadi sebuah kontrak dan menjadi sesuatu yang didasarkan pada kehendak arbitrer mereka, pendapat mereka, dan kesepakatan yang 'buta' yang mereka tetapkan.²⁶

Gagasan kebebasan adalah salah satu inti dari gagasan Hegel, disamping ulasan mendalamnya soal Hasrat yang kemudian menginspirasi Fukuyama untuk berspekulasi tentang ending sejarah.

25. ²⁵ Lihat secara utuh dalam Immanuel Kant, *Kritik Atas Akal Budi Praktis*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005.

26. ²⁶ Hegel melihat negara sebagai roh di atas bumi dan secara sadar merealisasikan dirinya di sana... dalam memahami ide negara, kita tidak boleh melihat kepada bentuk-bentuk negara atau institusi tertentu, tetapi kita harus memahaminya sebagai roh, Tuhan yang nyata, dalam dirinya, semua realitas spiritual yang bermakna yang dimiliki manusia, hanya dimilikinya melalui negara. Dalam Henry Schmandt, *loc cit.*, hlm. 493.

Gagasan kebebasannya menjadi berbeda, karena terlepas dari penafsiran struktur normatif seperti misalnya dalam pandangan imperative kategoris Kant, tetapi merupakan dunia norma dan nilai tempat kita dilahirkan. Harus dipahami dalam dalam hubungannya dengan sejarahnya, keadaan dan perubahan yang tertera di atas semuanya (aspek), karenanya kebebasan dalam sebuah negara tidak menjadi status, tetapi pencapaian, meski dengan banyak kengerian dalam upaya meraihnya.²⁷

Lebih jauh Hegel menegaskan, prinsip negara modern memiliki kedalaman dan kekuatan luar biasa karena memungkinkan prinsip subyektivitas berlanjut hingga ke puncak. Tetapi juga mengembalikannya ke kesatuan substantif sehingga kesatuan ini dapat dipertahankan sebagai prinsip subyektivitas itu sendiri. Menurutnya, jenis liberalisme apapun itu, keliru dalam memahami bentuk kebebasan dan ketergantungan kebebasan kepada kehidupan etis bersama. Dalam bentuk radikalnya, liberalisme yang demikian itu merupakan contoh lanjutan dari romantisisme politis subyektif yang pernah dikecamnya pada gerakan mahasiswa Jerman di tahun 1817.²⁸

Baginya negara lebih dari sekedar mekanisme artifisial semata, tetapi lebih kepada sifat-sifat organisnya yang terdiri dari individu dengan kelompoknya, serta kelas-kelas. Dalam negara, orang-orang membangun rumah yang kokoh sehingga mereka menjadi subyek yang bebas hanya dalam keseluruhan, di mana masing-masing orang menjadi subyek atau individu sosial yang sadar diri. Aktualitas universal, yang mulai menunjukkan dirinya dalam keluarga dan masyarakat sipil, termanifestasikan sebagai konsep rasional dan *self-determining* dalam negara. Karenanya negara mempunyai hak absolut terhadap anggotanya,

27. ²⁷ Dalam konteks Indonesia, para tokoh seperti Soekarno, Hatta, dan Sjahrir, mereka memahami kebebasan dalam termin-termin yang berbeda. Meskipun ada penghayatan yang sama, karena terbentuk dari medan pengalaman yang serupa. Ketiganya menunjukkan bahwa kebebasan adalah status, yang dalam konteks perjuangan, ia adalah pencapaian historis.

28. ²⁸ Raymond Plant, *Pemikiran Politik di Eropa Daratan Pada Abad Ke-19*, Kontributor dalam *Handbook Teori Politik* (penyusun) Gerald F. Gaus, Chandran Kukhatas, *op cit.*, hlm. 888.

sebagai individu maupun kelompok, persisnya untuk mencapai kebebasan maksimal.²⁹

Inilah yang menyebabkan idealisme abad ke Sembilan belas baik dalam bentuk yang diberikan Kant maupun Hegel, telah mendapatkan banyak reaksi dan respon-respon keilmuan dan praksis. Seperti totalitarianisme kiri maupun kanan, telah menjadikan ide fondasional mereka sebagai sumber dukungan teoritis (terutama dari Hegel). Proses dialektika memberi Marx perangkat logis yang memungkinkannya untuk membangun teorinya tentang sosialisme ilmiah.

Demikian halnya dengan pemujaan terhadap negara, memberi fasisme senjata ideologis yang diperlukannya untuk menjustifikasi diri. Pernyataan ini tidak lantas berarti bahwa Hegel harus bertanggung jawab atasnya, juga Kant, tetapi doktrin-doktrin mereka telah membuka pikiran manusia yang tadinya introvert menjadi lebih extrovert, dan sebagian besar intelektual mampu menggunakan premis-premis mereka untuk merasionalisasikan pandangan ideologisnya.

c. Gagasan Negara Hukum Modern

Pada hakikatnya gagasan tentang negara hukum modern merupakan kelanjutan dari polemik Anglo-Amerika dan Kontinental, diistilahkan dengan *rule of law* dan *rechstaat*. Kedua istilah ini diciptakan-dimaksudkan untuk “menyelubungi” polemik paham-paham di dalamnya, seperti liberalisme politis-komprehensif, utilitarian-liberal, libertarian, dan mazhab idealis.

Paham-paham ini menyebar dalam bentuk antagonis satu dengan lainnya kedalam sistem hukum, namun ciri fondasional filsafat yang mendasarinya prinsip-prinsip *rule of law* dan *rechstaat* itu dapat diketahui darimana istilah ini berasal dan menuju kemana.

Gagasan tentang hukum negara atau negara hukum, yakni hukum yang menjadi pijakan beberapa cabang pemerintahan dan yang harus dipatuhi dalam menjalankan “kekuasaan”, merupakan jembatan antara

29. ²⁹ Henry Schmandt, *loc cit.*, hlm. 497.

absolutisme despotic—sewenang-wenang dengan konstitusionalisme yang telah berkembang maju. Pada yang terakhir, negara dalam pengertian sempit, menghilang. Ia larut kedalam aneka macam kekuasaan yang tersatukan secara formal oleh konstitusi dan bahkan oleh kehendak rakyat sebagaimana tampak dari program dan kegiatan partai-partai politik. Namun dalam keadaan darurat, negara kembali muncul, kendati dalam rangka memberlakukan peraturan dan semacamnya, setelah krisis berlalu, ia-negara kembali menghilang.³⁰

Ditinjau darisini, yang sudah tidak asing lagi dalam politik demokrasi konstitusi, seluruh hukum negara modern saat ini dapat dilihat berdasarkan hirarki sumber hukum, di mana yang tertinggi adalah konstitusi, sedangkan di tengah dan di bawahnya dijumpai undang-undang dan peraturan pemerintah.

Pembedahan dan pemilahan hukum publik dan privat, sangat penting bagi yurisprudensi Eropa, dianggap sebagai prestasi menentukan dalam pemikiran modern. Berasal dari hukum Romawi dizaman imperial, ia mendominasi yurisprudensi absolutisme Eropa dan para pewarisnya. Ia terkait erat dengan perkembangan negara modern dan tentunya juga dengan persoalannya. Sebaliknya, pembedaan ini tidak sepenuhnya merupakan bagian dari sistem dan pemikiran hukum Amerika, kita temukan pembedaan antara konstitusi dan hukum lain (adat).

Kecenderungan yang sama muncul di negara-negara Eropa yang telah menjauhi gagasan absolutisme—baik itu monarki maupun demokrasi—dan telah kembali pada konstitusionalisme murni. Di Inggris sendiri, pembedaan ini bahkan tidak pernah benar-benar diterima, di negara ini tidak diakui pemisahan antara hukum konstitusi dengan hukum lain.³¹

Maka, untuk memahami konsep negara hukum modern tanpa memahami karakteristik dan aliran-aliran atau mazhab-mazhab dibalik

30. ³⁰ Carl Joachim Friedrich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004, hlm. 272.

31. ³¹ Carl Joachim Friedrich, *loc cit.*,

ide tentang negara hukum itu adalah sesuatu yang tampak naif. Apalagi konsep-konsep hukum mulai diseragamkan, misalnya penyeragaman yang dilakukan oleh A.V. Dicey misalnya, terkait tiga prinsip negara hukum dalam konteks *rule of law*, untuk mengatakannya menjadi dasar bagi sebuah sistem hukum modern tentu saja terlalu mengada-ada, apalagi belakangan di Indonesia sering menyitir apa yang dikemukakan Dicey tersebut. ini hanyalah salah satu contoh saja dari sekian banyak pandangan akademik yang sebetulnya akan memicu problem *pseudo-science*,³² artinya orang terjebak pada kriteria dan melupakan karakterisasi mendasar pandangan-pandangan fondasional atau mazhab yang ada dibelakang proses terbentuknya gagasan negara hukum modern.

Oleh sebab itu, basis problem seperti ini haruslah dieliminir, Prof Achmad Ali,³³ telah memberikan standar yang sangat baik dalam hal tersebut, agar lebih memperjelas apa yang telah disinggung sebelumnya, berikut karakterisasi dan mazhab pemikiran hukum yang dalam perkembangannya telah berkontribusi dalam membentuk gagasan-gagasan tentang negara hukum modern:

Era Pra-modern	Era Modern (abad ke 20)	Mazhab Kontemporer (abad ke 21)
<ul style="list-style-type: none"> - Hukum alam; - Positivisme; - Utilitarian; - Formalism hukum; - Historisisme; - Marxisme; 	<ul style="list-style-type: none"> - Legal-realism Amerika Serikat; - Legal-realism Skandinavia; - Mazhab legal-sosiologis; - Mazhab legal-antropologis; - Mazhab legal psikologis; 	<ul style="list-style-type: none"> - Mazhab hukum dan pembangunan; - Mazhab chaos of law atau legal melee; - Mazhab hukum kritis; - Mazhab hukum dan ekonomi; - Mazhab hukum feminis; - Mazhab neo-revolusioner;

32. ³² Tidak jauh berbeda dengan misalnya apa yang dikaji oleh Munir Fuady, dalam *Teori Negara Hukum Modern (Rechstaat)*, Bandung: Refika Aditama, 2009.

33. ³³ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence); Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Vol I, Jakarta: Prenada Media Group, 2009, hlm. 47.

Dari visualisasi perkembangan pemikiran hukum di atas, kita menemukan sebuah titik pertemuan hukum dengan ekspresinya dan juga perbedaannya dalam interpedensi hukum dan keadilan, di dalam problema dan fenomena kekuasaan negara-negara modern dan negara berkembang saat ini dengan klaim dirinya sebagai negara hukum modern. Baik dalam bentuk *rule of law* maupun *rechstaat*, kita menemukan artikulasi kekuasaan dibuat semakin penting, dalam artian ditambahkan frase kekuasaan berdasarkan hukum. Kekuasaan dan keadilan sangat penting bagi sebuah negara, dan sangat penting bagi masyarakatnya, dua hal yang berbeda memang.

Negara hukum modern niscaya tanpa memperkuat kekuasaannya dan memberikan keadilan kepada masyarakatnya, aspek rasional dari keduanya sering dibuat kabur oleh bermacam-macam jenis kriteria negara hukum.

Negara modern dan berkembang telah berjumpa dengan tantangan atas pilihan penerapan sistem hukumnya yang lahir dari berbagai paham yang tersebar mulai zaman pencerahan. Bahwa posisi relative norma tertentu dalam hirarki norma di dalam sebuah sistem hukum tidak selalu sesuai dengan makna substantif norma tersebut bagi kehidupan masyarakat hukum beserta warganya.³⁴

Sehingga ada tiga kendala yang dapat ditemui dalam kegiatan teorisasi negara hukum modern saat ini, *pertama*, kemunduran filsafat hukum. Dalam banyak negara berkembang kita menemukan pengadopsian filsafat hukum dari negara-negara modern, sehingga semakin mempertajam dikotomi negara modern dan berkembang. Padahal bagi setiap negara berkembang yang memiliki konstitusi, dengan demikian telah mempunyai *golden rule* keilmuan untuk dikembangkan berdasarkan karakteristik tradisi hukum yang ada di negara-negara tersebut.

34. ³⁴ Carl Joachim Friedrich, *op cit.*,

Kedua, hukum dan legitimasi kekuasaan, yang di bagian lain berbeturan dalam bentuk kaidah, normatif dan sosial. Terlihat kepentingan formalitas berada dalam struktur internal dari hubungan tersebut. komponen-komponen hubungan tersebut kemudian membentuk dirinya menjadi doktrin, konsep, asas, dan proses, maka dengan begitu hukum² menjadi legitimasi dalam banyak bentuk, dan tak pernah bisa disebut otonom. *Ketiga*, apa yang disebut sebagai kesadaran hukum dan ketaatan hukum, meminjam terminologi dari Prof Satjipto Rahardjo,³⁵ perlu disadarkan kembali logika kepatutan di dalam hukum, semacam upaya untuk menempatkan diri kedalam kepatutan-kepatutan, darisanalah logika keadilan itu berasal. Sehingga kemudian, bukanlah peraturan yang kemudian harus dan akan digunakan membangun kesadaran hukum dan ketaatan, tetapi logika akan tenggelam kedalam kaidah-kaidah yang hidup jauh lebih tua daripada konsep hukum modern itu sendiri.

2. Tipikal Negara Lintas Zaman

a. Tipe Negara timur purba.

Tipe negara periode ini bersifat teokratis, dengan menempatkan raja sebagai wakil tuhan di bumi ini. Karena itu, tipe Negara seperti ini cenderung absolut dan despotisme, dengan kekuasaan yang berada dalam satu tangan, yaitu berada pada raja itu sendiri. Namun demikian, bagaimana realitas dari tipe negara seperti ini, sangat tergantung pada bagaimana tingkat kebijaksanaan dan tingkat kezaliman dari raja itu sendiri.

b. Tipe Negara Yunani kuno.

Dalam tipe negara Yunani kuno, sudah berbeda dengan tipe Negara-negara sebelumnya. Orang-orang Yunani sudah mulai berpikir tentang konsepsi Negara. Yang kala itu terdiri dari Negara-negara kecil berupa negara kota/polis (*polis, city state*), seperti

35. ³⁵ Baca selengkapnya terminologi ini dalam Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Jakarta: Kompas, 2006. Dan Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2012.

Athena, Sparta dan lain-lain. Dengan menerapkan demokrasi langsung.

c. Tipe Negara romawi

Tipe negara romawi, awal-awalnya masih menggunakan sistem negara kota seperti di Yunani, tetapi kemudian mereka kembangkan menjadi bentuk Negara besar, di mana kekuasaan kaisar masih bersifat absolut, tetapi di yakini bahwa kekuasaan tersebut berasal dari rakyat. Meskipun konsepnya berkembang, tetapi dari aspek sistem hukum ketatanegaraan di romawi tidak secepat perkembangan sistem hukum perdata dan pidananya.

d. Tipe Negara abad pertengahan.

Untuk tipe negara abad pertengahan lebih menekankan kepada kekuasaan yang berdasarkan keperdataan, tetapi masih bersifat feodalisme, dengan dominasi dan pengaruh agama besar/gereja. Sementara bagi Negara-negara timur tengah dan sebagian negara timur jauh, sistem ketatanegaraannya sama sekali berbeda, di mana pemerintah di jalankan dengan sistem kekhalifahan yang berdasarkan ajaran islam.

e. Tipe Negara modern.

Selanjutnya, dalam sistem negara modern di mana era ini banyak melahirkan para pemikir-pemikir yang mulai berorientasi sepenuhnya terhadap ketatanegaraan, yang kemudian banyak diadopsi pemikirannya untuk diterapkan ke dalam sebuah sistem kenegaraan. seperti ajaran-ajaran John Locke, Thomas Hobbes, Rousseau, Montesquiu dan lain-lain.

Negara-negara yang mengadopsinya mulai menerapkan dan mengembangkan sistem negara ke arah demokrasi, dengan pembatasan terhadap kekuasaan kepala negara melalui sistem distribusi kekuasaan dengan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak rakyat. Inggris adalah yang paling awal mempraktikan sistem negara demokrasi modern, dengan sistem pemerintahan

berdasarkan Magna Charta (tahun 1215), Habeas Corpus Act (tahun 1679), Bill of Rights (tahun 1688).

Kemudian negara Amerika Serikat muncul di barisan terdepan yang secara revolusioner dan komprehensif menciptakan sistem negara modern³⁶, yang dimulai dengan terciptanya Virginia Bill of Rights (tahun 1776), kemudian disusul dengan konstitusi negara Amerika Serikat (tahun 1778).

Konstitusi Negara Amerika Serikat kemudian dicontoh dan menjadi model dari konstitusi bagi sebagian besar Negara-negara modern di dunia ini termasuk Negara-negara besar di eropa, seperti konstitusi Perancis (tahun 1791), konstitusi Belanda (tahun 1814), konstitusi Belgia (tahun 1831), konstitusi Austria (tahun 1861), konstitusi Swiss (tahun 1874), dan lain-lain.

Dengan demikian dapat di katakan bahwa konsep negara hukum sebenarnya baru dipraktikkan secara meluas di era ini. Meskipun benih-benih negara hukum sebenarnya sudah lama ada, menurut Muhammad Yamin, di Indonesia konsep negara hukum sudah di kenal sejak abad ke-5 masehi, di negara Tarum (dikenal dengan Tarumanegara) dibawah pemerintahan Prabu Purnawarman.

Diikuti oleh negara Kutai di bawah pemerintahan Raja Mulawarman, melayu minangkabau sampai abad ke-14 masehi yang di perintah juga di bawah sistem kerajaan, selanjutnya kerajaan Sriwijaya di Palembang yang memerintah dalam kurun waktu yang cukup lama, dan keprabuan Singasari dan Majapahit sampai abad ke-16 masehi. Semua negara/kerajaan tersebut menerapkan konsep negara hukum dengan konstitusinya yang tidak tertulis, yang berdasarkan pada kebiasaan semata-mata (Astim Riyanto, 2006: 116)³⁷.

36. ³⁶ Munir Fuady, *Teori Negara Hukum Modern... op cit.*, 31-32.

37. ³⁷ Munir Fuady, *loc cit.*,

Dalam sejarah ketatanegaraan terlihat bahwa konsep negara hukum mengandung pengertian yang luas dan elastis, tidak mengherankan di banyak negara, konsep negara hukum sering disalah gunakan esensinya. Di samping bersifat elastis, konsep negara hukum dalam perkembangannya juga bersifat dinamis. Sehingga dapat juga dikatakan bahwa konsep negara hukum yang sebenarnya belum final, tetapi masih akan terus mengikuti perkembangan pemikiran dan konsepsi manusia tentang kehidupan berbangsa dan bermasyarakat.

Di samping itu, seperti telah pernah di sebutkan bawa inti dari negara hukum adalah semua orang, baik yang memerintah maupun yang diperintah, sama-sama tunduk kepada hukum yang berlaku, dalam arti semua orang di berlakukan sama di hadapan hukum, dan yang berbeda secara rasional di berlakukan berbeda pula.

Secara teoritis, jika semua orang harus tunduk dan dipaksa tunduk kepada hukum, tetapi hukumnya tidak adil, hal ini berarti orang tersebut hidup dalam negara yang sebenarnya tirani. Karena itu, terhadap istilah negara hukum, sebenarnya yang jauh lebih akurat jika dipakai istilah “negara keadilan” atau “negara hukum yang berkeadilan”. Namun perlu di ingat juga adalah “keadilan” bukan merupakan satu-satunya tujuan negara hukum.

3. Pengertian dan Obyek Lingkup Hukum Tata Negara

a. Istilah-Istilah

Istilah hukum tata negara itu sendiri, sebetulnya cukup lentur, karenanya terdapat beragam pandangan. Dalam tradisi *common law* misalnya, istilah ini menunjuk kepada hukum konstitusi (*constitutional law*). Sementara dalam *civil law*, istilah hukum tata negara disebut *staatsrecht* (hukum negara), terkandung di dalamnya dua pengertian, yakni, *staatsrecht in ruimere zin* (dalam arti luas), dan *staatrecht in engere zin* (dalam arti sempit), yang kedua inilah yang disebut sebagai hukum tata negara, atau *verfassungrecht* dalam bahasa Jerman.

Hukum tata negara dalam arti sempit (*staatsrecht in engere zin/verfassungrecht*) ini dibedakan lagi menjadi dua pengertian, yakni, pengetahuan luasnya mencakup hukum tata negara (*verfassungrecht*), dan dalam arti sempitnya mencakup hukum administrasi negara (*verwaltungrecht*).³⁸ Di bagian ini, sebaiknya perlu kita perhatikan pendapat Djokosoetono, yang mengambil jalan tengah atas penggunaan istilah-istilah dalam tradisi *civil law* yang kebanyakan membingungkan itu.³⁹

Djokosoetono memilih untuk menggunakan istilah *verfassungslehre* daripada *verfassungrecht*, ini terutama mengambil jalan tengah teoritik di antara pandangan teoritik Carl Schmitt yang menulis soal *verfassungslehre* dan Herman Heller yang menulis *staatslehre* [juga misalnya Hans Kelsen yang menulis *algemeine staatslehre*]. Menurut Djokosoetono, istilah yang tepat untuk hukum tata negara sebagai ilmu adalah *verfassungslehre* [atau teori konstitusi], ini nantinya akan menjadi dasar untuk mempelajari *verfassungsrecht* [sistem hukum tata negara], terutama mengenai hukum tata negara dalam arti positif.

Sementara itu, di dalam sistem *socialist law*, istilah hukum tata negara menunjuk kepada makna hukum konstitusi, “*state law*”, “*fundamental law*” (contohnya Uni Soviet, di mana ide Marxist/Leninist lah materi manifest konstitusinya).⁴⁰ Namun dalam soal “corak”, dari aspek historis misalnya, beberapa pakar mengatakan bahwa sistem *socialist* hanyalah perluasan dari sistem *civil law*.

Dengan demikian yang disebut sebagai hukum tata negara, sebagai dikatakan di atas, adalah lentur secara teoritik, sementara di dalam bentuk aplikasi-sistemiknya hukum tata negara itu, ialah terkait erat dengan

38. ³⁸ Bandingkan dengan Lusia Indrastuti dan Susanto Polamolo, *Hukum Tata Negara dan Reformasi Konstitusi Di Indonesia; Refleksi Proses Dan Prospek Di Persimpangan*, Yogyakarta: Total Media, 2013, hlm. 2-6.

39. ³⁹ Dari berbagai bahan kuliah yang dikumpulkan Harun Alrasid, yang kemudian diterbitkan, Djokosoetono, *Hukum Tata Negara*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982. Lihat juga dalam Jimly Asshiddiqie, *loc cit.*,

40. ⁴⁰ Lihat Sjahran Basah, *Hukum Tata Negara Perbandingan*, Bandung: Alumni, 2012, hlm. 78.

konstitusi, peraturan perundangan, dan tata pemerintahannya. Dapat dikatakan pula, bahwa di dalam sistem yang teraplikasi tersebut, juga dapat ditelusuri dan dipelajari keterkaitan sifat dan corak dari sebuah sistem hukum tata negara.

b. Pengertian

Pengertian “Hukum Tata Negara” sendiri secara sederhana berasal dari perkataan “hukum”, “Tata”, dan “Negara”, yang di dalamnya dibahas mengenai urusan penataan negara. Tata yang terkait dengan kata “tertib”, yang biasa juga diterjemahkan sebagai “tata tertib”. Tata Negara berarti sistem penataan negara, yakni berisi ketentuan mengenai struktur kenegaraan dan substansi norma kenegaraan. Berikut beberapa pandangan seputar pengertian hukum tata negara, dan lingkup kajiannya, di antaranya:

- Van Vallenhoven: hukum tata negara mengatur semua masyarakat hukum atasan dan masyarakat hukum bawahan menurut tingkatannya, dan dari masing-masing itu menentukan wilayah lingkungan rakyatnya, dan akhirnya menentukan badan-badan dan fungsinya masing-masing yang berkuasa dalam lingkungan masyarakat hukum itu serta menentukan susunan dan wewenang badan-badan tersebut;
- Scholten: hukum tata negara adalah hukum yang mengatur organisasi daripada Negara;
- Van der Pot: Hukum Tata Negara adalah peraturan-peraturan yang menentukan badan-badan yang diperlukan serta wewenangnya masing-masing, hubungannya dengan yang lainnya dan hubungannya dengan individu-individu;
- Longemann: Hukum Tata Negara adalah hukum yang mengatur organisasiorganisasi Negara;
- Apeldoorn: Hukum Negara dalam arti sempit menunjukkan organisasi-organisasi yang memegang kekuasaan pemerintahan

dan batas-batas kekuasaannya., Hukum Negara dalam arti luas meliputi Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara;

- Wade and Philips: Hukum Tata Negara mengatur alat-alat perlengkapan Negara, tugas, dan hubungannya antar perlengkapan Negara itu;
- Paton: Hukum Tata Negara adalah hukum mengenai alat-alat, tugas dan wewenang alat-alat perlengkapan Negara;
- R. Kranenburg: Hukum Tata Negara meliputi hukum mengenai susunan hukum dari Negara- terdapat dalam UUD;
- Utrecht: Hukum Tata Negara mempelajari kewajiban sosial dan kekuasaan pejabat-pejabat Negara;
- J.R. Stellinga: Hukum Tata Negara adalah hukum yang mengatur wewenang dan kewajiban-kewajiban alat-alat perlengkapan Negara, mengatur hak, dan kewajiban warga Negara;
- L.J. Apeldorn Pengertian Negara mempunyai beberapa arti:
 - * Negara dalam arti penguasa, yaitu adanya orang-orang yang Memegang kekuasaan dalam persekutuan rakyat yang mendiami suatu daerah;
 - * Negara dalam arti persekutuan rakyat yaitu adanya suatu bangsa yang hidup dalam satu daerah, dibawah kekuasaan menurut kaidah-kaidah hukum;
 - * Negara dalam arti wilayah tertentu yaitu adanya suatu daerah tempat berdiamnya suatu bangsa dibawa kekuasaan;

Dari ragam pengertian di atas, dapat ditarik beberapa simpul pengertian hukum tata negara ialah:⁴¹

- a). Hukum Tata Negara itu adalah ilmu yang termasuk salah satu cabang ilmu hukum, yaitu hukum kenegaraan yang berada di ranah hukum publik;

41. ⁴¹ Jimly Asshiddiqie, *op cit.*, hlm. 28.

- 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 antar 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 disebut sebagai *verfassungsrecht* (hukum konstitusi), dan sekaligus *verfassungslehre* (teori konstitusi);
- 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*).

c. Lingkup Hukum Tata Negara

Lingkup kajian hukum tata negara, sebenarnya cukup beragam dijelaskan oleh para ahli terkemuka, yang sering menjadi bahan rujukan ahli-ahli tata negara di Indonesia, seperti misalnya: Logemann, sarjana Inggris Michael J. Allen dan Brian Thompson, *textbook* yang ditulis Michael T. Molan, O. Hood Philips, juga Erwin Chemerinski, dan lain-lain. Masing-masing memperlihatkan cakupan kajian yang luas.⁴²

Di Indonesia sendiri, juga dikenal beberapa buku yang biasa dijadikan pegangan, di antaranya: *textbook* karya Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim yang berjudul *Pengantar Hukum Tata Negara Indonesia*. Lingkup kajian yang menjadi inti dari karya ini yaitu pada bagian ke (2) Ilmu Pengetahuan Hukum Tata Negara; (3) Sumber-Sumber Hukum Tata Negara; (4) Konstitusi; Di samping itu, juga terdapat *textbook* karya Prof. Kusumadi Pudjosewojo yang berjudul *Pedoman Pelajaran Tata Hukum Indonesia*, yang membahas khusus mengenai tata hukum di Indonesia.

42. ⁴² Karya-karya ini dibahas spesifik dalam Jimly Asshiddiqie, *op cit.*, hlm. 56.

Selain karya-karya di atas, *textbook* karya Prof. Jimly Asshiddiqie yang berjudul *Pengantar Hukum Tata Negara*, juga menjadi salah satu karya yang paling sering dirujuk. Bahan-bahan yang disajikan dalam *textbook* ini luas dan komprehensif. Lingkup kajian Hukum Tata Negara yang dibahas dalam karya ini, di antaranya: Bab II. Disiplin Ilmu Hukum Tata Negara, Bab ini menjelaskan tentang (A). Negara Sebagai Obyek Ilmu Pengetahuan; (B). Ilmu Hukum Tata Negara; (C). Keluarga Ilmu Hukum Kenegaraan; (D). Obyek dan Lingkup Kajian Hukum Tata Negara; (C). Obyek dan Lingkup Kajian Hukum Administrasi Negara.

Kemudian pada Bab III, menjelaskan tentang (A). Sejarah Konstitusi; (B). Arti dan Pengertian Konstitusi; (C) Nilai dan Sifat Konstitusi; (C). Nilai dan Sifat Konstitusi; (D). Tujuan dan Hakikat Konstitusi. Selanjutnya, pada Bab IV diuraikan mengenai sumber-sumber hukum tata negara.

Para ahli pada dasarnya memiliki ukuran tersendiri mengenai lingkup kajian Hukum Tata Negara, pokok yang dibahas umumnya meliputi semua aspek hukum yang berkenaan dengan negara dan pemerintahan. Terkait hal ini, ada lima pertanyaan kunci yang diajukan John Alder guna merumuskan lingkup kajian Hukum Tata Negara: (1). Siapa atau lembaga apakah yang menjalankan berbagai fungsi kekuasaan negara? (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 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 Jimly, lima pertanyaan kunci yang diajukan John Alder, terlalu sederhana, tetapi cukup mewakili. Dalam studi Hukum Tata Negara, lingkup kajian pada dasarnya tidak terlepas dari: konstitusi, pola dasar ketatanegaraan yang dianut suatu negara, dan yang dijadikan acuan, lalu mekanisme kerja organisasi-organisasi negara, struktur kelembagaannya, serta prinsip-prinsip kewarganegaraan, hubungan negara dengan warga, hak-hak asasi dan kewajiban, prosedur pengambilan keputusan hukum, bagaimana mekanisme melakukan perlawanan terhadap keputusan hukum.

Dengan demikian, lingkup kajian hukum tata negara, sebetulnya dapat dirinci dengan lebih terurai. Tetapi, dapat pula merumuskannya dalam garis-garis besar saja, tergantung kepada data yang disajikan.

B. BEBERAPA PEMBEDAAN DALAM HUKUM TATA NEGARA

1. Formal-Materiil

Pembedaan-pembedaan yang signifikan, salah satunya disuguhkan oleh Jimly Asshiddiqie yang mengutip Logemann dan Djokosoetono.⁴³ Masing-masing membedakan Hukum Tata Negara Formal-Materiil itu pada 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 pelembagaannya.

Terkait dengan Undang-Undang yang menjadi obyek kajian Hukum Tata Negara materiil-formil juga mempunyai tiga arti. Dalam arti materiil, *algemene verbindende voorschriften*. Dalam arti formal, yaitu bahwa Undang-Undang itu telah mendapat persetujuan (*wilsovereen-stemming*) bersama antara pemerintah [dan misalnya DPR di Indonesia]. selanjutnya,

43. ⁴³ Jimly Asshiddiqie, *ibid.*, hlm. 30-31.

dalam arti naskah hukum yang harus terdokumentasi (*gedocumenteerd*) dalam Lembaran Negara, supaya bersifat *bewijsbaar*, atau dapat menjadi alat bukti.

2. Hukum Tata Negara Umum dan Positif

Selain formil-materiil, Jimly Asshiddiqie⁴⁴ juga menyuguhkan perbedaan antara Hukum Tata Negara Umum dan Hukum Tata Negara Positif. Yang pertama membahas asas-asas, prinsip-prinsip yang berlaku umum. Yang kedua membahas Hukum Tata Negara yang berlaku pada suatu tempat dan waktu tertentu [sesuai dengan pengertiannya hukum positif].

Hukum Tata Negara positif itu misalnya, membahas Hukum Tata Negara Indonesia, Inggris, atau Amerika. Sementara, prinsip-prinsip teoritis yang berlaku umum atau universal di seluruh negara tersebut adalah merupakan materi kajian Hukum Tata Negara Umum.

3. Statis-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 obyek 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 obyek kajiannya ditelaah dalam keadaan bergerak (*staat in beweging*). Pengertian yang terakhir inilah yang biasa disebut sebagai bidang Ilmu Hukum Administrasi Negara (*Administrative Law, Verwaltung-strecht*).
[]

44. ⁴⁴ Jimly Asshiddiqie, *ibid.*, hlm. 32.

BAB II

SUMBER HUKUM TATA NEGARA

“Fungsi norma dasar adalah untuk memungkinkan penafsiran normatif mengenai fakta-fakta tertentu, dan itu berarti, penafsiran fakta-fakta sebagai kriteria dan penerapan dari orma-norma yang valid...oleh sebab itu, isi suatu norma dasar ditentukan oleh fakta-fakta penciptaan dan penerapan suatu tatanan hukum, yang pada umumnya sesuai dengan fakta-fakta pengaturan perbuatan para individu...”
(Hans Kelsen)

A. PERISTILAHAN DAN PENGERTIAN

Setiap bidang konsentrasi hukum mempunyai sumber-sumber hukumnya sendiri, sesuai dengan sistem hukumnya masing-masing. Misalnya sistem *common law* lebih mengutamakan asas *precedent* dan doktrin *judge made-law* sehingga yurisprudensi peradilan lebih diutamakan, sedangkan *civil law*, peraturan tertulislah yang lebih diutamakan⁴⁵.

Sumber hukum memiliki istilah yang berbeda-beda, tergantung dari: sudut pandang mana sumber hukum itu dilihat. Paton George White Cross⁴⁶, mengatakan bahwa: “*istilah sumber hukum itu mempunyai banyak arti yang sering menimbulkan kesalahan-kesalahan kecuali kalau diteliti dengan saksama mengenai arti tertentu yang diberikan kepadanya dalam pokok pembicaraan (sudut pandang) tertentu*”. Sementara menurut

45. ⁴⁵ *Op. Cit.*, hlm. 127.

46. ⁴⁶ Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara*, Cetkelima, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara, FH-UI, 1983, hlm. 44;

Utrecht: “Kebanyakan para ahli memberikan istilah sumber hukum, berdasarkan sudut pandang keilmuannya”.

Pertama, sumber hukum ditinjau dari sudut pandang ahli sejarah, sumber hukum memiliki arti; 1) sumber hukum dalam arti pengenalan hukum; 2) sumber hukum dalam arti sumber darimana pembentuk ikatan hukum memperoleh bahan dan dalam arti sistem-sistem hukum darimana tumbuh hukum positif suatu negara. Sumber hukum ini, berfungsi untuk: menyelidiki perkembangan hukum dari masa ke masa, sehingga akan diketahui perkembangan, pertumbuhan, dan perubahan-perubahan, antara hukum yang berlaku disuatu negara.

Kedua, sumber hukum, ditinjau dari: sudut para ahli filsafat. Menurut ahli filsafat sumber hukum diartikan sebagai: 1) sumber untuk menentukan isi hukum, apakah isi hukum itu sudah benar, adil sebagaimana mestinya atautkah masih terdapat kepincangan dan tidak ada rasa keadilan; 2) sumber hukum untuk mengetahui kekuatan mengikat hukum, yaitu untuk mengetahui mengapa orang taat kepada hukum.

Ketiga, sumber hukum, ditinjau dari: sudut pandang sosiolog dan antropolog budaya. Menurut pandangan ini, yang dianggap sebagai sumber hukum, adalah: keadaan masyarakat itu sendiri dengan segala lembaga sosial budaya di dalamnya. **Keempat**, sumber hukum, ditinjau dari: sudut pandang keagamaan (religius). Menurut sudut pandang agama, yang merupakan sumber hukum, adalah: kitab-kitab suci atau ajaran agama itu. **Kelima**, sumber hukum ditinjau dari sudut ekonomi, di mana yang menjadi sumber hukum, adalah: apa yang tampak dilapangan ekonomi.

Keenam, sumber hukum, ditinjau dari: sudut pandang para ahli hukum. Menurut ahli hukum, sumber hukum memiliki, arti; 1) sumber hukum formal, yaitu: sumber hukum yang dikenal dalam

bentuknya. Karena bentuknya itu, sumber hukum formal diketahui dan ditaati, sehingga hukum berlaku, misalnya: undang-undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi, dan pendapat ahli hukum (doktrin); 2) sumber hukum materiil, yaitu: sumber hukum yang menentukan isi hukum. Sumber hukum materiil diperlukan ketika, akan menyelidiki asal usul hukum dan menentukan isi hukum.

Dalam ilmu pengetahuan hukum, pengertian sumber hukum digunakan dalam beberapa pengertian oleh para ahli dan penulis. *Pertama*, sumber hukum dalam pengertian sebagai 'asalnya hukum', ialah: berupa keputusan penguasa yang berwenang untuk memberikan keputusan tersebut. Artinya: keputusan itu haruslah berasal dari penguasa yang berwenang untuk itu⁴⁷. *Kedua*, sumber hukum dalam pengertian sebagai 'tempat', ialah berupa: ditemukannya peraturan-peraturan hukum yang berlaku. Bentuknya, berupa: undang-undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi atau doktrin (di Indonesia contohnya: UUD 1945, ketetapan MPR, UU, Perpu, PP, Kepres dan lainnya. *Ketiga*, sumber hukum dalam pengertian: sebagai hal-hal, yang dapat atau seyogyanya memengaruhi kepada penguasa di dalam menentukan hukumnya. Misalnya: keyakinan akan hukumnya, rasa keadilan, ataupun perasaan akan hukum. Dalam pola pikir Eropa Kontinental, lebih menitik beratkan pada sumber hukum dalam arti formal, karena sumber hukum dalam arti formal inilah yang bersifat operasional, artinya yang berhubungan langsung dengan penerapan hukum.

Menurut pemikiran Eropa Kontinental,⁴⁸ istilah itu berkaitan dengan proses terjadinya hukum dan mengikat masyarakat. Apa yang mereka artikan dengan proses bukan sekedar tindakan yang

47. ⁴⁷ Juniarto, *Selayang Pandang Tentang Sumber-sumber Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 1990. Hlm. 3.

48. ⁴⁸ H. Alwi Wahyudi, *Hukum Tata Negara Indonesia dalam Perspektif Pancasila Pasca Reformasi*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2012, hlm. 104.

dilakukan oleh lembaga legislatif dan lembaga-lembaga pemerintahan lainnya untuk memproduksi dokumen-dokumen resmi, melainkan juga penerimaan masyarakat terhadap substansi aturan sebagai aturan hukum. Di Eropa Kontinental, penerimaan dan pengakuan substansi sebagai aturan hukum oleh masyarakat merupakan elemen kunci bagi sumber hukum dalam arti formal. Sementara dalam alam pikiran Anglo Saxon, dibedakan antara: sumber hukum dalam arti formal dan sumber hukum dalam arti materiil.

Sumber hukum formal (*source of law in formal sense*) diartikan: sebagai tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Hal ini berkaitan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu berlaku formal. Sumber hukum dalam arti formal, terdiri dari: peraturan perundang-undangan, kebiasaan (konvensi), yurisprudensi, traktat, dan doktrin.

Sedangkan, sumber hukum dalam arti materiil (*source of law in material sense*), adalah: sumber hukum yang berasal dari substansi hukum, yaitu faktor-faktor masyarakat yang mempengaruhi pembentukan hukum, faktor-faktor yang ikut mempengaruhi isi dari aturan-aturan hukum, atau tempat dari mana materi hukum itu diambil. Sumber hukum materiil inilah yang menjadi faktor, yang membantu pembentukan hukum.⁴⁹

Secara formal (bentuk) sumber hukum dapat dirinci sebagai berikut:

- 1) Hukum perundang-undangan ketatanegaraan;
- 2) Hukum adat kenegaraan;
- 3) Hukum kebiasaan ketatanegaraan, atau konvensi ketatanegaraan;
- 4) Yurisprudensi ketatanegaraan;

49. ⁴⁹ Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2005, Hlm. 31.

- 5) Hukum perjanjian internasional ketatanegaraan & Doktrin ketatanegaraan;⁵⁰

Secara materiil, sumber yang menentukan isi kaidah hukum tata negara, ialah:

- 1) Dasar dan pandangan hidup negara;
- 2) Kekuatan-kekuatan politik yang berpengaruh pada saat merumuskan; kaidah-kaidah hukum tata negara;

Dalam uraian Juniarto, istilah sumber hukum tata negara dapat dipandang dalam tiga pengertian:

- 1) Sumber dalam arti sebagai asal hukum tata negara, yaitu yang berkaitan dengan kewenangan penguasa, antara lain;
 - a). Adanya suatu peraturan hukum yang dikeluarkan oleh penguasa yang berwenang untuk mengeluarkan keputusan tersebut;
 - b). Adanya kewenangan itu merupakan syarat mutlak untuk sahnya keputusan tersebut;
 - c). Kewenangan yang dimiliki oleh penguasa harus ada dasar hukumnya;
- 2) Sumber dalam arti tempat ditemukannya hukum tata negara, yaitu sumber yang membahas mengenai macam-macam, jenis-jenis, bentuk-bentuk peraturan terutama yang tertulis, dapat berupa undang-undang, peraturan pemerintah, keputusan presiden atau peraturan lainnya;
- 3) Sumber dalam arti sebagai hal-hal yang dapat mempengaruhi penentuan hukum tata negara, artinya dalam membuat hukum positif yang baik dan yang adil sesuai dengan keadaan dan kebutuhan, harus juga memperhatikan beberapa ketentuan antara lain. Keyakinan, rasa keadilan serta perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat, dengan harapan hukum yang disusun dengan arif dan bijaksana itu dapat diterima oleh masyarakat luas.

50. ⁵⁰ Bagir Manan, *Konvensi Ketatanegaraan*, Bandung: Armico, 1987, hlm. 14.

Berdasarkan uraian di atas, maka, pengertian sumber hukum pengerucutannya dapat dibedakan menjadi dua pengertian: *pertama*, sumber pengenalan hukum (*kenbron van het recht*). Dalam hal ini, mengandung pengertian: sumber hukum yang mengharuskan, untuk menyelidiki asal dan tempat diketemukannya hukum. *Kedua*, sumber asal nilai-nilai yang menyebabkan timbulnya atau lahirnya aturan hukum (*welbron van het recht*), yaitu: sumber hukum yang mengharuskan untuk membahas asal sumber nilai yang menyebabkan, atau menjadi dasar dari aturan hukum.⁵¹

B. SUMBER HUKUM TATA NEGARA

Dalam bidang Ilmu Hukum Tata Negara umumnya, yang biasa diakui sebagai sumber hukum terdiri dari:⁵²

- 1). Undang-Undang Dasar, dan peraturan perundang-undangan tertulis;
- 2). Yurisprudensi peradilan;
- 3). Konvensi ketatanegaraan;
- 4). Hukum internasional; dan
- 5). Doktrin ilmu hukum tata negara.

Di 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 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.

51. ⁵¹ Titik Triwulan Tutik, *Konstruksi Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010, hlm 37-38.

52. ⁵² Jimly Asshiddiqie, *op cit.*, hlm. 128.

Beberapa ahli seperti A.V. Dicey dan John Alder, masing-masing telah memberikan gambaran mengenai sumber hukum tata negara, sebagaimana diuraikan dalam buku Jimly Asshiddiqie, uraian keduanya berbasis kepada sistem hukum di Inggris. Dari uraian-uraian tersebut Jimly kemudian menawarkan tujuh macam sumber hukum tata negara yang cukup berbeda dari keduanya, dan telah disesuaikan dengan sistem hukum ketatanegaraan Indonesia.⁵³ Ketujuh sumber hukum tata negara yang diajukan Jimly, lentur secara teoritik, juga dapat diinterpretasi mengikuti perkembangan sistem hukum ketatanegaraan. Berikut ketujuh macam sumber tersebut:

- 1). Nilai-nilai konstitusi yang tidak tertulis;
- 2). Undang-Undang Dasar, baik pembukaannya maupun pasal-pasalanya;
- 3). Peraturan perundang-undangan tertulis;
- 4). Yurisprudensi peradilan;
- 5). Konvensi ketatanegaraan, atau *constitutional conventions*;
- 6). Doktrin ilmu hukum, yang telah menjadi *ius comminis opinio doctorum*;
- 7). Hukum internasional yang telah diratifikasi, atau telah berlaku sebagai hukum kebiasaan internasional.

C. 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*).⁵⁴ Kadang-kadang, istilah konvensi atau konvensi ketatanegaraan itu dianggap identik dengan kebiasaan atau kebiasaan ketatanegaraan, padahal sebenarnya berbeda. Kebiasaan mempersyaratkan pengulangan, sedangkan

53. ⁵³ Selengkapnya dalam Jimly Asshiddiqie, *ibid.*, hlm. 133.

54. ⁵⁴ *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*”.

konvensi tidak. Sehingga, hemat penulis, perlu mendapatkan penjelasan lebih lanjut, di bagian sub-Bab tersendiri.

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 law* yang tidak saja merupakan hukum dalam pengertian yang mutlak (*strict sense*), tetapi juga memerlukan *inmemorial antiquity* untuk pemberlakuannya. Sementara itu, *constitutional convention* sama sekali tidak membutuhkan *inmemorial antiquity* semacam itu.⁵⁵

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.

Konvensi-konvensi ketatanegaraan, tidak saja dijumpai di negara-negara yang tidak mengenal dokumen konstitusi tertulis, tetapi juga kebanyakan negara dengan konstitusi tertulis. Di semua negara anggota Persemakmuran (*Commonwealth*) seperti Australia,⁵⁶ Amerika Serikat dan sebagainya, konvensi-konvensi

55. ⁵⁵ Philips, Jackson and Leopold, *op cit.*, hlm 136.

56. ⁵⁶ Mengenai konvensi ketatanegaraan di Australia, baca misalnya George Winterton, *The Executive and the Governor General*, 1983;

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.⁵⁷

Begitu pun di Indonesia, banyak sekali *usages* dan *practices* dalam penyelenggaraan negara yang tidak didasarkan atas aturan tertulis, melainkan hanya didasarkan atas kebiasaan-kebiasaan yang diwarisi dari masa lalu. Misalnya, adanya Pidato Ketatanegaraan 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 Sunny, misalnya termasuk guru besar hukum tata negara yang berpendapat demikian. Menurutnya: “*Konvensi tidak perlu selalu merupakan ketentuan yang tidak tertulis yang timbul dari persetujuan (agreement) boleh saja berbentuk tertulis*”.⁵⁸ 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*, 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 16 Oktober 1945 atas Maklumat Pemerintah bertanggal 14 November 1945 juga ditandatangani dalam bentuk tertulis. Konvensi ketatanegaraan yang mendeskripsikan dan menjelaskan

57. ⁵⁷ W.B.Munro, *The Government of the United States*, 4th edition, 1936, hlm. 80-83.

58. ⁵⁸ Ismail Sunny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif... op cit.*, hlm. 41.

bagaimana konstitusi dijalankan, tumbuh dan berkembang. Fungsi utamanya adalah mengadaptasikan struktur kepada fungsinya.

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),⁵⁹ 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*,⁶⁰ Albert Venn Dicey, namanya biasa disingkat A.V. Dicey menekan perbedaan antara hukum konstitusi (*law conventions of the constitution*) dan kebiasaan konstitusi (*the conventions of the constitution*), bukan untuk maksud mengeluarkan yang kedua dari perhatian para mahasiswa agar tidak mengabaikan pentingnya menyelidiki mengenai konvensi ketatanegaraan atau *constitutional convention* dalam studi ilmu hukum tata negara.

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,

59. ⁵⁹ O. Hood Phillips, *Constitutional Convention: Dicey's Predecessors*, 29, M. L. R., 1966, hlm. 137;

60. ⁶⁰ Dicey, Op. Cit. Lihat juga R.A. Casgrove, *The Rule of Law*, Albert Venn Dicey, Victorian Jurist, 1981, hlm. 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 Convention: A Conventional Reply*, 1964; serta Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, 1984

konsepsi mengenai konvensi ketatanegaraan, dapat dibedakan dari kelima hal di bawah ini, yaitu:⁶¹

- (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 Idul Fitri dan Idul Adha, ataupun kebiasaan tabor bunga dan renungan suci pada 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.
- (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 kamus *R. vs Knuller 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. Sambil mengakui adanya perbedaan formal antara *laws* dan *convention*, 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*.⁶² Menurutnyanya ada juga hukum yang tidak disertai ketentuan mengenai

61. ⁶¹ Philips, Jackson and Leopold, *op cit.*, hlm. 136-138.

62. ⁶² J.D.B Mitchell, *Constitutional Law*, 2nd edition, 1968, hlm. 34-39.

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 per orang yang menduduki jabatan dalam badan pemerintahan itu.⁶³

(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 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 convention*), seperti: perlindungan atau pemberian kesempatan khusus kepada kelompok minoritas dalam perdebatan ataupun dalam rangka komposisi penyusun anggota komisi-komisi tertentu. Peraturan Tata Tertib (*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 *more practice*; dan (iii) barulah sebagian kecil lainnya dapat disebut *conventions*.

D. SUMBER-SUMBER HUKUM TATA NEGARA DI INDONESIA

1. Undang-Undang Dasar dan peraturan perundang-undangan tertulis

Undang-Undang Dasar adalah hukum dasar yang berlaku di suatu negara. Hukum ini tidak mengatur hal-hal yang terperinci melainkan hanya menjabarkan prinsip-prinsip yang menjadi dasar peraturan-

63. ⁶³ Raleigh vs Goschen, 1893, 1 Ch. 73 dalam Phillips, Jackson and Leopold, *op cit.*, hlm.137.

peraturan lainnya. Undang-Undang Dasar merupakan naskah konstitusi yang tertulis dalam satu kodifikasi.

Indonesia memiliki Undang-Undang Dasar 1945 sebagai hukum dasar, yang mana sebelumnya pernah berubah-ubah. Pertama naskahnya berupa UUD 1945 periode pertama dari tahun 1945 sampai 1949. Periode kedua konstitusi RIS tahun 1949. Ketiga, UUDS 1950. Keempat, UUD 1945 periode kedua tahun 1959 sampai 1999. Kelima, UUD 1945 periode ketiga tahun 1999 sampai 2000. Keenam, UUD 1945 periode keempat tahun 2000 sampai 2001. Ketujuh, UUD 1945 periode kelima tahun 2001-2002 dan terakhir UUD 1945 periode keenam tahun 2002 sampai sekarang.

Peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum. Indonesia memiliki peraturan perundang-undang yang diatur dalam UU No 12 tahun 2011 pasal 7. Di Indonesia sumber hukum yang pertama yaitu UUD, dan peraturan perundang-undangan diatur dalam UU No 12 Tahun 2011. Berikut urutannya:

Undang-Undang Dasar 1945

Materi muatan undang-undang dasar meliputi:

- Jaminan terhadap hak-hak asasi manusia dari warga Negara;
- Membebaskan kekuasaan dari kontrol mutlak penguasa;
- menetapkan bagi para penguasa tersebut batas-batas kekuasaan mereka.

Ketetapan MPR

Dalam Pasal 3 UUD 1945 ditentukan bahwa Majelis Permusyawaratan Rakyat menetapkan Undang-Undang Dasar dan Garis-Garis Besar Haluan Negara. Dengan istilah menetapkan tersebut maka orang berkesimpulan, bahwa produk hukum yang dibentuk oleh MPR disebut *Ketetapan MPR*.

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia nomor: I/MPR/2003 tentang Peninjauan Terhadap Materi dan Status Hukum Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara dan

Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Tahun 1960 sampai dengan Tahun 2002, tanggal 7 Agustus 2003.

Ada 8 ketetapan MPR yang sampai sekarang masih berlaku mengikat umum, yaitu:

- 1). Ketetapan MPRS nomor XXV/MPRS/1996 tentang pembubaran PKI, Pernyataan Sebagai Organisasi Terlarang di Seluruh Wilayah Negara RI bagi PKI dan Larangan Setiap Kegiatan untuk Menyebabkan 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 menghormati hukum, prinsip demokrasi, dan hak asasi manusia.
- 2). Ketetapan MPR-RI Nomor XVI/MPR/1998 tentang Politik Ekonomi dalam Rangka Demokrasi Ekonomi.
- 3). Ketetapan MPRS Nomor XXIV/MPRS/1996 Tentang Pengangkatan Pahlawan Ampera yang tetap berlaku dengan menghargai Pahlawan Ampera yang telah ditetapkan hingga terbentuknya UU tentang pemberian gelar, tanda jasa, dan lain-lain tanda kehormatan.
- 4). Ketetapan MPR Nomor XI/MPR/1998 Tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas KKN sampai terlaksananya seluruh ketentuan dalam ketetapan tersebut.
- 5). Ketetapan MPR Nomor VI/MPR/2001 tentang Etika dan Kehidupan Berbangsa.
- 6). Ketetapan MPR Nomor VII/ MPR/2001 Tentang Visi Indonesia Masa Depan.
- 7). Ketetapan MPR Nomor VIII/ MPR/2001 Tentang Rekomendasi Arah Kebijakan Pemberantasan dan Pencegahan KKN sampai Terlaksananya seluruh ketentuan dalam ketetapan tersebut.
- 8). Ketetapan MPR Nomor IX/MPR/2001 Tentang Pembaruan Agraria dan Pengelolaan Sumber Daya Alam sampai terlaksananya ketentuan dalam ketetapan tersebut.

Undang-undang/peraturan pemerintah pengganti undang-undang

Undang-undang mengandung dua pengertian, yaitu: Undang-Undang dalam arti materiil, ialah peraturan yang berlaku umum dan dibuat oleh penguasa, baik pemerintah pusat maupun pemerintah daerah. Undang-Undang dalam arti formal yakni keputusan tertulis yang dibentuk dalam arti formal sebagai sumber hukum. Dapat dilihat pada Pasal 5 ayat (1) dan pasal 20 ayat (1) UUD 1945. Dan sebagai contohnya, Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah.

Peraturan Pemerintah

UUD 1945 memberi kewenangan kepada presiden untuk menetapkan Peraturan Pemerintah guna melaksanakan undang-undang yang dibentuk presiden dengan DPR. Dalam hal ini berarti tidak mungkin bagi presiden menetapkan Peraturan Pemerintah sebelum ada undang-undangnya, sebaliknya suatu undang-undang tidak berlaku efektif tanpa adanya Peraturan Pemerintah. Contoh Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan antara Pemerintah, Pemerintahan Daerah Provinsi dan Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota.

Peraturan Presiden

Peraturan Presiden adalah peraturan perundang-undangan yang dibuat oleh presiden. Materi muatannya adalah materi yang diperintahkan oleh Undang-Undang atau materi untuk melaksanakan peraturan pemerintah. Contohnya: Peraturan Presiden Nomor 47 Tahun 2009 Tentang Pembentukan dan Organisasi Kementerian Negara. Peraturan Presiden Nomor 24 Tahun 2010 Tentang Kedudukan, Tugas, Dan Fungsi Kementerian Negara Serta Susunan Organisasi, Tugas, dan Fungsi Eselon I Kementerian Negara.

Peraturan Daerah Provinsi

Peraturan Daerah Provinsi adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi dengan persetujuan bersama Gubernur.

Peraturan Daerah Kabupaten/Kota

Peraturan Daerah Kabupaten/Kota adalah Peraturan Perundang-undangan yang dibentuk oleh Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota dengan persetujuan bersama Bupati/Walikota.

2. Yurisprudensi

Istilah Yurisprudensi, berasal bahasa Latin, yaitu dari kata “*jurisprudentia*” yang berarti pengetahuan hukum. Kata yurisprudensi sebagai istilah teknis peradilan sama artinya dengan kata “*jurisprudentie*” dalam bahasa Belanda dan “*jurisprudence*” dalam bahasa Perancis, yaitu peradilan tetap atau hukum peradilan (Purnadi Purbacaraka, dkk, 1995: 121). Dalam *Kamus Besar Bahasa Indonesia* (2001: 1278), kata yurisprudensi diartikan: ajaran hukum melalui peradilan; himpunan putusan hakim.

Dari segi istilah, cukup beragam definisi yang dikemukakan pada Ahli Hukum. Sebagai contoh berikut dikemukakan beberapa variasi definisi yurisprudensi:

- a. Menurut Sudikno Mertokusumo (1991: 92) yurisprudensi adalah pelaksanaan hukum dalam hal konkrit terjadi tuntutan hak yang dijalankan oleh suatu badan yang berdiri sendiri dan diadakan oleh negara serta bebas dari pengaruh apa dan siapapun dengan cara memberikan putusan yang bersifat mengikat dan berwibawa. Secara ringkas singkat, menurut Sudikno, yurisprudensi adalah putusan pengadilan;
- b. Menurut Kansil (1993: 20) yurisprudensi adalah keputusan hakim terdahulu yang sering diikuti dan dijadikan dasar keputusan oleh hakim kemudian mengenai masalah yang sama;
- c. Menurut, A. Ridwan Halim (1998: 57) yang dimaksud yurisprudensi adalah suatu putusan hakim atas suatu perkara yang

belum ada pengaturannya dalam undang-undang yang untuk selanjutnya menjadi pedoman bagi hakim-hakim lainnya yang mengadili kasus-kasus serupa.

Di Inggris, Amerika, Kanada, dan Australia, istilah *jurisprudence* berarti ilmu hukum. Karena 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 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 dari norma hukum yang dipelajari dan dijadikan sumber hukum. *Jurisprudentie* di Belanda menunjuk kepada pengertian putusan pengadilan yang bersifat tetap yang kemudian dijadikan referensi bagi hakim lainnya dalam memeriksa perkara serupa di kemudian hari.

Contohnya di Indonesia adalah Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia Nomor 008/PUU-IV/2006 pelarangan anggota partai terlarang menjadi caleg.

3. Konvensi ketatanegaraan

Di sub-Bab sebelumnya telah dijelaskan mengenai konvensi ketatanegaraan, di mana konvensi ketatanegaraan harus memenuhi ciri-ciri sebagai berikut:

- a. Konvensi itu berkenaan dengan hal-hal dalam bidang ketatanegaraan;
- b. Konvensi tumbuh, berlaku, diikuti dan dihormati dalam praktik penyelenggaraan Negara;
- c. Konvensi sebagai bagian dari konstitusi, apabila ada pelanggaran terhadapnya tak dapat diadili oleh badan pengadilan.

Dalam praktik ketatanegaraan Inggris misalnya, 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 between ministers and civil servants*. Kadang-kadang konvensi berfungsi sebagai *devices for adjusting the strict law to meet the changing demands of politics*. Peraturan di Inggris yang tertulis tegas menentukan bahwa “*The Queen’s assent is required for a valid of Parliament*”. Dalam praktiknya kemudian berubah dan berkembang menjadi sebuah konvensi yaitu bahwa *The Queen must always assent to a bill*. Peraturan lain tertulis “*Parliament must meet at least every three years*” kemudian berubah karena konvensi menjadi *Parlement must meet annually*.

Peraturan 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 prakteknya hal tersebut berubah karena konvensi 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*.

Di Indonesia sendiri, juga dapat ditemukan banyak konvensi ketatanegaraan yang dipraktikan sejak dulu sampai sekarang. Dalam kurun waktu pertama berlakunya UUD 1945 yaitu sejak tanggal 18 Agustus 1945 sampai dengan tanggal 27 Desember 1949, maupun kurun waktu kedua yaitu sejak Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959 sampai sekarang. Dalam kurun waktu kedua berlakunya kembali UUD 1945, yaitu sejak Dekrit Presiden tanggal 5 Juli 1959, sejarah ketatanegaraan Indonesia juga mencatat adanya konvensi-konvensi yang timbul dan terpelihara dalam

praktik penyelenggaraan negara. Seperti kita ketahui, pada periode Orde Lama, setiap tanggal 17 Agustus Presiden Republik Indonesia, mempunyai kebiasaan untuk berpidato dalam suatu rapat umum yang mempunyai kualifikasi tertentu, seperti rapat raksasa, rapat samodra dan lainnya. Dalam pidato itu dikemukakan hal-hal di bidang ketatanegaraan. Namun, di bawah Orde Baru kebiasaan di atas telah ditinggalkan, sebagai gantinya pada setiap tanggal 16 Agustus Presiden Republik Indonesia menyampaikan pidato kenegaraan di hadapan Sidang Paripurna Dewan Perwakilan Rakyat.

Sebagaimana telah kita ketahui, di bawah pemerintahan Orde Baru telah diikrarkan tekad untuk melaksanakan UUD 1945 secara murni dan konsekuen. Hal ini berarti juga UUD 1945 harus dilestarikan. Upaya pelestarian ditempuh antara lain dengan cara tidak memperkenankan UUD 1945 untuk diubah. Untuk keperluan itu, telah ditempuh upaya hukum antara lain: melalui TAP No.1/MPR/1983, pasal 104: *“Majelis berketetapan untuk mempertahankan UUD 1945, tidak berkehendak dan tidak akan melakukan perubahan terhadapnya serta akan melaksanakannya secara murni dan konsekuen”*.

Berikut, diperkenalkannya “Referendum” dalam sistem ketatanegaraan Republik Indonesia lewat TAP No.IV/MPR/1983, untuk memperkecil kemungkinan mengubah UUD 1945.

Sejak periode Orde Baru, bahkan sejak tahun 1966 memang sudah terdapat beberapa praktik ketatanegaraan yang dapat dipandang sebagai konvensi yang sifatnya melingkupi dan tidak bertentangan dengan UUD 1945. Contoh konvensi-konvensi yang timbul dan terpelihara dalam praktik penyelenggaraan negara Indonesia yang sedang berjalan ialah sebagai berikut:

- a. Pidato Presiden setiap tanggal 16 Agustus di depan Sidang Paripurna DPR yang di satu pihak memberi laporan pelaksanaan tugas pemerintah dalam tahun anggaran yang lewat, dan di lain pihak mengandung arah kebijaksanaan tahun mendatang. Secara

konstitusional tidak ada ketentuan yang mewajibkan presiden menyampaikan pidato resmi tahunan semacam itu di hadapan Sidang Paripurna DPR. Karena presiden tidak tergantung DPR dan tidak bertanggung jawab pada DPR, melainkan presiden bertanggung jawab kepada MPR. Kebiasaan ini tumbuh sejak Orde Baru;

- b. Jauh hari sebelum MPR bersidang presiden telah menyiapkan rancangan bahan-bahan untuk Sidang Umum MPR yang akan datang itu. Dalam UUD 1945 hal ini tidak diatur, bahkan menurut Pasal 3 UUD 1945 MPR-lah yang harus merumuskan dan akhirnya menetapkan GBHN. Namun untuk memudahkan MPR, presiden menghimpun rancangan GBHN yang merupakan sumbangan pikiran Presiden sebagai Mandataris MPR yang disampaikan dalam upacara pelantikan anggota-anggota MPR. Hal tersebut merupakan praktik ketatanegaraan yang timbul dan terpelihara dalam praktik penyelenggaraan negara, meskipun tidak tertulis, yang sudah berulang kali dilakukan pada masa pemerintahan Orde Baru;
- c. Pada setiap minggu pertama bulan Januari, Presiden Republik Indonesia selalu menyampaikan penjelasan terhadap Rancangan Undang-undang tentang Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara di hadapan DPR, perbuatan presiden tersebut termasuk dalam konvensi. Hal ini pun tidak diatur dalam UUD 1945, dalam pasal 23 ayat 1 UUD 1945 hanya disebutkan bahwa “Anggaran Pendapatan dan Belanja ditetapkan tiap-tiap tahun dengan undang-undang. Apabila Dewan Perwakilan Rakyat tidak menyetujui anggaran yang diusulkan pemerintah, maka pemerintah menjalankan anggaran tahun lalu”. Penjelasan oleh Presiden mengenai RUU tentang APBN di depan DPR yang sekaligus juga diketahui rakyat sangat penting, karena keuangan negara itu menyangkut salah satu hak dan kewajiban rakyat yang

sangat pokok. Betapa caranya rakyat sebagai bangsa akan hidup dan dari mana didapatnya belanja buat hidup, harus ditetapkan oleh rakyat itu sendiri, dengan perantaraan Dewan Perwakilan Rakyat, demikian penjelasan UUD 1945;

- d. Adanya Menteri Negara non-departemen dalam praktik ketatanegaraan di bawah Pemerintahan Orde Baru. Pasal 17 ayat 3 UUD 1945 menyebutkan bahwa: “menteri-menteri itu memimpin Departemen Pemerintahan”. Jika ditinjau dari ketentuan Pasal 17 ayat 3 UUD 1945, maka menteri-menteri itu harus memimpin Departemen. Namun demikian dalam praktik ketatanegaraan di masa Orde Baru dengan kabinet yang dikenal Kabinet Pembangunan, komposisi menteri dalam tiap-tiap periode Kabinet Pembangunan di samping ada Menteri yang memimpin Departemen, terdapat juga Menteri Negara Nondepartemen. Adanya Menteri Nondepartemen berkaitan dengan kebutuhan pada era pembangunan dewasa ini. Karena adanya Menteri Negara Nondepartemen sudah berulang-ulang dalam praktik penyelenggaraan negara, maka dapatlah dipandang sebagai konvensi dalam ketatanegaraan kita dewasa ini. Tidaklah dapat diartikan bahwa adanya Menteri Negara Nondepartemen mengubah UUD 1945. Karena barulah terjadi perubahan terhadap UUD 1945 apabila prinsip-prinsip konstitusional yang dianut telah bergeser, misalnya menteri-menteri kedudukannya tidak lagi tergantung presiden dan bertanggung jawab pada presiden. Dalam hal ini misalnya menteri-menteri tersebut bertanggung jawab kepada DPR dan kedudukannya tergantung DPR;
- e. Pengesahan Rancangan Undang-Undang yang telah disetujui oleh DPR. Secara konstitusional presiden sebenarnya mempunyai hak untuk menolak mengesahkan Rancangan Undang-undang yang telah disetujui DPR, sebagaimana diisyaratkan oleh pasal 21 ayat 2 UUD 1945. Tetapi dalam praktik presiden belum pernah

menggunakan wewenang konstitusional tersebut, presiden selalu mengesahkan Rancangan Undang-undang yang telah disetujui oleh DPR, meskipun Rancangan Undang-undang itu telah mengalami berbagai pembahasan dan amandemen di DPR. Rancangan Undang-undang kebanyakan berasal dari Pemerintah (Presiden) sebagaimana ketentuan yang terdapat dalam Pasal 5 ayat 1 UUD 1945. Dalam pembahasan RUU tersebut kedudukan DPR merupakan partner dari presiden c.q pemerintah. Maka pengesahan Rancangan Undang-undang oleh Presiden sangat dimungkinkan karena RUU tersebut akhirnya merupakan kesepakatan antara DPR dengan Pemerintah.

Demikianlah beberapa contoh yang sedang berjalan dalam praktik penyelenggaraan negara di masa Orde Baru yang dapat dianggap sebagai konvensi ketatanegaraan.

4. Hukum internasional

Hukum publik internasional secara umum dianggap menjadi sumber hukum tata negara. Meskipun sama-sama menjadikan negara selaku subjek hukum sebagai obyek kajiannya, antara hukum tata negara dengan hukum internasional publik jelas dapat dibedakan satu sama lainnya. Hukum tata negara dari segi internalnya, sedangkan hukum internasional melihat negara dari hubungan eksternalnya dengan subyek-sebyek negara lain. Contohnya:

- 1). Konvensi Wina 1961 Tentang Hubungan Diplomatik;
- 2). Konvensi Wina 1975 Tentang Perwakilan Negara Pada Organisasi Internasional.

E. HIERARKI PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI INDONESIA

Hierarki maksudnya peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi. Sebelum menuju pada poin utama tata urutan perundang-undangan Indonesia menurut UU No. 12 Tahun 2012, tak ada

salahnya kita juga mengetahui perubahan-perubahan yang telah terjadi sebelumnya. Berikut alas hukum hirarki perundang-undangan yang pernah berlaku:

Tap MPRS NO. XX/MPRS/1996 tentang Memorandum DPR-GR mengenai sumber tertib hukum Republik Indonesia dan tata urutan perundang-undangan Republik Indonesia.

Urutannya yaitu:

- 1). UUD 1945;
- 2). Ketetapan MPR-RI;
- 3). UU;
- 4). Peraturan Pemerintah;
- 5). Keputusan Presiden;
- 6). Peraturan Pelaksana yang terdiri dari: Peraturan Menteri dan Instruksi Menteri.

Tap MPR No. III/MPR/2000 tentang Sumber Hukum dan Tata Urutan Peraturan Undang-Undang.

Berdasarkan ketetapan MPR tersebut, tata urutan peraturan perundang-undangan RI yaitu:

- 1). UUD 1945;
- 2). Tap MPR;
- 3). UU;
- 4). Peraturan pemerintah pengganti UU;
- 5). PP;
- 6). Keppres;
- 7). Peraturan Daerah.

Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan

Berdasarkan ketentuan ini, jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan Republik Indonesia adalah sebagai berikut:

- 1). UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 2). UU/Perppu;

- 3). Peraturan Pemerintah;
- 4). Peraturan Presiden;
- 5). Peraturan Daerah.

Semua ketentuan di atas, saat ini, tak lagi berlaku, dan digantikan dengan **Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan**. Berdasarkan ketentuan dalam Undang-Undang ini, jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan Republik Indonesia adalah sebagai berikut:

- 1). UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- 2). Ketetapan MPR;
- 3). UU/Perppu;
- 4). Peraturan Presiden;
- 5). Peraturan Daerah Provinsi;
- 6). Peraturan Daerah Kabupaten/Kota. []

BAB III

NEGARA HUKUM

“La ley est la plus haute inheritance, que le roy had; car par la ley it meme et toutes ses sujets sont rules, et si la ley ne fuit, nul roi et nul inheritance sera.”

(Brubo, Leoni, 1972: 62)

A. KONSEP NEGARA HUKUM

Pemikiran mengenai bentuk negara hukum telah dimulai sejak jaman plato, dengan konsepnya: “*bahwa penyelenggaraan negara yang baik ialah yang didasarkan pada pengaturan hukum yang baik, yang disebut dengan istilah nomoi*”. Perkembangan mengenai bentuk negara hukum sendiri, mulai populer pada abad ke-17, sebagai akibat dari: situasi politik di eropa, yang di dominasi oleh absolutisme.⁶⁴ Konsep tersebut kemudian berkembang ke dalam dua sistem hukum, yaitu: sistem eropa kontinental dengan istilah *Rechstaat*, dan sistem Anglo-saxon dengan istilah *Rule of Law*.

Pengakuan kepada suatu negara sebagai negara hukum (*government by law*) sangat penting. Pembatasan-pembatasan terhadap kewenangan dan kekuasaan negara dan politik, ini untuk menghindari timbulnya kesewenang-wenangan dari pihak penguasa. Dalam negara hukum, pembatasan terhadap kekuasaan negara dan politik haruslah dilakukan dengan jelas, yang tidak dapat dilanggar oleh siapapun.⁶⁵

Dasar pemikiran negara hukum eropa kontinental *Rechstaat* dipengaruhi oleh Immanuel Kant dan Frederich Julius Stahl. Sementara negara hukum Anglo-Saxon *Rule of Law* di pelopori oleh A.V Dicey. Dalam negara hukum, hukum memainkan perannya yang sangat penting dan berada di atas kekuasaan negara dan politik, yang kemudian muncul istilah: “pemerintah di bawah hukum” (*government under the law*). Maka, terkenallah konsep yang di negara-negara *common law* disebut: sistem “*pemerintahan berdasarkan hukum, bukan berdasarkan (kehendak) manusia*”—*government by law not by men*, atau sistem pemerintahan yang berdasarkan *rule of the law*, bukan *rule of the man*.

Sedangkan di negara-negara eropa kontinental disebut dikenal konsep “Negara hukum” (*Rechstaat*), sebagai lawan dari “Negara

64. ⁶⁴ *Op cit.*, hlm. 60.

65. ⁶⁵ Munir Fuady, *Teori Negara... op cit.*, hlm.3-4.

kekuasaan” (*machstaat*). *Rechstaat* ini adalah istilah bahasa belanda yang punya pengertian yang sejajar dengan pengertian *rule of law* di negara-negara yang berlaku sistem anglo saxon. Dalam bahasa Indonesia akrab disebut sebagai “*Negara hukum*”, dalam bahasa jerman disebut dengan istilah “*rechstaat*”, dalam bahasa prancis di sebut dengan “*etat de droit*”, sedangkan dalam bahasa italia di sebut dengan “*Stato di Diritto*”.⁶⁶ Lebih jauh soal negara hukum, Dicey mengemukakan ada tiga esensi dari *rule of law* (WSC Wade, 1985: 95), yakni:

- 1) Supremasi absolut ada pada hukum, bukan pada tindakan kebijaksanaan atau prerogatif penguasa;
- 2) Berlakunya prinsip persamaan dalam hukum (*equality before the law*), di mana semua orang harus tunduk kepada hukum, dan tidak seorang pun yang berada di atas hukum (*above the law*);
- 3) Konstitusi merupakan dasar dari segala hukum bagi negara yang bersangkutan. Dalam hal ini, hukum yang berdasarkan konstitusi harus melarang setiap pelanggaran terhadap hak dan kemerdekaan rakyat.⁶⁷

B. ASAS-ASAS NEGARA HUKUM

Di dalam Kamus Bahasa Indonesia, yang dimaksud dengan asas, adalah: dasar, pedoman, atau sesuatu yang menjadi pokok dasar. Asas hukum, adalah: salah satu pijakan dasar tersebut. Dalam pengertiannya asas hukum, adalah: dasar-dasar yang menjadi sumber pandangan hidup, kesadaran, cita-cita hukum dari masyarakat.⁶⁸

Pada pengertian negara hukum, ada dua kata yang perlu mendapat penjelasan terlebih dahulu, yaitu: kata “negara” dan kata “hukum”. Apakah yang dinamakan negara itu? Secara etimologi, kata negara berasal dari kata *Staat* (belanda dan jerman); *State*

66. ⁶⁶ Munir Fuady. *Loc cit.*,

67. ⁶⁷ Munir Fuady. *Loc cit.*,

68. ⁶⁸ H. Alwi Wahyudi, *op cit.*, hlm. 60-61.

(inggris); *Etat* (perancis); *Status* atau *Statuum* (latin). Kata-kata tersebut, berarti: “meletakkan dalam keadaan berdiri”, “menempatkan”, atau “membuat berdiri”.

Negara adalah lanjutan dari keinginan manusia yang hendak bergaul antara seorang dengan seorang lainnya dalam rangka menyempurnakan kebutuhan hidupnya. Semakin luas pergaulan manusia, semakin banyak pula kebutuhannya kepada suatu organisasi negara yang akan melindungi dan memelihara keselamatan hidupnya. Bellefroid mengatakan, bahwa negara itu suatu persekutuan hukum yang menempati suatu wilayah untuk selama-lamanya dan yang dilengkapi dengan kekuasaan tertinggi untuk menyelenggarakan kemakmuran rakyat yang sebesar-besarnya.

Lalu apakah hukum itu? hukum yang kita maksud dalam kaitannya dengan negara di sini adalah hukum positif yang berlaku mengikat, sebagaimana dasar negara dan peraturan perundang-undangan yang ditaati dan diterapkan oleh warga negara dan lembaga-lembaga negara secara sama tanpa mengenyampingkan teori-teori hukum yang ada.

Menurut Satjipto Rahardjo, hukum itu merupakan bagian dari perangkat kerja sistem sosial, yang berfungsi untuk mengintegrasikan kepentingan-kepentingan anggota masyarakat sehingga tercipta suatu keadaan yang tertib. Negara hukum pada hakikatnya adalah negara yang menolak melepaskan kekuasaan tanpa kendali. Negara yang cara penyelenggaraannya berdasarkan hukum yang adil dan demokratis. Sebab paham negara hukum tidak dapat dipisahkan dari paham kerakyatan sebab pada akhirnya, hukum yang mengatur dan membatasi kekuasaan negara atau pemerintah diartikan sebagai hukum yang dibuat atas dasar kekuasaan atau kedaulatan rakyat.⁶⁹

69. ⁶⁹ *Ibid.* hlm. 62.

Paham negara hukum memang tidak dapat dipisahkan dari paham kerakyatan, sebab pada akhirnya, hukum yang mengatur dan membatasi kekuasaan negara atau pemerintah diartikan sebagai hukum yang dibuat apakah atas dasar kekuasaan atau kedaulatan rakyat. Demikian eratnya paham negara hukum dan kerakyatan sehingga ada sebutan negara hukum yang demokratis atau *demokratische rechstaat*.

M. Scheltema mengatakan, setiap negara berdasarkan atas hukum mempunyai empat asas utama, yaitu asas kepastian hukum (*het rechtszekerheidsbeginsel*), asas persamaan (*het gelijkheidsbeginsel*), asas demokrasi (*het democratischebeginsel*), dan asas bahwa pemerintah dibentuk untuk melakukan pelayanan terhadap masyarakat (*het beginsel van de dienende overheid, government for the people*).

Menurut pendapat Bagir Manan⁷⁰ asas-asas negara hukum itu dapat di rumuskan sebagai berikut:

- 1). Pengakuan, Penghormatan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia yang Berakar dalam Penghormatan atas Martabat Manusia (*Human Dignify*);
- 2). Asas Kepastian Hukum. Negara hukum bertujuan untuk menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk mewujudkan kepastian dalam hubungan antar-manusia, yakni menjamin prediktabilitas, dan juga bertujuan untuk mencegah bahwa hak yang terkuat yang berlaku, bebecapa asas yang terkandung dalam asas kepastian hukum adalah:
 - Asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum;
 - Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat aturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan;
 - Asas non-retroaktif perundang-undangan: sebelum mengikat, undang-undang harus diumumkan secara layak;

70. ⁷⁰ Bagir Manan, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, Bandung: Pusat Penerbitan Universitas LPPM Universitas Islam Bandung, 1995, hlm.5.

- Asas peradilan bebas: objektif-imparsial dan adil-manusiawi;
- Asas *non-liquet*: hakim tidak boleh menolak perkara yang dihadapkan kepadanya dengan alasan undang-undang tidak jelas atau tidak ada;
- Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang dasar (UUD);

3). Asas *Similia Similibus* (Asas Persamaan). Dalam negara hukum, pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang tertentu (harus non-diskriminatif). Aturan hukum berlaku sama untuk setiap orang, karena itu harus dirumuskan secara umum dan abstrak. Dua hal penting yang terkandung dalam asas ini adalah:

- Persamaan kedudukan di hadapan hukum dan pemerintahan;
- Tuntutan perlakuan yang sama bagi semua warga negara;

4). Asas Demokrasi. Asas demokrasi memberikan suatu cara atau metode pengambilan keputusan. Asas ini menuntut bahwa tiap orang harus mempunyai kesempatan yang sama untuk mempengaruhi tindakan pemerintahan. Asas ini diwujudkan lewat sistem representasi (perwakilan rakyat) yang mempunyai peranan dalam pembentukan undang-undang dan kontrol terhadap pemerintah;

C. PRINSIP NEGARA HUKUM

Suatu negara hukum, juga haruslah menempatkan dengan jelas tentang pengaturan prinsip-prinsip negara hukum dalam konstitusinya. Hal tersebut sangatlah penting, dan pokok, misalnya:

- 1). Tentang Perlindungan hak-hak dan kebebasan-kebebasan fundamental dari rakyat;
- 2). Tentang prinsip supremasi hukum;
- 3). Tentang pemisahan kekuasaan;
- 4). Tentang prinsip *checks and balance*;
- 5). Tentang pembatasan kewenangan pemerintah agar tidak tidak sewenang-wenang;
- 6). Tentang pemilihan umum yang bebas, rahasia, jujur dan adil;

7). Tentang akuntabilitas pemerintah kepada rakyat dan partisipasi rakyat dalam menjalankan kekuasaan Negara.⁷¹

Menurut Julius Stahl, konsep negara hukum ditandai dengan empat unsur pokok:

- 1). Pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia;
- 2). Negara didasarkan pada pemisahan kekuasaan;
- 3). Pemerintahan di selenggarakan berdasarkan Undang-undang;
- 4). Ada peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).⁷²

Prinsip-prinsip yang dicanangkan Stahl dan Dicey dalam relevansinya kemudian di kembangkan dalam menandai ciri negara hukum modern di zaman sekarang. Bahkan oleh *The International Commission of Jurist*, prinsip-prinsip negara hukum itu ditambah lagi dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*) yang pada zaman sekarang ini makin dirasa penting dalam setiap negara demokrasi.

Prinsip-prinsip yang dianggap ciri penting negara hukum menurut *The International Commission of Jurist* itu adalah sebagai berikut:

- a). Negara harus tunduk pada hukum;
- b). Pemerintah menghormati hak-hak individu;
- c). Peradilan yang bebas dan tidak memihak;

dalam perspektif Utrecht, pembedaan di dalam konsep negara hukum menjadi lebih lebar dan komprehensif. Ia membedakan antara negara hukum formil atau negara hukum klasik, dan negara hukum materiil atau negara hukum modern.⁷³ Negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan

71. ⁷¹ Munir Fuady. *Op cit.*,

72. ⁷² H. Alwi Wahyudi. *op cit.*, hlm. 64-65.

73. ⁷³ Jimly Ashidique, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH-UI, 2004, hlm. 126-127.

sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Adapun yang kedua, yaitu negara hukum materiil yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan di dalamnya.

Senafas dengan itu, Wolfgang Friedman dalam bukunya *Law in a Changing Society*, juga membedakan antara *rule of law* yaitu dalam arti *organized public power*, dan *rule of law* dalam arti materiil yaitu *the rule of just law*. Perbedaan ini dimaksudkan untuk menegaskan bahwa dalam konsepsi negara hukum itu, keadilan tidak serta-merta akan terwujud secara substantif, terutama karena pengertian orang mengenai hukum itu sendiri dapat dipengaruhi oleh aliran pikiran hukum materiil.

Jika hukum dipahami secara kaku dan sempit dalam arti peraturan perundang-undangan semata, maka, pengertian negara yang dikembangkan juga bersifat sempit dan terbatas serta belum tentu menjamin keadilan substantif. Karena itu, di samping istilah *the rule of law* oleh Friedman juga dikembangkan istilah *the rule of just law* untuk memastikan bahwa dalam pengertian kita tentang *the rule of law* tercakup pengertian keadilan yang lebih esensial daripada sekedar memfungsikan peraturan perundang-undangan dalam arti sempit.

Untuk negara-negara berkembang, kesadaran dan pemikiran terhadap pembatasan kewenangan kepala negara untuk melindungi hak-hak rakyat ini baru muncul dan berkembang di abad ke-20, umumnya pada waktu kemerdekaan atau menjelang kemerdekaan negara mereka dari penjajahan oleh bangsa lain. Di negara Indonesia misalnya, UUD 1945 dengan tegas menyatakan diri sebagai negara yang berdasarkan atas hukum (*Rechstaat*), bukan negara yang berdasarkan atas kekuasaan (*machstaat*).

Meskipun sistem negara hukum menjadi suatu sistem yang ideal, di mana fokus dan konsen terhadap pembatasan kewenangan negara, namun dari perspektif hukum ketatanegaraan tidaklah

boleh sampai mengurangi kedaulatan negara baik secara internal maupun eksternal. Terkait hal ini, menurut Alf Ross, yang menjadi hak-hak dasar/hak asasi dari negara adalah sebagai berikut:

- 1). Hak atas kemerdekaan negara (*rights of independence*);
- 2). Hak untuk bebas mengatur wilayahnya sendiri (*rights of selfpreservation*);
- 3). Hak atas persamaan (*rights of equality*);
- 4). Hak untuk berhubungan dengan negara lain (*rights of intercourse*);
- 5). Hak untuk diakui dan dihormati oleh negara lain (*rights of dignity*);

Dari segi tertentu, memang pengertian negara hukum (*rechstaat*) dimaksudkan sebagai lawan dari pengertian negara kekuasaan (*machstaat*), di mana negara hukum cenderung bersifat demokratis, sedangkan negara kekuasaan cenderung memakai tangan besi/totaliter.⁷⁴

Tetapi, untuk bentuk negara pluralis, negara menjadi tidak mandiri, cenderung liberal, dan cenderung hanya menjadi wasit dari berbagai kelompok yang memiliki kepentingan yang berbeda-beda. Sedangkan negara dengan konsep marxis, negara tidak mandiri dan juga tidak demokratis, sebab berdasarkan kepentingan kelas. Selanjutnya, dengan konsep negara organis, negara tersebut lebih mandiri tapi cenderung otoriter dengan mengatasnamakan kepentingan rakyat.

Demikian pula dengan konsep negara korporatis, negara bersifat mandiri, terdapat unsur demokrasi dalam arti yang terbatas dan bersifat perintah dari atas ke bawah (*top-down*), meskipun begitu, kebijaksanaan negara dalam hal ini dijalankan dengan berkonsultasi dengan wakil-wakil rakyat secara fungsional.

Dalam kaitannya dengan prinsip pokok negara hukum, Jimly Asshiddique menambahkan bahwa prinsip pokok itu merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara

74. ⁷⁴ Munir Fuady. *op cit.*, hlm. 29-30.

modern sehingga dapat disebut sebagai negara hukum (*the rule of law, ataupun Rechtsstaat*) dalam arti sebenarnya,⁷⁵ prinsip-prinsip pokok tersebut ialah:

1. *Supremasi Hukum (supremacy of law)*

Adanya pengakuan normatif dan empirik akan prinsip supremasi hukum, yaitu bahwa semua masalah diselesaikan dengan hukum sebagai pedoman tertinggi. Dalam perspektif supremasi hukum, pada hakikatnya pemimpin tertinggi negara yang sesungguhnya bukanlah manusia, tapi konstitusi, di mana ini mencerminkan hukum yang tertinggi.

Pengakuan normatif mengenai supremasi hukum adalah pengakuan yang tercermin dalam perumusan hukum dan/atau konstitusi, sedangkan pengakuan empirik adalah pengakuan yang tercermin dalam perilaku sebagian terbesar masyarakatnya bahwa hukum itu memang *supreme*, bahkan, dalam republik yang menganut sistem presidensiil yang bersifat murni, konstitusi itulah yang sebenarnya lebih tepat untuk disebut kepala negara. Itu sebabnya, dalam sistem pemerintahan presidensial, tidak dikenal adanya perbedaan antara kepala negara dan kepala pemerintahan seperti dalam sistem pemerintahan parlementer.

2. *Persamaan dalam Hukum (equality before the law)*

Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empirik. Untuk menegakkan prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dan segala bentuk dan manifestasinya diakui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang di namakan *affirmative actions* guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu, atau kelompok warga masyarakat tertentu, untuk mengejar kemajuan, mencapai tingkat perkembangan yang

75. ⁷⁵ Jimly Ashidique, *op cit.*, hlm. 128-130.

sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju.

Kelompok masyarakat tertentu yang dapat diberikan perlakuan khusus melalui *affirmative actions* yang tidak termasuk pengertian diskriminasi itu misalnya adalah kelompok masyarakat suku terasing atau kelompok masyarakat hukum adat tertentu yang kondisinya terbelakang. Sedangkan kelompok warga masyarakat tertentu yang dapat diberi perlakuan khusus yang bukan bersifat diskriminatif misalnya, adalah kaum wanita ataupun anak-anak terlantar.

3. *Asas Legalitas (due process of law)*

Dalam setiap negara hukum, dipersyaratkan berlakunya asas legalitas dalam segala bentuknya (*due process of law*), yaitu bahwa segala tindakan pemerintahan harus didasarkan atas peraturan perundang-undangan yang sah dan tertulis. Peraturan perundang-undangan tersebut tertulis tersebut harus ada dan berlaku lebih dulu atau mendahului tindakan atau perbuatan administrasi yang dilakukan. Dengan demikian, setiap perbuatan atau tindakan administrasi harus didasarkan atas aturan atau *rules and procedurs(regels)*.

Namun, prinsip normatif demikian tampaknya kaku, dan dapat menyebabkan birokrasi menjadi lamban. Maka, untuk menjamin ruang gerak bagi para pejabat administrasi negara dalam menjalankan tugasnya diakui pula adanya prinsip *frijsermessen* yang memungkinkan para pejabat administrasi negara mengembangkan dan menetapkan sendiri *beleid-regels* atau *policy rules*, yang berlaku internal secara bebas dan mandiri dalam rangka menjalankan tugas jabatan yang dibebankan oleh peraturan yang sah.

4. *Pembatasan Kekuasaan*

Adanya pembatasan kekuasaan negara dan organ-organ negara dengan cara menerapkan prinsip pembagian kekuasaan secara vertikal atau pemisahan kekuasaan secara horizontal. Setiap kekuasaan pasti memiliki kecenderungan untuk berkembang menjadi sewenang wenang, seperti dikemukakan oleh Lord Acton: *“power tends to corrupt, and absolute power corrupts absolutely”*.

Oleh sebab itu, kekuasaan selalu harus dibatasi dengan cara memisah-misahkan kekuasaan ke dalam cabang yang bersifat *checks and balance* dalam kedudukan yang sederajat dan saling mengimbangi dan mengendalikan satu sama lain. Pembatasan kekuasaan juga dilakukan dengan membagi-bagi kekuasaan ke dalam beberapa organ yang tersusun secara vertikal. Dengan begitu, kekuasaan tidak tersentralisasi dan terkonsentrasi dalam satu organ atau satu tangan yang memungkinkan terjadinya kesewenang-wenangan.

5. *Organ-organ Eksekutif Independen*

Dalam rangka membatasi kekuasaan itu, di zaman sekarang berkembang pula adanya pengaturan kelembagaan pemerintahan yang bersifat independen, seperti bank sentral, organisasi tentara, organisasi kepolisian dan kejaksaan. Selain itu, ada pula lembaga-lembaga baru seperti Komisi Hak Asasi Manusia, Komisi Pemilihan Umum, Lembaga Ombudsman, Komisi penyiaran, dan sebagainya. Lembaga, badan atau organisasi-organisasi ini sebelumnya dianggap sepenuhnya berada dalam kekuasaan eksekutif, tetapi sekarang berkembang menjadi independen, sehingga tidak lagi sepenuhnya merupakan hak mutlak seorang kepala eksekutif untuk menentukan pengangkatan ataupun pemberhentian pimpinannya.

Independensi lembaga atau organ-organ tersebut dianggap penting untuk menjamin demokrasi, karena fungsinya dapat disalahgunakan oleh pemerintah untuk melanggengkan kekuasaan. Misalnya, fungsi tentara yang memegang senjata dapat dipakai

untuk menumpang aspirasi pro-demokrasi, bank sentral dapat dimanfaatkan untuk mengontrol sumber-sumber keuangan yang dapat dipakai untuk tujuan mempertahankan kekuasaan, dan begitu pula lembaga atau organisasi lainnya dapat di gunakan untuk kepentingan kekuasaan. Karenanya, independensi lembaga-lembaga tersebut dianggap sangat penting untuk menjamin prinsip negara hukum dan demokrasi.

6. *Peradilan Bebas dan Tidak Memihak*

Adanya peradilan bebas dan tidak memihak (*independent and impartial judiciary*) ini mutlak harus ada dalam setiap negara hukum. Dalam menjalankan tugas yudisialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun juga, baik karena kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi). Untuk menjamin keadilan dan kebenaran, tidak diperkenankan adanya intervensi ke dalam proses pengambilan putusan keadilan oleh hakim, baik intervensi dari lingkungan kekuasaan eksekutif maupun legislatif ataupun dari kalangan masyarakat dan media massa.

Dalam menjalankan tugasnya, hakim tidak boleh memihak kepada siapapun juga kecuali hanya kepada kebenaran dan keadilan. Namun demikian, dalam menjalankan tugasnya, proses pemeriksaan perkara oleh hakim juga harus bersifat terbuka, dan dalam menentukan penilaian dan menjatuhkan putusan, hakim harus menghayati nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat. Hakim tidak hanya bertindak sebagai mulut undang-undang atau peraturan perundang-undangan, melainkan juga mulut keadilan yang menyuarakan perasaan keadilan yang hidup di tengah-tengah masyarakat.

7. *Peradilan Tata Usaha Negara*

Meskipun peradilan tata usaha negara juga menyangkut prinsip peradilan bebas dan tidak memihak, tetapi penyebutannya secara khusus sebagai pilar utama negara hukum tetap perlu di

tegaskan tersendiri. Dalam setiap negara hukum, harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara dan dijalankannya putusan hakim tata usaha negara (*administrative court*) oleh pejabat administrasi negara.

Pengadilan tata usaha negara ini penting di sebut tersendiri, karena dialah yang menjamin agar warga negara tidak di zalimi oleh keputusan-keputusan para pejabat administrasi negara sebagai pihak yang berkuasa. Jika hal itu terjadi, maka harus ada pengadilan yang menyelesaikan tuntutan kadilan itu bagi warga negara, dan harus ada jaminan bahwa putusan hakim tata usaha negara itu benar-benar dijalankan oleh para pejabat tata usaha negara yang bersangkutan. Sudah tentu, keberadaan hakim peradilan tata usaha negara itu sendiri harus pula dijamin bebas dan tidak memihak sesuai prinsip *independent and impartial judiciary* yang disebutkan sebelumnya.

8. Peradilan Tata Negara (*constitutional court*)

Di samping adanya pengadilan tata usaha negara yang diharapkan memberikan jaminan tegaknya keadilan bagi tiap-tiap warga negara, Negara hukum modern juga lazim mengadopsikan gagasan pembentukan Mahkamah Konstitusi dalam sistem ketatanegaraannya. Pentingnya Mahkamah Konstitusi (*constitutional court*) ini adalah dalam upaya memperkuat sistem *checks and balance* antara cabang-cabang kekuasaan yang sengaja dipisahkan untuk menjamin demokrasi. Misalnya, mahkamah ini diberi fungsi untuk melakukan pengujian atas konstitusionalitas undang-undang yang merupakan produk lembaga legislatif, dan memutus berkenan dengan berbagai sengketa antar lembaga Negara yang mencerminkan cabang-cabang kekuasaan Negara yang di pisah-pisahkan. Keberadaan mahkamah konstitusi ini di berbagai Negara demokrasi dewasa ini makin dianggap penting dan

karena itu dapat di tambahkan menjadi satu pilar baru bagi tegaknya negara hukum modern.

9. *Perlindungan Hak Asasi Manusia*

Adanya perlindungan konstitusional terhadap hak asasi manusia dengan jaminan hukum bagi tuntutan penegakannya melalui proses yang adil. Perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut dimasyarakatkan secara luas dalam rangka mempromosikan penghormatan dan perlindungan terhadap hak-hak asasi manusia sebagai ciri yang penting suatu negara hukum yang demokratis. Setiap manusia sejak kelahirannya menyandang hak dan kewajiban yang bersifat bebas dan asasi.

Terbentuknya negara dan demikian pula penyelenggaraan kekuasaan suatu negara tidak boleh mengurangi arti, atau makna kebebasan dan hak-hak asasi kemanusiaan. Dengan adanya perlindungan dan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia, kita ikut menegakkan pilar negara hukum. Jika dalam suatu negara hak asasi manusia terabaikan atau dilanggar dengan sengaja dan penderitaan yang ditimbulkannya tidak dapat di atasi secara adil, maka, negara yang bersangkutan tidak dapat disebut sebagai negara hukum dalam arti sesungguhnya.

10. *Bersifat Demokratis*

Dianut dan dipraktikannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan perasaan keadilan yang hidup di tengah masyarakat.

Hukum dan peraturan perundang-undangan, tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/atau hanya untuk kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi. Karena hukum memang tidak dimaksudkan

untuk hanya menjamin kepentingan segelintir orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan akan rasa adil bagi semua orang tanpa terkecuali. Dengan demikian, negara hukum (*rechstaat*) yang dikembangkan bukanlah *absolute rechstaat*, melainkan *demokratische rechstaat*, atau negara hukum yang demokratis. Dengan perkataan lain, dalam setiap negara hukum yang bersifat nomokratis harus dijamin adanya demokrasi, sebagaimana di dalam setiap negara demokrasi harus dijamin penyelenggaraannya berdasar atas hukum.

11. *Berfungsi sebagai Sarana Mewujudkan Tujuan Bernegara (welfare rechstaat)*

Hukum adalah sarana untuk mencapai tujuan yang diidealkan bersama cita-cita hukum itu sendiri, baik yang dilembagakan melalui gagasan negara demokrasi (*democracy*) maupun yang diwujudkan melalui negara hukum (*nomocracy*), dimaksudkan juga untuk meningkatkan kesejahteraan umum.

Di Indonesia sebagaimana dimaksudkan dalam rumusan pembukaan UUD 1945 yang bertujuan melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan perdamaian abadi dan keadilan sosial. Negara hukum berfungsi sebagai sarana mewujudkan dan mencapai keempat tujuan negara Indonesia tersebut. Dengan demikian, pembangunan negara Indonesia tidak akan terjebak menjadi sekedar *rule-driven*, melainkan tetap *mission-driven*, yang berdasarkan prinsip dan aturan negara hukum.

12. *Transparansi dan Kontrol Sosial*

Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme

kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peran serta masyarakat secara langsung (partisipasi langsung) dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran.

Adanya partisipasi langsung ini penting, karena sistem perwakilan rakyat melalui parlemen tidak pernah dapat diandalkan sebagai satu-satunya saluran aspirasi rakyat. Adapun prinsip *representation in ideas* dibedakan dari *representation in presence*, karena perwakilan fisik saja belum tentu mencerminkan keterwakilan gagasan atau aspirasi. Demikian pula dalam penegakan hukum yang dijalankan oleh aparat kepolisian, kejaksaan, pengacara, hakim dan pejabat lembaga pemasyarakatan, semuanya memerlukan kontrol sosial agar dapat bekerja dengan efektif, efisien serta menjamin keadilan dan kebenaran.

Dari uraian kedua belas prinsip pokok oleh Jimly Ashidique di atas, apabila dibandingkan dengan sembilan prinsip pokok negara hukum yang ideal menurut M. Taher Azhary, tidak jauh berbeda substansinya. Kesembilan prinsip pokok tersebut yakni: 1) prinsip kekuasaan sebagai amanah, 2) prinsip musyawarah, 3) prinsip keadilan, 4) prinsip persamaan, 5) prinsip pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia, 6) prinsip peradilan bebas, 7) prinsip perdamaian, 8) prinsip kesejahteraan, 9) prinsip ketaatan rakyat.

Selain itu, ada satu prinsip lagi yakni prinsip “berketuhanan yang maha esa”, terkait dengan konteks Indonesia sebagai negara hukum yang berdasarkan pada Pancasila sebagai sumber, yakni sesuai sila pertama negara hukum Indonesia haruslah mengandung prinsip ketuhanan yang maha esa. Di mana dalam pasal 29 ayat 1 UUD 1945 juga terdapat penegasan bahwa “*negara berdasarkan atas ketuhanan yang maha esa*”.

Sebagaimana juga tercermin dalam kalimat pembuka alinea ketiga pembukaan UUD 1945, yaitu “*atas berkat rahmat Tuhan*

yang maha kuasa". Dengan adanya penegasan ini, terdapat tiga doktrin kedaulatan yang dianut oleh UUD 1945 secara simultan, yaitu: 1) doktrin kedaulatan rakyat atau demokrasi seperti tercermin dalam alinea keempat pembukaan dan pasal 1 ayat (2) UUD 1945; 2) doktrin kedaulatan hukum atau nomokrasi seperti tercermin dalam alinea keempat pasal 1 ayat (3) UUD 1945; dan 3) doktrin kedaulatan tuhan atau kemahakuasaan seperti tercermin dalam alinea ketiga dan keempat serta pasal 29 ayat (1) UUD 1945.

Jadi, meskipun konsep negara *rule of law* dan *rechstaat* memiliki ciri-ciri fundamental yang sama, tetapi wujud kongkrit dari pengaturan dan sistem dalam negara tersebut dapat beraneka ragam. Keanekaragaman tersebut disebabkan oleh beberapa faktor, menurut Munir Fuady antara lain sebagai berikut:⁷⁶

- 1). Historis perjalanan sistem kenegaraan dan sistem demokrasi yang berbeda-beda;
- 2). Berbedanya tingkat kemajuan dan kematangan suatu bangsa dalam bernegara dan berdemokrasi;
- 3). Bentuk negara yang berbeda menyebabkan berbeda pula teknis pelaksanaan prinsip negara hukum. Misalnya perbedaan kepada negara yang berbentuk republik parlementer, republik presidensial, dan bentuk monarki, negara kota, negara kesatuan, negara federal, dan sebagainya;
- 4). Perbedaan tingkat kehidupan ekonomi dan kesejahteraan rakyat. Dalam hal ini, pelaksanaan prinsip negara hukum memerlukan *cost* yang harus ditanggung oleh rakyat, termasuk biaya ekonomisnya, termasuk biaya untuk melaksanakan Pemilu, Pilkada, Demonstrasi dan lain sebagainya;
- 5). Perbedaan tingkat pendidikan masyarakat dan para pemimpinnya, sehingga berbeda pula tingkat penghayatan terhadap masalah *rule of law*, penegakan hukum dan demokrasi.

76. ⁷⁶ Munir Fuady, *op cit.*, hlm. 7.

Karenanya, tidak mengherankan jika meskipun berdasarkan kepada teori hukum dan ketatanegaraan yang sama tetapi ternyata dalam penerapannya masing-masing negara bisa berbeda. Inggris, Perancis, Jerman, Belanda, Spanyol, Amerika Serikat, dan Rusia, sama-sama memberlakukan teori Rousseau, John Locke, dan Montesquieu di negaranya masing-masing, tetapi ternyata dalam praktik hukum dan ketatanegaraan di masing-masing negara tersebut menghasilkan sistem yang sangat berbeda-beda.

Tentang bagaimana seharusnya wajah sistem hukum dalam suatu negara hukum, ahli hukum terkenal yaitu Lon Fuller dalam bukunya menyebutkan sebagai berikut (Lon Fuller, *The Morality of Law*, 1964: 39):

Hukum harus dituruti oleh semua orang, termasuk oleh penguasa negara;

- 1) Hukum harus dipublikasikan;
- 2) Hukum harus berlaku kedepan, bukan untuk berlaku surut;
- 3) Kaidah hukum harus ditulis secara jelas, sehingga dapat diketahui dan diterapkan secara benar;

Hukum harus menghindari diri dari kontradiksi-kontradiksi;

- a) Hukum jangan mewajibkan sesuatu yang tidak mungkin dipenuhi;
- b) Hukum harus bersifat konstan sehingga ada kepastian hukum. Tetapi hukum juga harus diubah jika situasi politik dan sosial telah berubah;
- c) Tindakan para aparat pemerintah dan penegak hukum haruslah konsisten dengan hukum yang berlaku.

Beberapa prinsip yang harus ada dalam suatu konsep negara hukum menurut konferensi *South-East Asian and Pacific Conference of Jurist di Bangkok*, bulan februari 1965, adalah sebagai berikut:⁷⁷

- 1) Prinsip perlindungan konstitusional terhadap hak-hak individu secara prosedural dan substansial;

77. ⁷⁷ Astim Riyanto, *Teori Konstitusi*, Bandung: Yapemdo, 2006, hlm. 257.

- 2) Prinsip badan pengadilan yang bebas dan tidak memihak;
- 3) Prinsip kebebasan menyatakan pendapat;
- 4) Prinsip pemilihan umum yang bebas;
- 5) Prinsip kebebasan berorganisasi dan beroposisi;
- 6) Prinsip pendidikan kewarganegaraan.

Jadi, perlindungan terhadap hak-hak rakyat merupakan unsur utama dari suatu negara hukum, di samping unsur-unsur lainnya. Secara lebih terperinci, unsur-unsur minimal yang penting dari suatu negara hukum adalah sebagai berikut:

- 1) Kekuasaan lembaga negara tidak absolut;
- 2) Berlakunya prinsip *trias politica*;
- 3) Pemberlakuan sistem *check and balances*;
- 4) Mekanisme pelaksanaan kelembagaan negara yang demokratis;
- 5) Kekuasaan lembaga kehakiman yang bebas;
- 6) Sistem pemerintahan yang transparan;
- 7) Adanya kebebasan pers;
- 8) Adanya keadilan dan kepastian hukum;
- 9) Akuntabilitas publik dari pemerintah dan pelaksanaan prinsip *good governance*;
- 10) Sistem hukum yang tertib berdasarkan konstitusi;
- 11) Keikutsertaan rakyat untuk memilih para pemimpin dibidang eksekutif, legislatif, bahkan juga yudikatif sampai batas-batas tertentu;
- 12) Adanya sistem yang jelas terhadap pengujian suatu produk legislatif, eksekutif, maupun judikatif untuk disesuaikan dengan konstitusi. Pengujian tersebut dilakukan oleh pengadilan tanpa menyebabkan pengadilan menjadi *super body*;
- 13) Dalam negara hukum, segala kekuasaan negara harus dijalankan sesuai konstitusi dan hukum yang berlaku;
- 14) Negara hukum harus melindungi hak-hak asasi manusia;

- 15) Negara hukum harus memberlakukan prinsip *due process* yang substansial (adil dan tidak sewenang-wenang);
- 16) Prosedur penangkapan, pengeledahan, pemeriksaan, penyidikan, penuntutan, penahanan, penghukuman, dan pembatasan-pembatasan hak-hak si tersangka pelaku kejahatan haruslah dilakukan secara sesuai dengan prinsip *due process* yang prosedural (keadilan yang fundamental);
- 17) Perlakuan yang sama di antara warga negara dihadapan hukum;
- 18) Pemberlakuan prinsip *majority rule minority protection*;
- 19) Proses impeachment yang fair dan objektif;
- 20) Prosedur pengadilan yang fair, efisien, reasonable, dan transparan tentang pengujian terhadap tindakan aparat pemerintah yang melanggar hak-hak warga masyarakat, seperti melalui Pengadilan Tata Usaha Negara;
- 21) Penafsirannya yang kontemporer terhadap konsep negara hukum mencakup juga persyaratan penafsiran hak rakyat yang luas termasuk hak memperoleh pendidikan dan tingkat hidup berkesejahteraan, pertumbuhan ekonomi yang bagus, pemerataan pendapatan, dan sistem politik dan pemerintahan yang modern.

Apabila unsur-unsur tersebut di atas banyak yang tidak terpenuhi, baik dalam konstitusi, dalam Undang-undang, termasuk juga tidak terpenuhi dalam praktik hukum (*law enforcement*), maka, sulit bagi suatu negara untuk disebut sebagai “negara hukum”.⁷⁸ []

78. ⁷⁸ Munir Fuady, *op cit.*, hlm. 10-11.

BAB IV NEGARA DAN KONSTITUSI

“Omnes legume servi sumus ut liberi esse possimus”
(Cicero)

A. PENGERTIAN DAN HAKIKAT KONSTITUSI

Konstitusi sebagai pilar negara hukum tentunya memiliki sejarah panjang sebelum akhirnya diletakkan sebagai sebuah prinsip, yang kemudian menjadi ciri dari suatu negara hukum. Gagasan mengenai konstitusi 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 “*constitution*” yang juga berkaitan dengan kata “*jus*”.

Dalam kedua perkataan *politeia* dan *constitutio* (Romawi kuno) itulah awal mula gagasan konstitusionalisme diekspresikan oleh umat manusia beserta hubungan di antara kedua istilah tersebut dalam sejarah. Jika dibandingkan, maka, dapat dikatakan bahwa yang paling tua usianya adalah kata *politeia* yang berasal dari kebudayaan Yunani.⁷⁹

Di jaman *Yunani kuno*, gagasan konstitusi dipelopori oleh para filosof seperti Plato dalam bukunya *The laws (Nomoi)*, Socrates dalam bukunya *Panathenaicus* dan *Areopagiticus*, keduanya sama-sama menunjuk kepada pengertian konstitusi. Demikian pun Aristoteles dalam bukunya *Politics*. Sementara warisan dari *Romawi kuno* dipelopori secara revolusioner oleh Cicero yang dapat disebut sebagai sarjana pertama yang menggunakan perkataan *constitution* sebagaimana disebut dalam bukunya *De Re Publica*.

Konstitusi dalam pengertiannya seringkali dikaitkan dengan undang-undang dasar, jika dilihat dari perspektif hukum dasar,

^{79.} ⁷⁹ Jimly Ashidique, *op cit.*, hlm. 1.

maka, keduanya memiliki batasan yang berbeda, meskipun keduanya sama-sama menunjuk pada pengertian hukum dasar. Secara umum dapat dipahami konstitusi menunjuk pada pengertian hukum dasar tidak tertulis, sedangkan Undang-Undang Dasar menunjuk pada pengertian hukum dasar tertulis.

Kedudukan konstitusi maupun Undang-Undang Dasar (UUD) bagi suatu negara hukum sangatlah penting. Bahkan tidak terpisahkan dan menjadi prasyarat suatu negara dalam menjalankan praktik ketatanegaraannya. Dan semua konstitusi selalu menjadikan kekuasaan sebagai pusat perhatian, karena kekuasaan itu sendiri pada intinya memang perlu diatur dan dibatasi sebagaimana mestinya. Konstitusi menjadi ruh bagi suatu negara hukum, dalam praktek ketatanegaraannya memfokuskan kepada konsep *distribution of power*, agar kemudian demokrasi mendapatkan pengawalan dan terakomodir melalui lembaga-lembaga/institusi negara.

Dalam sejarah di negara Anglo Saxon dan Eropa Kontinental, konstitusi dimaksudkan untuk menentukan batas kewenangan penguasa, menjami hak rakyat, dan mengatur jalannya pemerintahan. Dengan kebangkitan paham kebangsaan sebagai kekuatan pemersatu, serta dengan munculnya konsep demokrasi sebagai paham politik yang progresif dan militan, konstitusi menjadi alat rakyat untuk konsolidasi kedudukan hukum dan politik, dan untuk mengatur kehidupan bernegara.

Berhubungan dengan itu rumusan konstitusi modern tidak hanya memuat aturan-aturan hukum, tetapi juga di dalamnya memuat atau menyimpulkan prinsip-prinsip hukum, haluan negara, dan patokan-patokan kebijaksanaan yang semuanya mengikat penguasa. Oleh karena itu, di dalam negara-negara yang mendasarkan dirinya atas demokrasi konstitusi, maka, dalam negara itu ada supremasi hukum yang membatasi kekuasaan

pemerintah sedemikian rupa, sehingga penyelenggaraan kekuasaan tidak bersifat sewenang-wenang, dengan demikian hak asasi manusia dan hak asasi warga negara dapat terlindungi.⁸⁰

Dengan demikian, konsep konstitusi itu mencakup juga pengertian peraturan tertulis, kebiasaan, dan konvensi-konvensi kenegaraan (ketatanegaraan) yang menentukan susunan dan kedudukan antar organ-organ negara tersebut dengan warga negara. Menurut Bryan Thompson sebagaimana dikutip Jimly Ashidique⁸¹, secara sederhana pertanyaan: *what is a constitution?* Dapat dijawab bahwa “*a constitution is a document which contains the rule for the operation of an organization*”.

Organisasi yang dimaksud yakni, organisasi dengan beragam bentuk dan kompleksitas strukturnya, mulai dari organisasi/perkumpulan masyarakat di daerah tertentu, serikat buruh, organisasi kemasyarakatan, organisasi politik, organisasi bisnis, perkumpulan sosial samapai ke organisasi tingkat dunia seperti perkumpulan ASEAN, European Communities (EC), World Trade Organization (WTO), Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), dan sebagainya, semuanya membutuhkan dokumen dasar yang disebut konstitusi.

Sebagaimana ungkapan Miriam Budiardjo bahwa, konstitusi adalah suatu piagam yang menyatakan cita-cita bangsa dan merupakan dasar organisasi kenegaraan suatu bangsa.⁸² Francois Venter mencatat, yang kemudian dikutip Alwi Wahyudi, bahwa karakteristik dasar sebuah negara konstitusional modern adalah adanya sebuah konstitusi tertulis yang memiliki nilai hukum yang tinggi.

Lebih jauh K.C. Wheare mengartikan konstitusi sebagai keseluruhan sistem ketatanegaraan dari suatu negara berupa

80. ⁸⁰ H. Alwi Wahyudi, *op cit.*, hlm. 75.

81. ⁸¹ Jimly Ashidique, *op cit.*, hlm 16-17.

82. ⁸² Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia, 1989, hlm. 107.

kumpulan peraturan yang membentuk, mengatur atau memerintah dalam pemerintahan suatu negara.⁸³ Di dalamnya terdapat berbagai aturan pokok yang berkaitan dengan kedaulatan, pembagian kekuasaan, lembaga-lembaga negara, cita-cita ideologi negara, hak asasi manusia, politik, masalah ekonomi, budaya dan lain sebagainya.

Jika kembali kepada pemikiran-pemikiran (mainstream Barat) model Hobbes di abad XVII, bagaimanapun telah menjadi inspirasi pemikiran ke-arah yang lebih baik pada abad-abad berikutnya. Pada abad XIX konsep negara hukum yang semula belum terumuskan secara konkret mulai tertata. Beberapa pemikiran seperti John Locke, Montesquieu, Rousseau, Mc Iver juga ikut membentuk.

Secara bertahap kemudian orang mulai berpikir, bahwa ternyata untuk menjinakkan kekuasaan belumlah cukup jika sekedar terwadahi dalam institusi negara. Intinya negara sendiri haruslah memiliki cabang-cabang kekuasaan yang tertuang dalam doktrin sebuah undang-undang yang kemudian *diistilahkan dengan konstitusi*.⁸⁴

Dalam perkembangan selanjutnya, ternyata teori negara mainstream Barat dan Eropa ini akar epistemologinya berasal dari para pemikir (kaum) positivistis yang kental dengan corak normologik. Asumsi kaum positivis ini intinya bahwa hukum (dan institusinya) itu senantiasa netral (*neutrality of law*) dan terlepas dari politik (*law politics distinction*). Asumsi kelompok yang dimotori di antaranya oleh H.L.A Hart, Ion Fuller, Kelsen, John

83. ⁸³ Sri Soemantri, *Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan dan Kehidupan Politik Indonesia*, Jakarta: Sinar Harapan, 1993, hlm. 29.

84. ⁸⁴ Ellydar Chaidir & Sudi Fahmi, *Hukum Perbandingan Konstitusi*, Yogyakarta: Total Media, 2010, hlm. 6-8

Austin⁸⁵, kemudian mendapat sanggahan yang kritis dari kubu *Critical Legal Studies (CLS)*.⁸⁶

Menurut kelompok CLS ini, berprasangka terlalu baik pada hukum (teks-teks), Institusi maupun kelembagaan, dan actor-aktor atau pelaku hukum (pengacara, hakim, jaksa dan kepolisian) itu adalah hal naïf. Mereka membuktikan, hukum positif (*in abstracto*) tetaplah sebagai sebuah proses. Kritikan ini tidak ada salahnya. Oleh karena itu, sangat sulit membayangkan dalam proses itu segalanya lantas dikatakan final sebagai netral dan bebas dari “permainan politik” dalam pengertian kekuasaan. Bertitik tolak dari hal-hal tersebut, maka, dialektika eksistensi konstitusi terutama mainstream teori hukum positif, harus mempertimbangkan teori lain yang berpijak pada cara berpikir nomologik yang menekankan pada realitas (proses) ketimbang teks, institusi dan actor-aktor hukum yang harus terbukti dalam sejarah sering gagal menjadi solusi hukum yang sejatinya.

Aplikasi konstitusi, pada dasarnya adalah sebuah proses sejarah. Konstitusi menjadi sebuah kerangka masyarakat politik yang diorganisir dengan dan melalui hukum. Dan negara hukum adalah produk sejarah. Oleh karena itu baik Arstoteles, Kant, Stahl serta sarjana-sarjana lainnya mengartikan konstitusi sesuai dengan kondisi jamannya, inilah yang kemudian mengartikan bahwa

85. ⁸⁵ Teori Hart menjelaskan bahwa esensi hukum terletak pada penggunaan unsur paksaan, sementara teori Fuller menekankan pada isi kompositif, sedangkan John Austin, seorang positivis utama, mempertahankan bahwa satu-satunya sumber hukum adalah kekuasaan tertinggi dalam suatu negara, dan ilmu hukum (*jurisprudence*) sebagai teori hukum positif yang otonom.

86. ⁸⁶ Gerakan ini lahir karena pembangkangan atas ketidakpastian terhadap teori dan praktik hukum yang ada pada decade 1970-an, khususnya terhadap teori dan praktek hukum dalam bidang pendidikan hukum, pengaruh politik yang sangat kuat terhadap dunia hukum serta kegagalan peran hukum dalam menjawab permasalahan yang ada. Gerakan CLS tersebut dilakukan oleh suatu *organizing committee* yang beranggotakan para ahli hukum di antaranya; Roberto Mangabeire Unger, Abel, Aliler Trubek dan lain-lain. Lihat Munir Fuady, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003, hlm. 2-5

konsepsi hari ini masih akan terus berkembang berdasarkan kondisi sosial dan politik yang tengah terjadi di masyarakat.

Sebagaimana dikemukakan Herman Heller, konstitusi terbagi dalam tiga tingkatan yaitu:

- 1). *Die Politische Verfassung als Gesellschaftlich Wirklichkeit*, pada pengertian ini adalah mencerminkan keadaan sosial-politik suatu bangsa itu sendiri. Di sini pengertian hukum adalah sekunder, yang primer adalah bangunan-bangunan masyarakat atau political decision., artinya ini mengandung pengertian politis dan sosiologis;
- 2). *Die Verselbstandigte Rechtsverfassung*, pada pengertian kedua ini, keputusan-keputusan masyarakat dijadikan suatu perumusan yang normatif, yang kemudian harus berlaku. Pengertian politik diartikan sebagai suatu kenyataan yang harus berlaku dan diberikan suatu sanksi bilamana terjadi pelanggaran. Ini berarti konstitusi adalah juga merupakan kaidah yang hidup dalam masyarakat, dan mengandung pengertian yuridis;
- 3). *Die Geshereiben Verfassung*, pada pengertian ketiga ini, konstitusi adalah suatu peraturan yang tertulis. Dengan demikian undang-undang dasar adalah salah satu bagian dari konstitusi dan bukan sebagai penyaman pengertian menurut anggapan-anggapan sebelumnya.⁸⁷

Pada pengertian Heller tersebut, sinergitasnya terlihat juga dalam pengartian konstitusi oleh Lassale, dalam bukunya *Uber Verfassungswesen*, yakni:

- a). Konstitusi antara kekuasaan yang terdapat dalam masyarakat (faktor kekuatan riil), artinya pengertian secara sosiologis ataupun politik, konstitusi menjadi sintesis faktor-faktor kekuatan yang nyata dalam masyarakat. Jadi konstitusi menggambarkan hubungan antara kekuasaan-kekuasaan yang terdapat dengan nyata dalam suatu negara. Kekuasaan

87. ⁸⁷ Syaiful Bakhri, *Ilmu Negara dalam Konteks Negara Hukum Modern*, Yogyakarta: Total Media, 2010, hlm. 163. Bandingkan dengan Alwi Wahyudi, *Hukum Tata Negara Indonesia op cit.*, hlm.76.

tersebut di antaranya adalah; Presiden, Angkatan Bersenjata, Partai-partai, *Preassure Group*, Buruh, Tani dan sebagainya;

b). Konstitusi adalah apa yang ditulis di atas kertas mengenai lembaga-lembaga negara dan prinsip-prinsip memerintah dari suatu negara (sama dengan paham kodifikasi).

Pengertian, dan pengkategorian yang komprehensif juga dikemukakan oleh Carl Schmitt dalam bukunya *Verfassungslehre*, yang diuraikan Jimly Asshiddiqie dalam bukunya.⁸⁸ Carl Schmitt membagi pengertian konstitusi ke dalam empat kelompok pengertian. (a) konstitusi dalam arti absolut (*absoluter verfassungsbegriff*); (b) konstitusi dalam arti relatif (*relative verfassungsbegriff*); (c) konstitusi dalam arti positif (*der positive verfassungsbegriff*); (d) konstitusi dalam arti ideal (*idealbegriff der verfassung*).

Keempat kelompok pengertian di atas, dapat dirinci lagi menjadi delapan pengertian, yaitu: (1) konstitusi dalam arti absolut (*Absolute Verfassungsbegriff*). Dalam arti absolut, arti konstitusi dapat dibedakan dalam empat macam, yaitu: (i) konstitusi sebagai cermin dari *de reele machtsfactoren*; (ii) konstitusi dalam arti absolut sebagai *forma-formarum (vorm der vormen)*; (iii) konstitusi dalam arti absolut sebagai *factor integrative*; (iv) konstitusi dalam arti absolut sebagai *norma-normarum (norm dernormen)*; (2) konstitusi dalam arti relatif (*Relatieve Verfassungsbegriff*) yang dapat dibagi lagi menjadi dua, yaitu: (v) konstitusi dalam arti materil (*contitutie in formale zin*), dan (vi) konstitusi dalam arti formil (*contitutie in formele zin*). Sementara itu, dua arti terakhir adalah (3) konstitusi dalam arti positif (*Positieve 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).

88. ⁸⁸ Jimly Asshiddiqie, *op cit.*, hlm. 100.

Berangkat dari pengertian-pengertian yang disampaikan para ahli hukum tersebut di atas, dapat kiranya diberikan penegasan bahwa konstitusi merupakan norma dasar baik yang dituangkan secara tertulis maupun tidak tertulis, yang di dalamnya mengatur masalah badan-badan negara seperti eksekutif, legislatif, dan yudikatif.⁸⁹

Ini berarti bahwa, setiap konstitusi sebetulnya mengandung doktrin mengenai kelembagaan negara secara normatif. Harus diketahui juga bahwa pengertian konstitusi tertulis maupun tidak tertulis tentunya tidak dimaknai dalam pengertian yang benar-benar tertulis dan tidak tertulis, akan tetapi dimaknai pada batasan konstitusi yang terdokumentasi. Sejalan dengan pembacaan tersebut, K.C Wheare menekankan mengenai perbedaan pengertian istilah konstitusi, yakni: *pertama*, istilah konstitusi dipergunakan untuk menunjukkan keseluruhan aturan mengenai sistem ketatanegaraan. *Kedua*, istilah konstitusi menunjuk kepada suatu dokumen atau beberapa dokumen yang memuat aturan-aturan dan ketentuan-ketentuan tertentu yang bersifat pokok atau dasar saja mengenai ketatanegaraan suatu negara.

Dengan demikian pengertian konstitusi menjadi luas dan tidak terikat secara tertulis. Darisitu dapat ditarik suatu renungan terkait fungsi dan kedudukan konstitusi dalam suatu negara, yakni konstitusi *sebagai Nilai*, dan *Konstitusi sebagai Norma dasar*. Oleh sebab itu, diperlukan pengaturan sedemikian rupa, sehingga dinamika kekuasaan dalam proses pemerintahan dapat dibatasi dan dikendalikan sebagaimana mestinya. Gagasan mengatur dan membatasi kekuasaan ini secara alamiah muncul karena adanya kebutuhan untuk merespons perkembangan peran relatif kekuasaan umum dalam kehidupan umat manusia, ini basis dari *konstitusionalisme*.

89. ⁸⁹ Ellydar Khaidir, *Hukum dan Teori Konstitusi*, Yogyakarta: Total Media, 2007, hlm. 37.

B. NILAI DAN SIFAT KONSTITUSI

1. Nilai Konstitusi

Nilai konstitusi yang dimaksud di sini adalah nilai sebagai hasil penilaian atas pelaksanaan norma-norma dalam suatu konstitusi dalam kenyataan praktik. Karl Loewenstein dalam bukunya *Reflection on the Value of Constitutions*, membedakan tiga macam nilai atau *the values of the constitutions*, yakni: (i) *normative value*; (ii) *nominal value*; (iii) *semantical value*. Banyak ahli hukum tata negara di Indonesia yang merujuk karya Karl Loewenstein ini, salah satunya Jimly Asshiddiqie,⁹⁰ yang mengurai tiga macam pengertian nilai tersebut, yaitu: jika antara norma yang terdapat dalam konstitusi yang bersifat mengikat itu dipahami, diakui, diterima, dan dipatuhi oleh subyek hukum yang terikat kepadanya, maka, konstitusi itu dinamakan sebagai konstitusi yang mempunyai nilai 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.

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.

2. Konstitusi Luwes (*Flexible*) dan Konstitusi Kaku (*Rigid*)

Jimly Asshiddiqie⁹¹ menjelaskan, 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

90. ⁹⁰ Jimly Asshiddiqe, *op cit.*, hlm. 109.

91. ⁹¹ Jimly Asshiddiqe, *ibid.*, hlm.113-115.

apakah cara mengubahnya cukup mudah atau sulit? (ii) apakah naskah konstitusi itu mudah atau tidak mudah mengikuti perkembangan kebutuhan zaman?

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 Dasar dikatakan bersifat *rigid*, tetapi dalam kenyataannya dapat diubah tanpa melalui prosedur yang ditentukan sendiri oleh Undang-Undang Dasar-nya (*verfassung-anderung*), melainkan diubah melalui prosedur di luar ketentuan konstitusi (*verfassungs-wandlung*), seperti melalui revolusi atau dengan *constitutional convention*.

Untuk Undang-Undang Dasar yang tergolong *flexible*, perubahannya kadang-kadang cukup dilakukan hanya dengan *the ordinary legislative process*. Sementara itu, untuk Undang-Undang Dasar yang dikenal *rigid*, prosedur perubahannya dapat dilakukan:

- a). Oleh lembaga legislatif, tetapi dengan pembatasan-pembatasan tertentu;
- b). Oleh rakyat secara langsung melalui suatu referendum;
- c). Dengan kebiasaan ketatanegaraan, atau oleh suatu lembaga negara yang khusus, yang dibentuk hanya untuk keperluan perubahan.

Dalam konteks perubahan konstitusi, Taufiqurrohman⁹² berdasarkan penelitiannya terhadap 100 konstitusi, mengklasifikasikan istilah “perubahan” ke dalam tujuh istilah, yakni:

- 1). *Amandement* (perubahan);
- 2). *Revision* (perbaikan);
- 3). *Alteration* (perubahan/penggantian);
- 4). *Change* (penggantian);
- 5). *Reform* (perbaikan);

92. ⁹² Taufiqurrohman, *Prosedur Perubahan Konstitusi (Perubahan UUD Negara RI 1945 dan Perbandingannya dengan Konstitusi Negara Lain)*, Disertasi, Jakarta: FH-UI, 2003, hlm. 102.

6). *Modified* (modifikasi);

7). *Review* (tinjauan).

Memang jika diikuti pengkategorian yang ada, sifat daripada konstitusi itu lentur dan relatif untuk diandaikan ke dalam kategori-kategori perubahan. Akan tetapi, sesungguhnya harus diakui bahwa perlu atau tidaknya sebuah konstitusi, atau Undang-Undang Dasar diubah adalah faktor konfigurasi kekuatan politik, dan juga sosial. 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, konstitusi itu tentu akan diubah. Begitupun sebaliknya, jika kekuatan politik yang berkuasa itu berpendapat tidak perlu diubah, tentu konstitusi tidak akan mengalami perubahan.

C. PEMBAGIAN, DAN PENGAWASAN KEKUASAAN

Konstitusionalisme dan Prinsip *Check and Balance* merupakan gagasan pemikiran yang telah lama berkembang. Misi utama pemikiran ini menghendaki pembatasan kekuasaan. Pembatasan kekuasaan itu terutama dilakukan melalui hukum yang lebih khusus lagi, yaitu konstitusi. Menurut Daniel S. Lev, yang dikutip Ellydar Chaidir, *Constitutionalism is a belief in imposition of restrains on government by means of a constitution*, yang pada intinya adalah konstitusionalisme adalah proses hukum.⁹³

Pendapat lain menurut Mc Ilwan sebagaimana dikutip Adnan Buyung Nasution, ada dua unsur fundamental dari paham konstitusionalisme, yaitu batas-batas hukum terhadap kekuasaan yang sewenang-wenang dan pertanggung jawaban politik sepenuhnya dari pemerintah kepada yang diperintah. Lebih lanjut, C.J Bax dan G.F.M Van Der Tang mengatakan bahwa konstitusionalisme mengandung tiga pengertian esensial sebagai berikut:

93. ⁹³ Ellydar Chaidir & Sudi Fahmi, *op cit.*, hlm. 9.

- 1). *A state, or any sistem of government, must be founded upon law, while the power exercised within the state should conform to definite legal rules and procedures (the idea of sonstitution or fundamental law)* – (sebuah negara atau sistem pemerintahan apapun harus didirikan di atas undang-undang, sedangkan kekuasaan yang dijalankan di dalam negara harus sejalan dengan peraturan-peraturan dan prosedur hukum yang tegas – yang mengacu kepada konstitusi atau undang-undang dasar);
- 2). *The institutional structure of government should ensure that power resides with, or is divided among, different branches wich mutually control their exercise of power and wich are obliged to co-operate (the ideas of mixed government, separation of power, check and balances)–* (bangunan institusional pemerintah harus memastikan bahwa kekuasaan berada ditangan, atau dibagi-bagi di antara cabang-cabang yang berbeda yang saling mengontrol pelaksanaan kekuasaan mereka dan yang berkewajiban untuk bekerja sama–gagasan mengenai pemerintah campuran, pemisahan kekuasaan, sistem *checks and balances* yakni saling periksa dan menjaga keseimbangan);
- 3). *The relationship between the government and the individual member of society should be regulated in such manner that it leaves the latter's basic rights and freedoms unimpaired.* Hubungan antara pemerintah dengan anggota perseorangan masyarakat sebaiknya diatur sedemikian rupa sehingga hubungan tersebut menjamin hak-hak dan kebebasan dasar.

Selain itu, menurut Andrews, untuk menjamin tegaknya konstitusi secara umum bersandar pada tiga elemen consensus (kesepakatan), yaitu:

- 1). Kesepakatan tentang tujuan atau cita-cita bersama (*the general goals of society orgeneral acceptance of the same pholophy of government*);
- 2). Kesepakatan tentang “*the rule of law*” sebagai landasan pemerintahan atau penyelenggaraan negara (*the basis of government*);

3). Kesepakatan tentang bentuk institusi-institusi dan prosedur-prosedur ketatanegaraan (*the form of institutions and procedurs*).

Berdasarkan pengertian-pengertian di atas, dapatlah diberi kesimpulan bahwa baik konstitusi maupun konsepsi konstitusionalisme sejatinya memuat mengenai suatu doktrin tentang sistem ketatanegaraan, yang di dalamnya mencakup hal-hal pokok seperti: *fundamental norms, separation of power, distribution of power, dan monitoring of power*, yang berprinsipkan *check and balances* antar lembaga negara bersama rakyat.

Dalam konstitusi modern, batas-tegas ini selalu diatur secara rapi dan cenderung berbeda antara negara satu dan negara lain. Dari ketentuan dalam konstitusi tersebut, kemudian diatur siapa yang memegang kekuasaan apa, dan siapa mengawasi siapa. Karena itu, dalam suatu sistem ketatanegaraan modern, suatu konstitusi telah menjadi semacam “cetak biru” bagi para penyelenggara negara, tempat semua orang harus mengacu ketika terjadi keraguan atau perselisihan.

Pada intinya, konstitusionalisme memuat prinsip-prinsip pemisahan dan pembagian kekuasaan itu dimaksudkan untuk membatasi kekuasaan negara dari kemungkinan menjadi sumber penindasan dan tindakan sewenang-wenang oleh penguasa. Pengaturan dan pembatasan kekuasaan itulah yang menjadi *esensi dari konstitusionalisme*. Sehingga kemungkinan kesewenang-wenangan kekuasaan dapat dikendalikan dan diminimalkan. Sebagaimana ungkapan Lord Acton “*power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely*” (kekuasaan cenderung untuk menjadi sewenang, dan dalam kekuasaan yang bersifat mutlak, kesewenang-wenangnya juga cenderung mutlak).

D. KONSTITUSI SEBAGAI NILAI & KEKUATAN NORMATIF

Manusia adalah *Zoon Politicon* (bergantung satu sama lain), demikian Aristoteles menyebutnya. Pada dasarnya manusia tidak dapat hidup sendiri, melainkan manusia selalu memerlukan manusia lainnya. Jalinan antar manusia yang tercipta yang disebabkan oleh hubungan satu sama lain itu akan membentuk suatu pranata dalam sekelompok manusia, yang kemudian membentuk sekelompok masyarakat, yang setelah terbentuk itu lalu terbangun aturan-aturan sehingga secara tidak langsung membentuk tatanan sosial kemasyarakatan baru dalam kehidupan mereka.⁹⁴

Tatanan yang terbangun itu akan melahirkan konsepsi fundamental dalam pergaulan, yang kemudian itu disebut sebagai Nilai dan Norma dalam masyarakat. Sifat dari nilai dan norma yang sudah terbentuk itu secara tidak langsung akan mendukung masing-masing tatanan dalam kehidupan masyarakat, yang kemudian menjadi faktor sentral dan menjadi ciri tatanan hukum dalam masyarakat tersebut. Nilai dan norma yang terbentuk tersebut lantas menjadi persyaratan dan penilaian-penilaian, sebagaimana pandangan Satjipto Rahardjo bahwa hukum itu memiliki patokan-patokan yang dipakai untuk melakukan penilaian. Patokan-patokan inilah yang memberikan dasar bagi hukum untuk mengeluarkan petunjuk-petunjuk tentang tingkah laku.

Setiap masyarakat yang teratur, dapat menentukan pola-pola hubungan yang bersifat tetap antara para anggotanya dalam masyarakat dalam mencapai tujuan yang hendak dicapai. Politik adalah bidang dalam masyarakat yang berhubungan dengan tujuan masyarakat tersebut⁹⁵ Konstitusi dalam perspektif politik hukum adalah suatu pemahaman yang berhubungan dengan tujuan

94. ⁹⁴ Ellydar Chaidir & Sudi Fahmi, *op cit.*, hlm. 57.

95. ⁹⁵ Green Mind Community, *Teori dan Politik Hukum Tata Negara*, Yogyakarta: Total Media, 2009, hlm. 232.

masyarakat, struktur politik menaruh perhatian pada pengorganisasian kegiatan kolektif untuk mencapai tujuan-tujuan yang secara kolektif menonjol, yaitu dengan keharusan untuk menentukan pilihan mengenai tujuan maupun cara-cara yang hendak dipakai untuk mencapai tujuan tersebut.

Dalam terminologi Logeman,⁹⁶ hukum yang berlaku di sini dan kini, sedangkan tafsiran klasik hukum positif, ialah merupakan hukum yang dibuat atau ditetapkan negara melalui lembaga negara atau pejabat yang diberi wewenang untuk menetapkannya. Dari pengertian hukum positif secara umum, bahwa politik hukum adalah kebijakan yang diambil dan ditempuh oleh negara melalui lembaga atau pejabat yang diberi wewenang untuk menetapkan hukum yang mana yang perlu diganti, yang perlu diubah, atau hukum yang mana yang perlu dipertahankan, atau hukum mana yang perlu diatur atau dikeluarkan agar dengan kebijakan tersebut terciptalah suatu situasi kenegaraan yang tertib dan secara bertahap terwujud.

Pengertian tersebut, umumnya dianut oleh negara-negara demokrasi konstitusional atau negara hukum yang demokratis. Sebab ada negara atau pemerintah yang mengambil kebijakan untuk menetapkan hukum itu agar melalui hukum kekuasaannya dapat dipertahankan, atau kekuasaan dapat dikonsentrasikan ketangan penguasanya.⁹⁷ Kebijakan itu diambil dengan berbagai dalih atau alasan, misalnya demi pembangunan, kepentingan rakyat, stabilitas nasional, memberantas korupsi, dan lain sebagainya. Sedang tujuan bernegara yang sebenarnya terabaikan sama sekali.

Konstitusi dalam kaitannya dengan politik hukum, merupakan otoritas legislasi yang diserahkan rakyat kepada penyelenggara, dalam hal ini haruslah memperhatikan nilai-nilai yang tumbuh dan

96. ⁹⁶ Green Mind Community, *ibid.*, hlm. 233.

97. ⁹⁷ Regen B.S. *Politik Hukum*, Bandung: CV Utomo, 2006, hlm. 17-18.

hidup dalam suatu masyarakat, bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dan kongkretisasi dari nilai dan norma yang pada suatu saat akan berkembang dalam masyarakat (*ius constituendum dan ius constitutum*). Sebagaimana sejatinya gerakan konstitusi itu lahir karena keinginan untuk membatasi kekuasaan, yang dimaksudkan kekuasaan di sini adalah terbangunnya suatu sistem ketatanegaraan yang berpijak tidak hanya dalam bentuk produk hukum penguasa, akan tetapi bagaimana itu terbangun dari pijakan di atas nilai dan norma yang hidup di tengah-tengah masyarakat, yang juga harus sesuai dengan cita-cita bersama dalam sebuah nation. Sehingga kemudian output yang dihasilkan adalah suatu bentuk kekuasaan yang mencerminkan; *pertama*, Kewibawaan, di mana negara memiliki kewibawaan baik itu dalam pengertian tradisional, maupun dalam pemahaman modern. *Kedua*, Kedaulatan yang kuat berkarakter baik secara nasional maupun internasional.

Dalam interrelasinya, perumusan unsur-unsur negara hukum memang tidak terlepas dari falsafah, dan sosio-politik yang melatarbelakanginya, terutama pengaruh filsafat individualisme, yang berarti menempatkan individu atau warga negara sebagai *primus inter pares* dalam kehidupan bernegara. Oleh karena itu, unsur pembatasan kekuasaan negara untuk melindungi hak-hak individu menempati posisi signifikan (HAM). Dalam perkembangan demokrasi model ini disebut sebagai demokrasi konstitusional, dengan ciri khas bahwa pemerintahan demokrasi adalah pemerintahan yang terbatas kekuasaannya dan tidak dibenarkan bertindak sewenang-wenang terhadap warga negaranya.⁹⁸

Dalam konteks negara hukum dan demokrasi konstitusional, nilai dan norma menjadi bangunan dasar guna membangun kultur

98. ⁹⁸ Syaiful Bakhri, *op cit.*, hlm. 134-135.

politik hukum yang secara sosiologis mampu menyentuh lapisan atas dan lapisan bawah masyarakat, mencegah pendangkalan, tanpa menggeser kebudayaan dan kearifan lokal. Dalam prakteknya serta pemahamannya di tiap negara tentu berbeda-beda, hal ini disebabkan juga dengan munculnya aliran-aliran yang berusaha menterjemahkan hukum (positivisme) dalam masyarakat (sosiologisme) dan masyarakat dalam hukum, oleh karenanya sangatlah penting membedakan keduanya (antara positivisme dan sosiologisme), guna mendapatkan pengerucutan terhadap makna serta konteks aplikasinya terkait negara hukum, dan demokrasi konstitusional. Berikut uraiannya:⁹⁹

- a) Positivisme memandang hukum tidak lain adalah kaidah-kaidah yang tercantum dalam perundang-undangan, sedangkan sosiologisme memandang hukum adalah kenyataan dalam masyarakat, ia mempelajari bagaimana dan mengapa dari tingkah laku sosial yang berhubungan hukum dan pranata-pranata hukum sebagaimana kita lihat. Dengan kata lain kaum positivism melihat hukum itu *“law in a books”*, sedangkan kaum sosiologisme melihat hukum ialah *“law in action”*.
- b) Positivisme hanya mempersoalkan hukum sebagai *“das sollen”* (apa yang seharusnya), sedangkan sosiologisme memandangnya sebagai *“das sein”* (dalam kenyataannya);
- c) Positivisme memandang hukum sebagai sesuatu yang otonom atau mandiri, sedangkan sosiologisme memandang hukum bukan sesuatu yang otonom, melainkan sangat dipengaruhi oleh faktor-faktor non hukum yang ada dalam suatu masyarakat, seperti factor ekonomi, politik, budaya dan sosial lainnya;
- d) Positivisme cenderung berpandangan yuridis-dogmatik, sedangkan sosiologisme berpandangan empiris, mereka ingin melakukan

99. ⁹⁹ Teguh Prasetyo & Abdul Halim Barkatullah, *Ilmu Hukum & Filsafat Hukum-Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011, hlm. 120.

pemahaman secara sosiologis terhadap fenomena hukum. Jadi *interpretative understanding of social conduct* (yakni segala usaha untuk memahami objeknya dari segi tingkah laku sosial);

- e) Sementara metode yang digunakan oleh kaum positivisme adalah perskriptif, yaitu menerima hukum positif dan penerapannya, sedang metode kaum sosiologisme adalah deskriptif, yaitu mengkaji hukum dengan menggunakan teknik-teknik seperti: survey, observasi perbandingan, dan analisis statistik.

Juga pentingnya memahami esensi dan substansi daripada nilai dan norma, Adapun pengertian dari keduanya ialah:

(Nilai)

- 1) Nilai (*value*) mengacu pada pertimbangan terhadap suatu tindakan, benda, cara untuk mengambil keputusan apakah sesuatu yang bernilai benar (mempunyai nilai kebenaran), indah (nilai keindahan/estetik), religius (nilai ketuhanan). Nilai merupakan kumpulan sikap dan perasaan-perasaan yang diwujudkan melalui perilaku yang mempengaruhi perilaku sosial orang yang memiliki nilai. Nilai merupakan sikap-sikap dan perasaan yang diterima secara luas oleh masyarakat dan merupakan dasar untuk merumuskan yang benar dan penting;
- 2) Nilai sosial lahir dari kebutuhan kelompok sosial akan seperangkat ukuran untuk mengendalikan beragam kemauan warganya yang senantiasa berubah dalam berbagai situasi. Suatu masyarakat akan tahu mana yang baik dan mana atau buruk, benar atau salah, dan boleh atau dilarang. Nilai sosial yang terbukti langgeng dan (tahan zaman) akan membaku menjadi sistem nilai budaya. Berdasarkan sistem yang abstrak dinamika kehidupan masyarakat menjadi terarah dan stabil.

Menurut Horton dan Hunt, dalam J.Dwi Narwoko & Bagong Suyanto, nilai adalah gagasan mengenai apakah suatu pengalaman berarti atau tidak berarti. Nilai pada hakikatnya mengarahkan

perilaku dan pertimbangan seseorang, tetapi tidak menghakimi apakah sebuah perilaku tertentu salah atau benar. Nilai adalah suatu bagian penting dari kebudayaan. Suatu tindakan dianggap sah artinya secara moral dapat diterima kalau harmonis dengan nilai-nilai yang disepakati dan dijunjung oleh masyarakat di mana tindakan itu dilakukan.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa di dalam masyarakat yang terus berkembang nilai senantiasa akan ikut berubah. Pergeseran nilai dalam banyak hal akan mempengaruhi perubahan tatanan sosial yang ada. Nilai merupakan bagian yang terpenting dari kebudayaan karena suatu tindakan dianggap sah artinya secara moral dapat diterima kalau harmonis dengan nilai-nilai yang disepakati dan dijunjung oleh masyarakat.

(Norma)

- 1) Norma sosial merupakan pengertian yang meliputi bermacam-macam hasil interaksi kelompok, baik hasil-hasil interaksi dari kelompok-kelompok yang telah lampau maupun hasil interaksi kelompok yang sedang berlangsung. Termasuk semua nilai sosial, adat istiadat, tradisi, kebiasaan, konvensi, dan lain-lain. Norma sosial adalah patokan-patokan umum mengenai tingkah laku dan sikap individu anggota kelompok yang dikehendaki oleh kelompok mengenai bermacam-macam hal yang berhubungan dengan kehidupan kelompok yang melahirkan norma-norma tingkah laku dan sikap-sikap mengenai segala situasi yang dihadapi oleh anggota-anggota kelompok;
- 2) Norma adalah patokan perilaku dalam suatu kelompok masyarakat tertentu. Norma disebut pula peraturan sosial menyangkut perilaku-perilaku yang pantas dilakukan dalam menjalani interaksi sosialnya. Keberadaan norma dalam masyarakat bersifat memaksa individu atau suatu kelompok agar bertindak sesuai dengan aturan sosial yang telah terbentuk sejak lama. Norma tidak boleh dilanggar. Siapa yang

melanggar norma atau tidak bertingkah laku sesuai dengan ketentuan yang tercantum dalam norma, akan memperoleh hukuman. Norma merupakan hasil buatan manusia sebagai makhluk sosial. Pada awalnya, aturan dibentuk secara tidak sengaja. Lama-kelamaan norma-norma disusun atau dibentuk secara sadar. Norma dalam masyarakat berisi tata tertib, aturan, petunjuk standar perilaku yang pantas atau wajar. Pada dasarnya, norma disusun agar hubungan di antara manusia dalam masyarakat dapat berlangsung tertib sebagaimana yang diharapkan. Misalnya, cara makan, bergaul, berpakaian merupakan norma-norma yang menjadi acuan dalam berinteraksi.

Norma sosial di masyarakat dibedakan menurut aspek-aspek tertentu tetapi saling berhubungan antara satu aspek dengan aspek lainnya. Pembagiannya norma sosial adalah sebagai berikut :

- i. Norma agama adalah peraturan sosial yang sifatnya mutlak dan tidak dapat ditawar-tawar atau diubah ukurannya karena berasal dari Tuhan. Biasanya norma agama tersebut berasal dari ajaran agama dan kepercayaan-kepercayaan lainnya (religi). Pelanggaran terhadap norma ini dikatakan berdosa.
- ii. Norma kesusilaan adalah peraturan sosial yang berasal dari hati nurani yang menghasilkan akhlak, sehingga seseorang dapat membedakan apa yang dianggap baik dan apa yang pula dianggap buruk. Pelanggaran terhadap norma ini berakibat sanksi pengucilan secara fisik (dipenjara, diusir) ataupun batin (dijauhi);
- iii. Norma kesopanan adalah peraturan sosial yang mengarah pada hal-hal yang berkenaan dengan bagaiman seseorang harus bertingkah laku yang wajar dalam kehidupan masyarakat. Pelanggaran terhadap norma ini akan mendapatkan celaan, kritik, dan lain-lain tergantung pada tingkat pelanggaran;
- iv. Norma kebiasaan adalah sekumpulan peraturan sosial yang berisi petunjuk atau peraturan yang dibuat secara sadar atau tidak tentang

perilaku yang diulang-ulang sehingga perilaku menjadi kebiasaan individu. Pelanggaran terhadap norma ini berakibat celaan, kritik, sampai pengucilan secara batin;

- v. Norma hukum adalah aturan sosial yang dibuat oleh lembaga-lembaga tertentu, misal pemerintah, sehingga dengan tegas dapat melarang serta memaksa orang untuk dapat berperilaku sesuai dengan keinginan pembuat peraturan itu sendiri. Pelanggaran terhadap norma ini berupa sanksi denda sampai hukuman fisik.

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa norma agama dan norma kesusilaan berlaku secara luas di setiap kelompok masyarakat. Sedangkan norma kesopanan, norma kebiasaan biasanya hanya dipelihara atau dijaga oleh kelompok kecil individu, sedangkan kelompok masyarakat yang lainnya akan mempunyai norma kesopanan dan kebiasaan sendiri.

Darisiinilah pentingnya suatu kajian mendasar terhadap suatu bangunan konstitusi dan identitas negara hukum, yang kemudian akan bermuara pada suatu pemahaman yang bisa disebut paradigma perubahan di mana *nilai akan menjadi penilaian, dan norma menjadi aturan dasar yang prinsipil*. Maka, dalam rangka menciptakan suatu pemahaman konstitusi dalam aplikasi sejatinya nilai dan norma sangat penting untuk ditempatkan sebagai:

- a) Landasan Filosofis, yakni sebagai suatu falsafah, pandangan hidup suatu masyarakat dalam berbangsa dan bernegara, yang ketika dituangkan dalam suatu konstitusi tiada lain berisi nilai-nilai moral dan etika dari satu bangsa tersebut, demikianpun hal ini akan menjadi rujukan untuk membentuk aturan hukum selanjutnya;
- a) Landasan Yuridis, yakni menjadi ketentuan esensial, menjadi dasar hukum bagi pembuatan suatu peraturan;
- b) Landasan Sosiologis, yakni konstitusi dalam aplikasi haruslah sesuai kenyataan dalam prakteknya, dan mampu menyentuh lapisan dimensi masyarakat sedalam-dalamnya, bukan seluas-luasnya, serta

bukan hanya menjadi sekedar teks yang memuat kaidah-kaidah hukum;

- c) Landasan Politik, yakni sebagai garis kebijaksanaan politik dalam rangka menciptakan suatu arah masa depan bangsa yang menjunjung tinggi nilai luhur serta memelihara norma-norma dalam masyarakat secara aktif, dan kolektif. []

BAB V

KONSTITUSI DALAM LINTASAN SEJARAH DI INDONESIA

“Undang-Undang Dasar adalah dokumen hukum dan politik suatu negara, yang berisi kesepakatan (consensus) Pokok tentang negara, mengatur organisasi negara, kekuasaan lembaga negara dengan warga negara, dan perlindungan terhadap hak asasi manusia. Secara teoritis, Undang-Undang dapatlah diubah, Baik dari sudut pandang filosofis, sosiologis, politis, maupun yuridis”
A.M. Fatwa

A. SEBELUM REFORMASI KONSTITUSI

1. Sejarah Ketatanegaraan Indonesia

Sejarah adalah proses, dan tolok ukur sebuah negara itu terbentuk, di samping landasan teoritis, sejarah menjadi batu tapal untuk memahami kondisi empiris yang terjadi dalam suatu negara. Indonesia dalam potret sejarah, memuat beragam peristiwa penting hingga, sampai pada kondisi saat ini. Terkait dengan identitas ketatanegaraan, bentuk dan sistem pemerintahan, serta problematikanya, di mana sempat menjadi kenyataan sejarah, “bahwa ada kebenaran yang dipalsukan dan kepalsuan yang dibenarkan”. Ini dikarenakan kajian secara serius dan akademis mengenai sejarah ketatanegaraan Indonesia, semakin jauh dari entitasnya sebagai sebuah ilmu sejarah ketatanegaraan. Dalam langgam ketatanegaraan Indonesia, babak besar itu dimulai dari pernyataan kemerdekaan pada tanggal 17 agustus tahun 1945, sebagai sebuah kajian empiris, penelusuran sejarah ketatanegaraan

dapat ditinjau dari dua lembaga yang terbentuk kala itu, yakni *BPUPKI* dan *PPKI*.

BPUPKI

(Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia)

Gelora dan tekad rakyat Indonesia untuk merdeka dari imperialisme dan kolonialisme telah menyatukan perbedaan suku dan budaya rakyat, dan melalui organisasi-kelompok perjuangan yang terbentuk kala itu (Budi Utomo, Sarekat Islam, Jong Ambon, Celebes, Sumatera, dan lain-lain) menandakan bahwa era baru bagi bangsa ini telah dimulai, bahwa kemerdekaan harus diperjuangkan, hingga akhir, dengan semboyan “merdeka atau mati”. Hingga, kemudian perjuangan tersebut, seiring dengan momentum situasi internasional yang sedang *chaos* (perang dunia kedua), di mana kondisi tersebut memaksa Jepang harus menyerah dan membebaskan wilayah-wilayah jajahannya.

Kemudian di depan resepsi istimewa “*the Imperial Dies*” ke 85, pada 7 september 1944 PM Jepang Kuniaki Kaido mengumumkan “*the Japanese empire announce the future independence of all Indonesian people*” (kekaisaran dengan ini mengumumkan kemerdekaan pada masa yang akan datang bagi segenap rakyat Indonesia).¹⁰⁰ Berdasarkan ultimatum tersebut, kemudian dibentuklah suatu panitia dengan nama Dokuritsu Zuyumi Tyosokai, atau lebih dikenal sebagai BPUPKI yang dilantik pada 28 Mei 1945. Tugas utama panitia ini, adalah: mempersiapkan rancangan konstitusi sebagai dasar negara Indonesia. BPUPKI beranggotakan 62 orang, yang diketuai, oleh: Dr. Radjiman Wedyodiningrat.

BPUPKI mengadakan sidang-sidangnya mulai dari tanggal 29 Mei 1945 sampai dengan tanggal 16 Juli 1945. Sidang-sidang

¹⁰⁰ H. Alwi Wahyudi, *ibid.*, hlm 6.

tersebut terbagi dua, *sidang pertama* diadakan pada 29 mei 1945 sampai dengan tanggal 1 juni 1945, sedangkan *sidang kedua* berlangsung pada tanggal 10 juli 1945 sampai dengan tanggal 16 juli 1945¹⁰¹.

Dalam ***sidang pertama***, pokok bahasan utamanya adalah “dasar negara Indonesia”, adapun gagasan yang lahir dalam sidang pertama ini di antaranya dari Soepomo, dan Pancasila yang diusulkan Soekarno pada tanggal 1 Juni 1945. Sebagian notulen para pemidato lain tidak ditemukan [pidato Hatta misalnya], adapun pidato Yamin tidak otentik.

Soepomo menyampaikan pendapatnya pada tanggal 31 mei 1945, bahwa yang pertama yang harus dibicarakan dan disepakati dulu oleh BPUPKI sebelum membahas soal persatuan negara dengan agama, bentuk negara serikat, republik atau *monarchi* adalah terlebih dahulu dibahas soal pengertian negara dan pengertian yang dianut oleh negara tersebut atau *staatside*. Dikemukakannya bahwa ada beberapa aliran pemikiran tentang negara yaitu:

Pertama, aliran pemikiran atau paham individualisme seperti yang diajarkan Thomas Hobbes dan John Locke (abad 17), JJ. Rousseau (abad 18), Herbert Spencer (abad 19), dan H.J. Laski (abad 20). Aliran paham ini berpendapat bahwa negara didirikan atas dasar teori perseorangan yang membentuk masyarakat hukum (*legal society*) yang disusun atas perjanjian antara semua orang dalam masyarakat itu (*contract social*) seperti yang terdapat dalam susunan hukum negara di Eropa Barat dan Amerika.

Kedua, aliran pikiran atau paham golongan (*class theory*) seperti diajarkan Marx, Engels, dan Lenin. Dalam paham ini negara dianggap sebagai alat dari suatu golongan (suatu kelas tertentu) untuk menindas golongan (kelas) yang lain. Negara menurut aliran

101. ¹⁰¹ Sri Soemantri, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*, Bandung: Alumni, 2006, hlm. 31.

ini merupakan alat dari golongan yang mempunyai kedudukan ekonomi yang kuat untuk menindas golongan ekonomi lemah, sedangkan negara kapitalistik sebagai perkakas bourgeoisie untuk menindas kaum buruh. Karena pemahannya yang seperti itu maka golongan Marxis menganjurkan adanya revolusi politik dari kaum buruh dapat ganti menindas kaum bourgeoisie.

Ketiga, aliran pikiran integralistik seperti diajarkan Spinoza, Adam Muller, Hegel, dan lain-lain (abad 18-19) yang berpaham bahwa negara bukan dimaksudkan untuk menjamin kepentingan seseorang maupun golongan, melainkan dimaksudkan untuk menjamin masyarakat seluruhnya sebagai persatuan. Negara merupakan susunan masyarakat yang integral di dalamnya segala golongan, segala bagian, dan segala anggotanya saling berhubungan secara erat dan merupakan persatuan persatuan yang organis. Yang terpenting dalam negara yang menganut paham integral ini adalah kehidupan seluruh bangsa sebagai satu kesatuan, sehingga negara tidak boleh memihak kepada golongan yang paling kuat, dan tidak menganggap kepentingan perorangan (individu) sebagai pusat, melainkan menjamin keselamatan hidup seluruh bangsa sebagai kesatuan yang tak dapat dipisah-pisahkan.

Menurut Soepomo, dari berbagai aliran pikiran dan contoh di berbagai negara di dunia, aliran pikiran nasionalis-sosialis, yaitu prinsip persatuan antara pemimpin dan rakyat serta persatuan dalam negara sepenuhnya merupakan aliran yang cocok dengan aliran pikiran ketimuran dan corak masyarakat Indonesia. Dalam pidatonya Soepomo mengatakan:

“manusia sebagai seseorang tidak terpisahkan dari seseorang yang lain atau dari dunia lain, golongan-golongan manusia, malah segala golongan makhluk, segala sesuatu bercampur baur dan bersangkut paut, segala sesuatu berpengaruh-mempengaruhi dan kehidupan mereka bersangkut-paut. Inilah ide totaliter, ide integralistik dari bangsa Indonesia, yang berwujud juga dalam susunan tatanegaraanya yang asli...”

Dalam susunan persatuan antara rakyat dan pemimpinnya antara golongan-golongan rakyat satu sama lain, segala golongan diliputi oleh semangat gotong-royong, semangat kekeluargaan. Maka, teranglah tuan-tuan yang terhormat, bahwa jika kita hendak mendirikan negara Indonesia, maka negara kita harus berdasar atas aliran pikiran (staatside) negara yang integralistik, negara yang bersatu dengan seluruh rakyatnya, yang mengatasi seluruh golongan-golongannya dalam lapangan apapun”.

Paham integralistik menurut Soepomo memberi arti bahwa negara merupakan bangsa yang teratur, persatuan rakyat yang tersusun sehingga di dalamnya tidak ada dualisme mengenai “*staat*” dan “*individu*”, sebab individu tidak lain adalah suatu bagian organik dari negara, yang mempunyai kedudukan dan kewajiban tersendiri untuk turut menyelenggarakan kemajuan negara; begitu pula sebaliknya, karena negara bukan merupakan badan kekuasaan atau raksasa politik yang berdiri dilingkungan suasana kemerdekaan seseorang.

Pendapat berikutnya, Soekarno, dalam pidatonya di depan sidang BPUPKI pada tanggal 1 juni 1945, Soekarno mengartikan dasar negara Indonesia merdeka sebagai “*philosophische grondslag*” yaitu fundamen, filsafat, pikiran yang sedalam-dalamnya bagi berdirinya negara Indonesia. ia mengusulkan¹⁰² lima asas sebagai dasar negara yakni:

- (1) Kebangsaan Indonesia;
- (2) Internasionalisme, atau peri kemanusiaan;
- (3) Mufakat, atau demokrasi;
- (4) Kesejahteraan sosial;
- (5) Ke-Tuhanan yang berkebudayaan;

Oleh Soekarno kemudian diberi nama Pancasila (lima dasar) berdasarkan usulan salah satu temannya yang ahli bahasa. Dalam teori Soekarno, Pancasila itu dapat diperas menjadi tiga sila (tri

102. ¹⁰² H. Alwi Wahyudi, *op cit.*, hlm 6-7.

sila) yaitu, Sosio-nasionalisme (mencakup kebangsaan Indonesia dan peri kemanusiaan), Sosio-demokrasi (mencakup demokrasi dan kesejahteraan sosial), dan ke-Tuhanan. Yang kemudian tri sila tersebut dapat diperas lagi menjadi Eka Sila yaitu “gotong royong”.

Menurut penjelasan Soekarno, bahwa ia menggali Pancasila itu menembus lapisan-lapisan zaman yang dialami bangsa Indonesia mulai dari zaman pra-Hindu, zaman Hindu, zaman Islam dan zaman Imperialis. Ia menyatakan dalam menggali dan menyelami lapisan-lapisan itu ia menemukan apa yang disebutnya, kali ini, ini yang menonjol, lain kali ini yang lebih menonjol. Akhirnya ia menemukan lima hal yaitu ketuhanan, kebangsaan, perikemanusiaan, kedaulatan rakyat dan keadilan sosial. Ia menyatakan bahwa ketuhanan walaupun bentuk kepercayaannya berbeda-beda, namun dapat ditemukan dalam setiap lapisan tersebut.

Kemanusiaan atau Perikemanusiaan menurut Soekarno ditemukan juga dalam setiap ajaran agama. Agama Hindu, Budha, maupun Islam, berdiri teguh di atas dasar kemanusiaan. Rasa kemanusiaan adalah hasil pertumbuhan rohani, hasil pertumbuhan kebudayaan, hasil dari pertumbuhan tingkat rendah menuju tingkat yang lebih tinggi. Perikemanusiaan adalah hasil dari evolusi di dalam batin manusia.

Demokrasi bagi Soekarno sudah menjadi kepercayaan dan bukan sekedar alat, yaitu kepercayaan bahwa hidup secara kekeluargaan tidak dapat berlangsung sempurna tanpa dasar kedaulatan rakyat, atau demokrasi, atau musyawarah. Sedangkan prinsip keadilan sosial adalah bentuk demokrasi ekonomi atau sering disebutnya sebagai sosial demokrasi. Ia mengartikan sosial demokrasi sebagai sama rasa sama rata tidak hanya dalam bidang politik, melainkan juga dalam bidang ekonomi.

Kemudian pada ***sidang kedua***, dibentuklah panitia kecil yang terdiri dari 9 orang, yaitu; Soekarno, Wahid Hasyim, Hatta, A. Maramis, Abikusno Tjokrosujono, AK. Mudzakir, H. Agus Salim, Akhmad Subardjo, dan Mohammad Yamin.¹⁰³ Panitia kecil ini kemudian menghasilkan sebuah kesepakatan, yang oleh Yamin diberi nama “*Jakarta charter*” atau Piagam Jakarta, dan oleh Dr. Soekiman disebut sebagai “*gentlemen agreement*”, oleh Soekarno diberi nama Mukaddimah/Pembukaan. Yang kemudian ditetapkan di Jakarta pada tanggal 22 juni 1945, di mana memuat dasar negara (pancasila) yang tersusun dalam rancangan naskah Mukaddimah Undang-Undang Dasar negara. Selanjutnya dua hari kemudian (15-16 juli 1945) sidang dilanjutkan dengan materi pokoknya adalah membicarakan mengenai batang tubuh Undang-Undang Dasar yang dirancang oleh sub-panitia yang diketuai oleh Soepomo.

Piagam Jakarta memang sangat kontroversial, di mana telah terjadi pergulatan argumentasi antara “kelompok nasionalis” dan “kelompok islam”, hal tersebut kemudian menghasilkan sebuah kompromi yang akhirnya pada persidangan pertama PPKI tanggal 18 agustus 1945, berdasar atas usulan yang masuk kepada kepada Zumokyoku (kantor administrasi), maka pernyataan “*ketuhanan, dengan kewajiban menalankan syariat islam bagi pemeluk-pemeluknya*” dalam Pembukaan UUD maupun dalam pasal 29 ayat 1 (semula pasal 28 ayat 1) diganti dengan “ke-Tuhanan yang maha esa”.

Selain itu pernyataan pasal 6 ayat 1 yang berbunyi “*presiden ialah orang Indonesia asli, pernyataan “yang beragama islam” dicoret*. Adapun alasannya sebagaimana pernyataan Hatta (sebagai wakil ketua PPKI): “*...oleh karena kita semua ialah menyatakan bangsa Indonesia seluruhnya, supaya dalam masa yang genting*

103. ¹⁰³ H. Alwi Wahyudi, *op cit.*, hlm. 12.

ini kita mewujudkan persatuan yang bulat maka pasal-pasal yang bertentangan dikeluarkan dari Undang-Undang Dasar”.

Setelah BPUPKI menyelesaikan tugasnya dalam merumuskan dasar negara (*staats fundamental norm*), maka dengan demikian tugas panitia ini selesai dengan meletakkan suatu syarat berlakunya konstitusi, kemudian sebagai tindak lanjut dialihkan kepada panitia lain yakni Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI).

PPKI

(Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia)

Setelah BPUPKI dibubarkan, tanggal 9 agustus 1945 dibentuklah kepanitian baru dengan nama *Dokuritsu Zyunbi Inkai*, atau Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI). Panitia ini diketuai oleh Ir. Soekarno dengan wakilnya Drs. Muhammad Hatta, beranggotakan 21 orang yang kemudian ditambah 6 orang menjadi 27 orang. Para anggota PPKI berasal dari rakyat Indonesia yang mewakili masing-masing daerah asalnya yang boleh dikatakan sebagai “badan perwakilan”.¹⁰⁴

Di antara situasi kehadiran PPKI inilah kemudian bertepatan dengan menyerahnya jepang sehingga menjadikan kondisi tersebut sebagai momentum yang tepat untuk segera memproklamasikan kemerdekaan Indonesia, bertempat di pegangsaan timur 56 pukul 10.00 siang tanggal 17 agustus 1945 bangsa Indonesia menyatakan Proklamasi Kemerdekaan Republik Indonesia, naskah proklamasi dibacakan oleh Ir. Soekarno. Dan sehari kemudian pada tanggal 18 agustus 1945 PPKI bersidang dan menetapkan:

- 1). Undang-Undang Dasar 1945;
- 2). Undang-Undang Dasar 1945 sebagai Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia;
- 3). Ir. Soekarno dan Drs. Mohammad Hatta sebagai Presiden dan Wakil Presiden Republik; Indonesia;

¹⁰⁴ H. Alwi Wahyudi, *op cit.*, hlm. 16.

4). Pekerjaan Presiden untuk sementara dibantu oleh sebuah Komite Nasional.

Dalam sidang PPKI pada tanggal 18 agustus 1945, Soekarno sebagai ketua menegaskan bahwa apa yang diputuskan oleh PPKI adalah Undang-Undang Dasar sementara, atau Undang-Undang Dasar kilat, sehingga nantinya dapat dibicarakan lagi untuk diubah jika bangsa Indonesia sudah hidup dalam suasana tenteram. Hal ini sesuai dengan pidato Soekarno dalam sidang PPKI yang mengatakan; *“ini adalah sekadar Undang-Undang Dasar sementara, Undang-Undang Dasar kilat, bahwa barangkali boleh dikatakan pula inilah revolutie grondwet. Nanti kita membuat Undang-Undang Dasar yang lebih sempurna dan lengkap. Harap diingat benar-benar oleh tuan-tuan agar kita ini hari bisa selesai dengan Undang-Undang Dasar ini”*.¹⁰⁵

Dalam sidang kedua pada tanggal 19 agustus 1945 PPKI telah menetapkan bahwa:

- 1). Pembentukan 12 departemen pemerintahan;
- 2). Pembagian wilayah Indonesia dalam 8 provinsi dan tiap-tiap provinsi dibagi ke dalam keresidenan-keresidenan.

Dengan demikian sejak terpilihnya Presiden dan Wakil Presiden dalam sidang PPKI, maka, secara formal Negara Republik Indonesia sebagai sebuah negara yang secara *de facto* dan *de jure* telah memenuhi syarat sahnya suatu negara, yakni:¹⁰⁶

- 1).Rakyat Negara Indonesia, Yaitu seluruh bangsa Indonesia;
- 2). Wilayah negara Indonesia, yaitu tanah air Indonesia yang dahulu dinamakan Hindia-Belanda (dari Sabang sampai Merauke yang terdiri dari 13.500 pulau-pulau kecil);
- 3). Kedaulatan, yaitu sejak mengucapkan proklamasi kemerdekaan Indonesia;

105. ¹⁰⁵ H. Alwi Wahyudi, *op cit.*, hlm 19.

106. ¹⁰⁶ Titik Triwulan Tutik, *op cit.*, hlm. 112-113.

- 4). Pemerintah negara Indonesia telah ada semenjak terpilihnya Presiden dan Wakil Presiden atas dasar UUD 1945 sebagai pucuk pimpinan pemerintahan dalam negara;
- 5). Tujuan negara, ialah mewujudkan masyarakat Indonesia yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila;
- 6). Bentuk negara Indonesia, sebagaimana tertuang dalam pasal 1 ayat 1 UUD 1945 ialah “*negara kesatuan berbentuk Republik*”.

Dengan demikian maka, BPUPKI dan PPKI adalah sebuah proses politik menuju identitas sebagai negara merdeka dan berdaulat, yang kemudian melalui Proklamasi kemerdekaan pada tanggal 17 Agustus 1945 maka dalam perspektif hukum tata negara momentum tersebut ialah suatu “*source of the source*” yakni dasar daripada segala dasar ketertiban baru ketatanegaraan Indonesia, dengan disahkannya Undang-Undang Dasar 1945 yang mengandung arti sebagai hukum dasar, juga merupakan sumber hukum guna menyempurnakannya di masa depan.

Para *the founding father* menyadari betul kenyataan sebagai negara yang baru merdeka, dan masih harus melakukan banyak hal. Berdasarkan kenyataan itulah PPKI juga menyadari bahwa untuk menyelenggarakan pemerintahan menurut UUD 1945 tidak dapat dilaksanakan sesingkat mungkin, untuk itu masih diperlukan masa-masa peralihan.

2. Ketatanegaraan Indonesia dalam Pergulatan Politik

a. Polemik Seputar Konstitusi RIS, UUDS 1950, Hingga Kembali ke-UUD 1945

Sejak proklamasi kemerdekaan pada tanggal 17 Agustus 1945, dan Dengan disahkannya UUD 1945 oleh PPKI sebagai hukum dasar negara Indonesia merdeka pada tanggal 18 Agustus 1945, maka dimulailah lembaran baru ketatanegaraan Indonesia. sebagaimana disebutkan sebelumnya bahwa pelaksanaan UUD 1945 tidak dapat dilaksanakan sesingkat mungkin, namun tidak lebih dari satu setengah bulan terjadi

perubahan ketatanegaraan dengan keluarnya Maklumat Wakil Presiden (Hatta) No. X tanggal 16 oktober 1945. Isi dari maklumat menyebutkan, Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) sebelum terbentuk MPR dan DPR disertai tugas legislatif dan menetapkan GBHN, serta menyetujui pekerjaan Komite sehari-hari berhubung dengan gentingnya keadaan, dijalankan oleh sebuah badan pekerja yang dipilih di antara mereka dan bertanggung jawab kepada Komite pusat.¹⁰⁷

Menurut kesimpulan Juniarto, *pertama*, KNIP ikut menetapkan GBHN bersama-sama dengan Presiden; *kedua*, KNIP bersama Presiden menetapkan undang-undang yang boleh mengenai segala urusan pemerintahan; dan *ketiga*, karena gentingnya keadaan, maka dalam menjalankan tugas dan kewajiban sehari-hari dari Komite Nasional Pusat tersebut akan dijalankan oleh badan pekerja yang bertanggung jawab kepada Komite Nasional Pusat.

Salah satu sisi, akibat dari maklumat tersebut memberikan implikasi; *pertama*, perubahan kedudukan KNIP dari yang semula sebagai pembantu Presiden berubah menjadi MPR dan DPR; *kedua*, telah terjadi perubahan sistem pemerintahan dari Presidensial menjadi Parlementer yang dibuktikan bahwa menteri-menteri tidak lagi bertanggung jawab kepada Presiden, tetapi bertanggung jawab kepada parlemen KNIP. Meskipun perubahan seperti ini tidak dikenal dalam UUD 1945 namun sistem seperti ini terus berjalan hingga 27 desember 1949 dan UUD 1945 sendiri secara tekstual tidak mengalami perubahan. Oleh karenanya menurut Inu Kencana Syafie, perubahan sistem pemerintahan dan administrasi negara tersebut merupakan tindakan yang menyalahi UUD 1945.

Di sisi yang lain, keinginan membentuk pemerintahan yang demokratis berbasis partisipasi masyarakat dilakukan dengan

107. ¹⁰⁷ Titik Triwulan Tutik, *op cit.*, hlm. 117.

Maklumat Pemerintah tanggal 3 november 1947 tentang pembentukan Partai Politik, sehingga berlakulah sistem parlementer dengan multipartai. Hal ini juga merupakan penyimpangan terhadap pelaksanaan UUD 1945 yang menganut sistem presidensial, walaupun memang jika kita kaji lebih jauh sistem presidensial yang dianut sendiri merupakan bentuk sistem presidensial yang tidak murni (quasi presidensial).

Dalam sejarah keberlakuan UUD 1945 ternyata tidak berlangsung lama. Belum lagi mencapai usia lima tahun UUD ini diganti dengan Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) yang berlaku sejak tanggal 27 desember 1949. Pergantian UUD ini terjadi karena terjadinya perubahan bentuk negara dari Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasar UUD 1945 diganti dengan Negara Indonesia Serikat (federal) yang berdasar Konstitusi RIS. Hal itu akibat perubahan situasi dan kondisi politik serta militer di tanah air, di mana Belanda ternyata tetap berupaya menjajah kembali Indonesia dan dalam perkembangannya berhasil membuat beberapa negara kecil yang bersifat kedaerahan di berbagai wilayah tanah air.¹⁰⁸

Pembentukan “negara-negara boneka” yang disertai Agresi Militer I (1947) dan Agresi Militer II (1948) disengaja Belanda untuk mengupayakan terbentuknya negara federal di Indonesia dan Republik Indonesia hanya merupakan salah satu anggota negara bagian. Dengan demikian, kekuasaan, pengaruh, wilayah, serta keberadaan Republik Indonesia akan jauh berkurang. Sebaliknya berdirinya sebuah negara federal dengan anggotanya sebagian merupakan “negara-negara boneka” menjadi perpanjangan tangan dan alat kepentingan kolonial Belanda.

108. ¹⁰⁸ Negara-negara itu antara lain Negara Indonesia Timur (1946), Negara Sumatera Timur (1947), Negara Pasundan (1948), Negara Sumatera Selatan (1948), Negara Jawa Timur (1948), Negara Madura (1948).

Untuk menyelesaikan konflik tersebut kemudian digelarlah Konferensi Meja Bundar–biasa disingkat KMB, di *s’Gravenhage* (Belanda) pada tanggal 23 agustus 1949 sampai tanggal 2 november 1949 [atas saran PBB–yang merupakan hasil intimidasi Belanda]. Peserta konferensi adalah Republik Indonesia, “negara-negara boneka” bentukan belanda (disingkat BFO=*Byeenkomst Voor Federal Overlag*) dan Belanda yang difasilitasi PBB salah satu hasil penting KMB adalah berdirinya Negara Republik Indonesia Serikat (RIS) yang terdiri dari negara-negara bagian yaitu Republik Indonesia dan BFO.

Untuk kepentingan negara bentukan baru itu, disusunlah sebuah UUD baru oleh delegasi RI bersama-sama delegasi BFO. Rancangan baru itu kemudian diterima oleh kedua belah pihak dan diberlakukan mulai tanggal 27 desember 1949 dan diberi nama Konstitusi Republik Indonesia Serikat. Pemberian nama Konstitusi dan bukan UUD menampakkan pengaruh paham yang menyamakan pengertian konstitusi dengan UUD seperti di beberapa negara barat antara lain A.S yang memberi nama UUD-nya *the constitution of the united state of America*.¹⁰⁹

Adapun persetujuan pokok yang dihasilkan dalam KMB ialah:

- 1). Mendirikan Negara Republik Indonesia Serikat;
- 2). Penyerahan kedaulatan kepada Republik Indonesia Serikat;
- 3). Didirikan Uni antara Republik Indonesia Serikat dengan kerajaan Belanda.

Sementara bentuk persetujuan penyerahan kedaulatan itu sendiri meliputi:

- Piagam penyerahan kedaulatan;
- Status Uni;
- Persetujuan perpindahan.¹¹⁰

109. ¹⁰⁹ Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *Reformasi Konstitusi Indonesia Perubahan Pertama UUD 1945*, Jakarta: Pustaka Indonesia Satu, 2000, hlm. 14.

110. ¹¹⁰ Titik Triwulan Tutik, *op cit.*, hlm. 119-120.

Pengaruh barat terhadap isi Konstitusi RIS menyebabkan antara Konstitusi RIS dan UUD 1945 memiliki banyak perbedaan. Apabila UUD 1945 hanya berisi hal-hal pokok saja dengan jumlah pasal hanya 37 pasal—sehingga disebut singkat—maka, Konstitusi RIS begitu rinci mengatur berbagai hal. Jumlah pasal dalam Konstitusi RIS sebanyak 197 pasal, selain itu materi yang sifatnya “baru” dibanding UUD 1945 antara lain dimasukkannya ketentuan dalam jumlah pasal yang banyak mengenai sistem parlementer dan hak asasi manusia [dalam Konstitusi RIS diberi judul Hak-Hak dan Kebebasan-kebebasan Dasar Manusia].

Misalnya pada mekanisme pemilihan presiden, yakni oleh orang-orang yang dikuasakan oleh pemerintah bagian. realisasi ketentuan tersebut pada tanggal 16 desember 1949 dilakukan pemilihan presiden RIS, dan Ir. Soekarno terpilih dalam Pemilu tersebut dan dilantik pada 17 desember 1949, sementara untuk mengisi kekosongan jabatan presiden negara RI diangkatlah Mr. Asaat.¹¹¹ Selain itu, dalam pasal 186 UUD RIS disebutkan bahwa dewan Konstituante bersama-sama dengan pemerintah selekas-lekasnya menetapkan Konstitusi RIS, sehingga UUD RIS tersebut hanya bersifat sementara.

Yang menjadi ironi adalah dalam Mukaddimahnya terdapat rumusan Pancasila yang berbeda dengan rumusan dan sistematika Pancasila yang terdapat pada Pembukaan UUD 1945. Dengan demikian, Mukaddimah Konstitusi RIS tersebut telah menghapuskan sama sekali jiwa, semangat, atau isi dari Pembukaan UUD 1945 sebagai penjelasan resmi Proklamasi Kemerdekaan Bangsa Indonesia. Inilah yang kemudian membuka jalan bagi penafsiran pancasila secara bebas dan sesuka hati hingga menjadi sumber segala penyelewengan di dalam sejarah ketatanegaraan Indonesia.

111. ¹¹¹ Titik Triwulan Tutik, *Ibid...*, hlm. 122-123.

Karena itu, Konstitusi RIS tidak dapat bertahan lama, menurut Dasril Radjab, sistem ketatanegaraan berdasarkan Konstitusi RIS tidak berumur panjang disebabkan isi Konstitusi itu tidak berakar dari kehendak rakyat dan bukan pula merupakan keputusan politik dari rakyat Indonesia, akan tetapi merupakan rekayasa dari luar, baik dari pihak Belanda maupun PBB. Selanjutnya menginjak tahun 1950 telah muncul “Mosi Integral” yang dimotori oleh Mohammad Natsir (seorang tokoh Partai Masyumi). Mosi itu mendesak agar Indonesia segera kembali ke bentuk negara kesatuan.

Gagasan ini memperoleh dukungan luas dari berbagai negara bagian dan segera ditindaklanjuti dengan perundingan-perundingan antar negara-negara bagian. Kemudian terbitlah Undang-Undang Federal No. 7 tahun 1950 pada tanggal 15 agustus 1950. Isinya adalah Indonesia kembali menjadi negara kesatuan dengan memberlakukan Undang-Undang Dasar Sementara 1950 (UUDS 1950) yang merupakan hasil perubahan dari Konstitusi RIS. Yang menurut pandangan Moh. Mahfud MD hanya beberapa hal saja.¹¹²

Pandangan berbeda dinyatakan pakar hukum tata negara lainnya yakni Juniarto, Ia mengemukakan bahwa perubahan Konstitusi RIS ke UUDS 1950 adalah bukan perubahan semata-mata, apalagi mengingat perubahan tersebut tidak hanya sekedar mengubah ketentuan-ketentuannya saja, tetapi boleh dikatakan mengganti sama sekali baik Mukaddimahnya maupun ketentuan-ketentuan dalam tubuh UUD, bahkan lebih dari itu mengganti bentuk dan susunan negara.

Oleh karena itu menurut Juniarto, pada hakekatnya penggantian Konstitusi RIS hanyalah prosedurnya saja yakni ditempuh melalui prosedur perubahan, yaitu melalui pasal 190,

112. ¹¹² Mahfud MD, *Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 1993, hlm. 52.

pasal 127a, dan pasal 191 Konstitusi RIS. Cara ini merupakan cara formal konstitusional yang dimungkinkan pada waktu itu, sebab apabila ditempuh cara penggantian UUD sebagaimana ditentukan dalam Konstitusi RIS yaitu pasal 196 tidak mungkin dapat dilakukan, disebabkan badan Konstituante belum terbentuk karena itu penggantian UUD ditempuh dengan cara perubahan.

Sebagaimana halnya dengan UUD 1945 dan Konstitusi RIS, UUDS 1950 juga sejak semula dimaksudkan berlaku untuk sementara, baik ditinjau dari pasal 134 UUDS 1950 maupun dari namanya. UUDS 1950 sendiri memuat tentang perlunya dibuat UUD yang permanen, untuk itu UUDS 1950 menentukan adanya lembaga pembentuk UUD yakni Konstituante yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum (kecuali wakil dari golongan minoritas apabila hasil pemilu untuk golongan-golongan tersebut tidak mencapai jumlah minimal yang ditentukan).¹¹³ Konstituante inilah yang secara konstitusional diberikan tugas menetapkan UUD definitif bagi negara Republik Indonesia.

Untuk melaksanakan amanat UUDS tersebut, diselenggarakanlah Pemilihan Umum tahun 1955 berdasarkan UU No. 7 tahun 1953 yaitu UU tentang Pemilihan Umum Anggota Konstituante dan Anggota DPR. Pemilihan umum ini merupakan yang pertama kali dilakukan setelah Indonesia merdeka selama sepuluh tahun. Melalui hasil pemilu ini terbentuklah Konstituante. Badan yang dirancang sebagai lembaga pembentuk UUD ini dilantik Presiden Soekarno pada tanggal 10 november 1956, pidato pelantikanya diberi judul "*Susunlah Konstitusi yang benar-benar Konstitusi Res Republica*".

Jumlah keseluruhan anggota Konstituante yang dipilih melalui pemilihan umum adalah 514 orang. Selain itu terdapat 30 orang wakil golongan minoritas yang terdiri dari 12 wakil keturunan Cina,

113. ¹¹³ Mahfud MD, *ibid.*, hlm. 63.

12 wakil golongan Indo-Eropa, dan enam orang yang mewakili wilayah yang masih diduduki Belanda yaitu Irian Barat. Anggota-anggota Konstituante tergabung dalam 43 fraksi yang sangat beragam faham dan aliran politiknya. Adnan Buyung Nasution dalam disertasinya dengan obyek Konstituante membagi fraksi-fraksi di dalam Konstituante ke dalam tiga fraksi yang masing-masing mendukung falsafah negara tertentu.

Pertama, blok Pancasila, yang menganggap bahwa ke lima sila Pancasila merupakan dasar negara; *Kedua*, blok Islam, yang mengajukan Islam sebagai dasar negara; dan *ketiga*, blok Sosial-Ekonomi yang mengajukan ekonomi sosialis dan demokrasi sesuai dengan pasal 33 dan pasal 1 dari UUD 1945 sebagai dasar negara.¹¹⁴ Sejak pelantikannya pada tanggal 10 november 1956 hingga sidang Konstituante terakhir pada tanggal 2 juni 1959, berlangsung tujuh kali sidang pleno. Di antara dua sidang pleno tersebut Panitia Persiapan Konstitusi (PPK) mengadakan rapat. PPK yang dibentuk pada tanggal 14 februari 1957 merupakan organ penting dalam Konstituante karena bertugas merumuskan dan membahas rancangan UUD.¹¹⁵

Selama ini dalam pandangan sebagian pihak yang kemudian sering ditulis dalam buku pelajaran sejarah Indonesia, Konstituante dinilai telah gagal menjalankan tugas konstitusionalnya yakni merumuskan UUD. Penilaian demikian tanpa memahami hasil kerja Konstituante sampai dibubarkannya oleh presiden Soekarno pada tanggal 5 juli 1959 tampaknya di satu sisi harus dipertimbangkan lagi penilaian demikian, ditegaskan Adnan

114. ¹¹⁴ Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia, Studi Sosio-Legal atas Konstituante 1956–1959*, Jakarta: Grafiti, 1995, hlm. 32.

115. ¹¹⁵ Tugas PPK secara lengkap adalah; (i) mempersiapkan rancangan UUD dengan cara mengumpulkan bahan yang diperoleh dari pembahasan dalam sidang-sidang panitia dan dalam sidang-sidang pleno, menyusunnya kembali, serta mengajukannya kembali ke sidang pleno untuk keputusan lebih lanjut; (ii) mengajukan semua pendapat yang berkaitan dengan UUD kepada pleno; dan (iii) menyiapkan agenda untuk sidang pleno yang dapat diubah oleh sidang tersebut; lihat Adnan Buyung Nasution, *ibid.*, hlm. 38.

Buyung Nasution dalam disertasinya dengan obyek Konstituante, bahwa sebagaimana terbukti dari perdebatan-perdebatan yang berlangsung di Konstituante, para wakil rakyat atau pemuka bangsa yang dipilih oleh seluruh rakyat Indonesia benar-benar memperjuangkan aspirasi untuk mewujudkan konstitusi yang demokratis. Mereka berjuang untuk pengakuan dan jaminan bagi hak-hak asasi warga negara serta batas-batas kewenangan pemerintah dan kewajibannya untuk mempertanggungjawabkan penggunaan kekuasaan itu kepada rakyat.¹¹⁶

Adnan Buyung Nasution lebih jauh menegaskan, bahwa mitos “ketidakberhasilan” Konstituante lebih merupakan rekayasa politik. Ia menyatakan, usaha anggota Konstituante untuk merampungkan tatanan yang akan memperkuat negara konstitusional sudah hampir selesai ketika rekayasa politik di luar Konstituante mematahkan dialog ini dan menyebabkan pembubaran Konstituante oleh Presiden Soekarno. Tindakan yang benar dengan menunjuk pada *deadlock* yang, menurut tuduhan pihak-pihak yang menentang usaha-usaha Konstituante, membuktikan bahwa badan tersebut tidak sanggup mengambil keputusan dan mengancam kesatuan bangsa.¹¹⁷

Hasil-hasil yang dicapai dewan Konstituante dalam penilaian Adnan Buyung Nasution cukup besar. Ia menyebut tiga hal, *pertama*, penegasan komitmen terhadap demokrasi; *kedua*, penegasan komitmen terhadap HAM; dan *ketiga*, pengakuan atas masalah kekuasaan. Memang harus diakui keragaman paham dan aliran politik di tubuh Konstituante menyebabkan segala materi pembahasan tidak cepat mencapai titik kesepakatan dan persetujuan. Apalagi bagi masing – masing blok faksi masalah dasar negara menjadi keyakinan politik yang begitu sulit untuk dikompromikan. Apa yang terjadi dalam perdebatan mengenai

116. ¹¹⁶ Adnan Buyung Nasution, *ibid.*, hlm. xx.

117. ¹¹⁷ Lihat Bagir Manan, *Reformasi Konstitusional, op cit.*, hlm. 19.

dasar negara di tubuh Konstituante pada dasarnya hanyalah mengulang kembali apa yang pernah terjadi di forum BPUPKI dan PPKI tahun 1945. dapatlah dipahami bahwa dalam sisi yang lain, kritik atas Konstituante adalah kesadaran kolektif kebangsaan mulai pudar akibat beragamnya paham.

b. Konstituante dan Dekrit Presiden 5 Juli 1959

Dalam kaitan dengan rancangan UUD, Konstituante sendiri sebenarnya telah berhasil memutuskan mengenai berbagai hal. Beberapa hal patut diungkapkan di sini antara lain,¹¹⁸ mengenai bentuk pemerintahan bagi Indonesia (adalah republik), bahasa resmi, bendera nasional, lagu kebangsaan, lambing negara pejabat negara, dan keuangan negara. Juga disetujui 19 butir HAM ditingkat sidang pleno, dan 22 butir HAM telah diambil keputusan untuk merumuskannya ditingkat PPK dengan dukungan mayoritas.

Diperkirakan apabila dibahas di sidang pleno, hasil kerja panitia ini besar kemungkinan akan diterima karena memperoleh dukungan mayoritas. Kesepakatan fundamental mengenai HAM ini tercapai dan merupakan hasil Konstituante yang paling jelas, tidak dapat diragukan.¹¹⁹ Hasil kerja Konstituante dapat dibaca dalam “Piagam Bandung”.¹²⁰ Piagam ini bila dicermati telah cukup sistematis untuk menjadi bagian sebuah UUD dan mencakup banyak hal. Tetapi harus diakui, tidak banyak pihak yang mengetahui maupun membaca isi “Piagam Bandung” ini, apalagi opini yang dibentuk selama ini bahwa Konstituante telah “gagal” sehingga mungkin menyebabkan orang bahwa tidak ada hasil apa-apa dari kerja Konstituante selama tiga tahun itu.

Secara ringkas isi “Piagam Bandung” itu dibagi ke dalam tiga bagian yakni: keputusan-keputusan mengenai Rumusan Pasal,

118. ¹¹⁸ Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *op cit.*, hlm. 20.

119. ¹¹⁹ Adnan Buyung Nasution, *op cit.*, hlm. xxxiii.

120. ¹²⁰ Disebut demikian, kemungkinan besar karena disesuaikan dengan tempat sidang Konstituante di Bandung, Lihat Bagir Manan, *loc cit.*,

keputusan-keputusan mengenai Pokok Materi, dan tentang asas-asas dasar. Dalam keputusan-keputusan mengenai Rumusal Pasal berisi perincian buti-butir persetujuan Konstituante materi rancangan UUD, antara lain tentang wilayah negara, bentuk pemerintahan, bahasa negara, bendera negara, lagu kebangsaan, ibukota negara, hak-hak asasi manusia, dan hak-hak serta kewajiban warga negara. Sementara keputusan-keputusan mengenai pokok materi yang dihasilkan Konstituante antara lain, menyangkut tentang hak-hak serta kewajiban warga negara dan tentang hak-hak asasi manusia. Sedangkan asas-asas dasar meliputi, politik, ekonomi, sosial, dan kebudayaan.

Hal ini dipertegas salah seorang anggota Konstituante A. Syafiuddin yang menyatakan bahwa Konstituante telah menghasilkan 12 keputusan tentang materi-materi konstitusi dengan 157 pokok perumusan soal-soal dan pasal-pasal untuk Undang-Undang Dasar yang sedang disusun. Mengingat kinerja itu, ketua umum Konstituante Mr. Wilopo menyatakan bahwa Konstituante telah menyelesaikan 90 % dari tugasnya.¹²¹ Mungkin yang disebut sisanya (yaitu 10%) terutama adalah agenda penetapan dasar negara yang memang sampai detik terakhir sidang Konstituante belum mencapai kata sepakat antara blok Pancasila dan blok Islam.

Mengenai usulan dasar negara tersebut, Konstituante melakukan pemungutan suara mengenai usul amandemen dari blok Islam pada tanggal 29 Mei 1959. Usul amandemen terhadap UUD 1945 itu adalah menambahkan anak kalimat dalam pembukaan dan dalam pasal 29 UUD 1945: "*dengan kewajiban menjalankan syariat Islam bagi pemeluk-pemeluknya*". Pemungutan suara atas usul amandemen ini gagal karena hanya disetujui oleh 201 suara dan ditolak oleh 265 suara anggota Konstituante. Seiring dengan

121. ¹²¹ Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *op cit.*, hlm. 21.

situasi tersebut muncul konsep negara yang berbeda yang diajukan oleh Presiden Soekarno kepada masyarakat. Konsep ini kemudian dikenal dengan istilah Demokrasi Terpimpin.

Untuk kepentingan tersebut kemudian pemerintah mengajukan usul kepada Konstituante agar negara Indonesia kembali kepada UUD 1945 dengan berbagai pertimbangan, seperti kondisi ekonomi dan terutama politik saat itu yang memang buruk. Akibatnya terjadi polemik yang kemudian dilanjutkan dengan pemungutan suara mengenai usulan pemerintah tentang kembali ke UUD 1945. Pemungutan suara dilakukan sampai tiga kali, dan ketiga-ketiganya tidak pernah memenuhi persyaratan formal yaitu 2/3 suara.

Situasi politik menjadi tegang karena Konstituante tidak berhasil memutuskan mengenai usul pemerintah agar kembali ke UUD 1945. Situasi ini diperparah dengan adanya pernyataan dari sebagian besar anggota Konstituante untuk tidak mau lagi menghadiri sidang. IPKI yang merupakan ujung tombak politik angkatan darat dalam sidang Konstituante terakhir mengajukan resolusi yang ditandatangani 18 partai radikal kecil yang bersatu dalam Gerakan Pembela-Pembela Pancasila menyatakan bahwa di masa berikutnya mereka tidak akan menghadiri.

PNI dan PKI berhasil diajak untuk bergabung dalam aksi ini dan menyatakan bahwa mereka hanya akan menghadiri sidang Konstituante untuk memberi suara guna mendukung pembubarannya. Karena kekhawatiran akan terjadi konflik disintegrasi dan terjadinya perpecahan nasional maka Presiden Soekarno pada tanggal 5 juli 1959 mengeluarkan Dekrit Presiden. Adapun isi dari Dekrit Presiden tersebut adalah sebagai berikut:

- (a) Pembubaran Konstituante;
- (b) Menetapkan UUD 1945 berlaku lagi bagi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, terhitung mulai

hari, tanggal penetapan Dekrit ini dan tidak berlakunya lagi UUDS 1950;

- (c) Pembentukan MPRS yang terdiri atas anggota DPR ditambah dengan utusan-utusan daerah dan golongan serta pembentukan DPA sementara.¹²²

Berkaitan dengan dekrit tersebut, Wirdjono Prodjodikoro sebagaimana dikutip Dasril Radjab mengatakan: *“tindakan mendekritkan kembali UUD 1945 (staat noodrecht) ini berarti bahwa dalam keadaan tertentu, kita dapat terpaksa mengadakan tindakan yang menyimpang dari peraturan-peraturan ketatanegaraan yang memaksa ini, dianggap oleh Presiden/Panglima Tertinggi Angkatan Perang ada dalam negara kita. Dan berdasarkan atas inilah Dekrit Presiden/Panglima Tertinggi Angkatan Perang tentang kembali ke UUD 1945 dikeluarkan”*.

Senada dengan pendapat tersebut, menurut Moh. Tolchah Mansoer, bahwa dasar dekrit bukanlah UUDS RI, letak kekhususannya pada hukum darurat untuk menyelamatkan bangsa dan negara. Jadi dengan demikian, apabila dilihat dari segi hukum ketatanegaraan, tindakan Presiden/Panglima Tertinggi Angkatan Perang yang didasarkan atas keadaan yang memaksa, memang dibenarkan sebab dalam asas hukum alam dikenal dengan *salud populi supreme lex* (kepentingan rakyat adalah hukum yang tertinggi). Dalam pandangan Moh. Mahfud MD, lahirnya dekrit itu sendiri sebagai intervensi politik tidak terlepas dari peranan TNI Angkatan Darat yang dimotori oleh Abdul Haris Nasution yang memang menghendaki berlakunya kembali UUD 1945.

Dekrit itu merupakan produk dari pertemuan dua kehendak, yaitu kehendak Bung Karno dan kehendak Angkatan Darat. Soekarno menginginkan berlakunya kembali UUD 1945 karena ia

122. ¹²² Titik Triwulan Tutik, *op cit.*, hlm. 127.

tidak mau hanya menjadi sekedar simbol pemersatu bangsa yang tidak mempunyai kekuasaan politik, sedangkan Angkatan Darat yang telah meluncurkan konsepsi Dwifungsi sangat menginginkan pemberlakuan kembali UUD 1945 karena melalui UUD ini militer dapat ikut aktif dalam kegiatan politik dengan mendudukan wakil-wakilnya di MPR yang menurut TNI sesuai dengan ketentuan pasal 3 UUD 1945.¹²³

Dengan demikian, setelah dekrit Presiden Soekarno, Indonesia telah kembali kepada UUD 1945 yang merupakan Konstitusi awal yang rumuskan oleh para pendiri bangsa ini. Dapatlah dipahami betapa konflik politik, perbedaan faham dan ideologi menyebabkan UUD 1945 seringkali dianggap tidak lagi relevan, terlebih pasca revolusi, bahwa kemudian UUD 1945 seringkali diboncengi kepentingan kelompok tertentu, termasuk penguasa yang secara yudikatif ini adalah sebuah tindakan inkonstitusional, namun dapatlah juga dilihat dari perspektif politik-hukum tindakan-tindakan tersebut dapatlah dibenarkan.

Kondisi negara yang dikhawatirkan mulai menuju ke konflik integral, memaksa pemerintah kala itu untuk bermanuver, menekan poros komunis yang semakin berubah menjadi sebuah kekuatan politik yang besar dan kuat. Sehingga menjadi kekhawatiran tersendiri juga bagi seorang pemimpin revolusi seperti Soekarno [yaitu dengan memprakarsai MPRS yang kemudian segera ditindaklanjuti dengan pengangkatan presiden seumur hidup–Soekarno].

Adapun hal lain yang menyangkut sebuah keputusan politik yang dari perspektif hukum adalah sebuah tindakan inkonstitusional ialah dekrit, di mana situasi integrasi kebangsaan diujung perpecahan akibat ulah Belanda maka Soekarno segera mengambil alih kembali dan menetapkan lagi UUD 1945 sebagai

123. ¹²³ Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *op cit.*, hlm. 23.

hukum dasar atau konstitusi Indonesia hari ini dan untuk masa depan terlepas dari kemungkinannya untuk di amandemen. Memang bukanlah hal yang mudah, merumuskan pembabakan sejarah ketatanegaraan RI, di satu sisi, penuh dengan pergolakan, konspirasi serta manuver politik. Dan di sisi yang lain, secara hukum tidak dapat disalahkan juga perihal demikian. Namun kesemuanya mengajarkan kepada Indonesia sejak dikembalikannya UUD 1945 sebagai Konstitusi negara Indonesia lagi saat itu hingga kini.

Dengan demikian suatu bangunan hukum dapat berdiri tegak jika ia lahir dari konsensus kerakyatan yang murni serta mempunyai kesamaan kehendak menuju satu cita-cita, bebas dari intervensi dan pemengaruhan dari negara. Dan UUD 1945 meskipun darurat akan tetapi ia lahir dari keinginan luhur, meskipun terjadi perdepatan dari kubu religius dan nasionalis akan tetapi demi satu tujuan yakni “merdeka”. Maka, semua itu kemudian ditanggalkan, konsensus rakyat yang demikian juga melahirkan “sumpah pemuda” melalui kongres pemuda-pemuda kala itu (1928).

Bahwa dasar negara sebagai kaidah nilai dan norma yang tumbuh dalam masyarakat yang kemudian dituangkan oleh para *the founding father* ke dalam sebuah naskah UUD bukanlah merupakan hal mudah, inilah juga yang membedakan antara BPUPKI, PPKI dan Konstituante yang telah syarat dengan kepentingan serta tidak lagi berada dalam semangat persatuan yang luhur membangun Indonesia sebagai sebuah negara kesatuan yang pluralistik.

3. Monolitik Militer Sebagai Warisan Hegemoni

Jika dibandingkan dengan waktu sebelumnya, garis politik yang ditempuh Soekarno dapatlah memperlihatkan kestabilan, lebih-lebih setelah dilakukan penyederhanaan kepartaian dan

terbentuknya Front Nasional untuk membuat konsensus bagi tujuan nasional. Akan tetapi ternyata kemudian Soekarno tidak berhasil meletakkan dasar yang kuat dalam proses penggantian kepemimpinan.

Pertentangan dan konflik-konflik politik menjadi semakin tinggi terutama antara TNI dan PKI yang sama-sama mempunyai kekuatan riil dan kepribadiannya sendiri. Puncak atas konflik dan pertentangan itu kemudian terjadi pada tahun 1965 ketika pada tanggal 30 september 1965 PKI dibawah pimpinan Letkol Untung melakukan pemberontakannya yang kemudian lebih dikenal dengan “pemberontakan G 30 S/PKI”, namun pemberontakan ini berhasil dihancurkan oleh TNI yang dipimpin oleh Soeharto yang kala itu sebagai Panglima Strategi Angkatan Darat (Pangkostrad).¹²⁴ Dengan demikian, babak baru ketatanegaraan Indonesia telah dimulai yakni oleh kepemimpinan nasional baru dengan label Orde Baru, untuk membedakannya dengan era sebelumnya, yang oleh penguasa Orde Baru disebut “Orde lama”.

Tampilnya Orde Baru di panggung politik dan ketatanegaraan Indonesia telah memunculkan sedikit kesadaran nasional baik ditingkat pemerintah, partai politik, dan ormas, maupun masyarakat luas untuk melaksanakan konstitusi secara lebih baik era sebelumnya. Kesadaran tersebut salah satu alasannya adalah untuk menghindari terjadinya kembali praktek ketatanegaraan masa Soekarno yang dipenuhi pelanggaran terhadap UUD 1945, hukum, dan HAM. Dari pergumulan pemikiran dan suasana psikologis bangsa yang demikian, pada akhirnya memunculkan konsensus nasional untuk melaksanakan Pancasila dan UUD 1945 secara murni dan konsekuen,¹²⁵ komitmen ini merupakan usaha

124. ¹²⁴ Mahfud MD, *op cit.*, hlm. 59-60.

125. ¹²⁵ Nugroho Nototsusanto, *Tercapainya Konsensus Nasional 1966–1969*, Jakarta: Balai Pustaka, 1985, hlm. 33-34.

untuk menghentikan segala penyelewengan terhadap Pancasila dan UUD 1945.

Pencantuman kedua kata yakni Pancasila dan UUD 1945 secara berdampingan merupakan salah satu strategi politik Orde Baru, juga membuat konstitusi itu dicitrakan sebagai satu kesatuan dengan Pancasila, sehingga lebih “aman” dari dari kemungkinan perubahan sebagaimana halnya Pancasila yang karena kedudukan, materi, dan sejarahnya, sangat kecil kemungkinannya untuk dirubah. Dalam perjalanannya kemudian, tentu saja sangat sulit memenuhi ketentuan tersebut, sehingga upaya militer terus dilakukan untuk membungkam usaha-usaha dan suara-suara sumbang terkait konstitusi Indonesia.

Orde Baru juga dihadapkan pada masalah penciptaan mekanisme politik baru yang mampu memuaskan pendukung-pendukungnya, dan hal tersebut tidak dapat dilakukan dengan cepat, sebab Angkatan Darat telah muncul sebagai kekuatan utama. Tak dapat dikesampingkan bahwa partai-partai politik masih mempunyai banyak pengikut, sesuatu yang dapat dilihat pada komposisi keanggotaan DPR.

Dari sebanyak 242 anggota DPR setelah dikurangi wakil-wakil unsur PKI yang dikeluarkan pada tahun 1966, sebanyak 178 anggota mempunyai afiliasi parta yang 102 di antaranya merupakan wakil langsung dari partai-partai politik sedangkan 76 anggota mewakili golongan fungsional yang berafiliasi kepartai. Bahkan penyegaran yang dilakukan pada tahun 1966 yang berupa pengangkatan anggota-anggota baru dalam DPR untuk menghadapi sisa-sisa kekuatan Soekarno di MPRS masih memperlihatkan perbandingan antara anggota-anggota yang berpartai dengan anggota-anggota dari golongan fungsional yang tidak berpartai

sebesar 5:2, begitu juga perbandingan tersebut terlihat pada keanggotaan MPRS.¹²⁶

Di samping itu, terdapat juga warisan krisis ekonomi yang harus dituntaskan oleh rezim Orde Baru, sebagaimana digambarkan oleh Anne Both dan Peter MacCawley (dikutip Mahfud MD) sebagai berikut:

*“Pertengahan dasawarsa 60-an adalah masa suram bagi perekonomian Indonesia. tingkat Produksi dan investasi di berbagai sektor utama menunjukkan kemunduran semenjak tahun 1950. pendapatan riil perkapita dalam tahun 1966 sangat mungkin lebih rendah daripada Dalam tahun 1938. Sektor industry yang menyumbang hanya sekitar 10% dari GDP Dihadapkan pada masalah pengangguran dalam kapasitas yang serius. Di awal dasawarsa Tersebut defisit anggaran belanja negara mencapai 50% dari keperluan total negara, penerimaan ekspor sangat menurun, dan selama tahun 1960–1966 hyperinflasi melanda negara ini dengan lumpuhnya perekonomian”.*¹²⁷

Karena keadaan ekonomi yang parah itu kemudian diadakan Seminar II Angkatan Darat dan Seminar Hukum tahun 1966/1967, adapun pembahasannya mencakup dua hal, yaitu: *pertama*, kesatuan dan persatuan harus dijaga, apapun biayanya; *kedua*, stabilitas politik merupakan prasyarat usaha-usaha lain termasuk pembangunan ekonomi. Berdasarkan asumsi ini maka sasaran utama dalam program pembangunan Orde Baru adalah adalah pembangunan ekonomi yang menganut strategi yang berorientasi pada “pertumbuhan ekonomi” yakni strategi yang antara lain menekankan bahwa pembangunan akan bermula dari pertumbuhan ekonomi yang disuntikan oleh teknologi dan kapital asing.

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, Orde Baru memperlihatkan tampilnya militer secara terang-terangan ke langgam politik Indonesia serta juga sebagai pelaku utama yang berlandung dibalik Pancasila dan UUD 1945 telah membuat sendi-

126. ¹²⁶ Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *op cit.*, hlm. 30.

127. ¹²⁷ Mahfud MD, *op cit.*, hlm. 63.

sendi demokrasi menjadi kaku dan cenderung beku, melalui Dwifungsi ABRI kala itu menjadikan hegemoni negara begitu kuat disemua aspek kehidupan rakyat yang dilaksanakan dengan otoriter. Senada dengan hal ini, Arief Budiman mengemukakan bahwa, konsep Dwifungsi pada kenyataannya telah membukakan pintu bagi ABRI untuk masuk dalam kegiatan ekonomi dan politik. Golongan militer kemudian menjadi pengelola dari berbagai perusahaan-perusahaan asing terutama perusahaan-perusahaan Belanda dan Amerika pada saat berlangsungnya konfrontasi dengan Malaysia

Sebetulnya secara riil, sebelum lahirnya konsep Dwifungsi, militer sudah terlibat dalam kegiatan politik sejak awal berdirinya negara Republik Indonesia, meskipun pada mulanya melalui cara-cara yang tidak resmi. Pada tingkat pusat di zaman revolusi pembatasan bidang antara militer dan sipil memang tampak jelas. Tetapi musyawarah antara pemimpin pemerintahan dengan pemimpin militer seringkali dilakukan dan keputusan yang diambil terletak banyak dalam soal politik. Dipandang dari sudut ini militer bisa bersuara dalam bidang politik.¹²⁸ Sesuatu yang berarti bahwa masuknya militer dalam lapangan politik sudah berlangsung sejak awal perjalanan negara Republik Indonesia ini.

Yahya Muhaimin menyimpulkan bahwa sebenarnya TNI sejak lahirnya sudah *committed* dengan urusan-urusan non-militer, termasuk bidang politik, terutama pada para perwira yang mempunyai ideologi tertentu seperti; almarhum Jendral Soedirman, A.H. Nasution, TB Simatupang, atau perwira seperti Zulkifli Lubis. Peranan TNI dalam menanggulangi kejadian-kejadian peristiwa G 30 S/PKI, atau pada masa “aksi militer ke-2” bukan saja terdorong oleh karena fungsi TNI sebagai alat

128. ¹²⁸ Deliar Noer, *Perkembangan Demokrasi Kita—dalam Demokrasi dan Proses Politik*, Jakarta: LP3ES, 1986, hlm. 81.

pertahanan negara, namun ada unsur politik yang beraksi dalam penyelesaian kejadian-kejadian semacam itu.¹²⁹

Kecendrungan masuknya militer dalam bidang politik semakin kuat setelah pada tahun-tahun berikutnya mereka harus mengatasi baik ancaman dari luar (Belanda) maupun krisis dari dalam yaitu peristiwa penculikan politik 3 juli 1946 dan pemberontakan PKI di Madiun tahun 1948.¹³⁰

Meskipun demikian, turut sertanya militer secara terbuka dalam lapangan politik baru dimulai tahun 1952 ketika terjadi peristiwa 17 oktober yang terkenal itu (mendesak kepala negara membubarkan DPRS), oleh Yahya A. Muhaimin peristiwa itu disebut "*politico-military symptom*" karena kepemimpinan sipil dianggap *selfish*, tidak bertanggung jawab, tidak efektif, korup, dan tidak berhasil memerintah negara yang baru merdeka. Kalau sejak tahun 1952 militer Indonesia tampil di pentas politik dengan selalu bergulat sengit melawan kekuatan sipil, maka pada tahun 1966 saat lahirnya Orde Baru menjadi puncak dan akhir pergulatan tersebut dengan kemenangan militer, dimulai sejak keluarnya surat perintah 11 maret.

Sifat monolitik dari organisasi militer adalah kesatuan sikap tindak dan watak, serta respon atas realitas eksternal maupun internal, tidak dikenal dalam dirinya sifat oposan bahkan sistem kompetisi terbuka. Dalam konteks ini termasuk pula penolakan semua bentuk perbedaan perspektif dan ideologis. Militerisme sejak jaman Soekarno hingga Soeharto telah menjadi semacam tradisi politik ketatanegaraan, melalui UUD 1945 di mana kemungkinan yang akan selalu menghadirkan sistem pemerintahan otoriter terbuka lebar. Alih-alih membangun bangsa yang demokratis sebagai sebuah tuntutan integral, militerisme selalu memanfaatkan

129. ¹²⁹ Yahya A. Muhaimin, *Perkembangan Militer dalam Politik di Indonesia 1945–1966*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1982, hlm. 223.

130. ¹³⁰ Yahya A. Muhaimin, *ibid.*, hlm. 11-12.

kelemahan UUD 1945 sebagai konstitusi darurat kala itu, yang dirasa perlu dikuatkan, dan menekan pemikiran-pemikiran kritis terkait perubahannya sepanjang Orde Baru.

Militerisme di Indonesia telah membungkam demokrasi bertameng konstitusi, di tengah kondisi yang demikian, beberapa nama perlu disebutkan di sini karena telah berani menentang arus kekuasaan kala itu, antara lain; Prof. Dr. Harun Alrasid, S.H. yang pada tahun 1973 menjelang Sidang Umum MPR—di tengah konsolidasi kekuasaan Soeharto—mengusulkan agar MPR mengubah/mengamandemen UUD 1945. Sebuah kolom yang ditulisnya di majalah Tempo saat itu berisi “*bapak-bapak anggota MPR ingatlah, ini ada amanat dari the founding fathers, tugas anda pertama adalah membuat UUD. UUD 1945 hanyalah UUD sementara*”.¹³¹ Sebelumnya, pada awal berdirinya Orde Baru tepatnya tahun 1968, Prof. Iwa Kusuma Sumantri, S.H.—salah seorang penyusun UUD 1945—berusaha menerbitkan kembali buku yang berisi gagasannya tentang penyempurnaan UUD 1945 yang telah pernah diterbitkan pada tahun 1957 saat Konstituante bersidang. Ia berpandangan bahwa UUD 1945 dibuat dalam keadaan darurat, mengingat situasi ketika itu memerlukan gerak cepat.

Karena itu pada saat penyusunan konstitusi itu, ia telah mengusulkan adanya kemungkinan untuk mengajukan perubahan terhadap UUD 1945 (yang kemudian menjadi pasal 37 UUD 1945). Tetapi Orde Baru yang sengaja mensakralkan UUD 1945, menyebabkan upaya menerbitkan kembali buku ke arah perumusan konstitusi baru itu tidak berhasil. Baru setelah lengsernya Soeharto (1998) buku ini kemudian dapat diterbitkan.

Pada titik ini kita menemukan bukti, bahwa perilaku dan nilai monolitik militer [khususnya Orde Baru] telah diinternalisasi dan

131. ¹³¹ Lihat dalam Bagir Manan, *op cit.*, hlm. 32.

didukung oleh sebagian anggota masyarakat untuk merumuskan masa depan, dan menyimpan bahaya terbesar yakni menguatnya internalisasi keyakinan ini secara menyeluruh dalam setiap aspek kehidupan masyarakat. Sebab selama 32 tahun monolitik ini dipraktekkan dan diperlihara kesuburannya, segala bentuk realitas heterogen diingkari, hal ini telah melahirkan masyarakat yang tidak memiliki kemampuan untuk menerima perbedaan yang ada. Ini dapat terlihat dalam realitas pasca reformasi–disintegrasi yang semakin menguat, baik agama, ras, etnis, dan bahkan monolitik tersebut telah mewariskan “kecurigaan yang kehilangan rasionalitas”.

Dengan demikian, setelah melewati periode Revolusi dan Orde Baru ketatanegaraan Indonesia telah mengalami suatu perkembangan yang cukup signifikan, setelah kini memasuki tahap reformasi seiring berjalannya waktu konstitusi Indonesia semakin diperbaiki melalui amandemen UUD 1945. Akan tetapi juga perlu ditekankan adalah hegemoni negara telah bergeser lebih *soft*. Tahap yang agak kritis barangkali tahap pembangunan akhir-akhir ini yang menuntut dimulainya pendekatan-pendekatan yang lebih manusiawi dalam pembangunan bangsa. Dengan kemungkinan yang harus dibuka seluas-luasnya guna meningkatkan kualitas manusia dan mempertinggi keberdayaan masyarakatnya. Tuntutan seperti ini kini sudah merupakan suatu isu global, marak dalam kehidupan transnasional yang tak lagi mementingkan *state centrism*.¹³²

Perkembangan seperti ini mestilah terus diantisipasi, dan cepat atau lambat mengharuskan para penyelenggara negara dan para administrator untuk merespon pergeseran-pergeseran peran yang tengah dan/atau akan terjadi, dengan sikap yang lebih positif, realistis, adaptif, dan tentu saja juga arif. Maka, akan tibalah

132. ¹³² Benny K. Harman Hendardi, *Konstitusionalisme Peran DPR Judicial Review*, Jakarta: Yayasan LBH Indonesia & JARIM, 1991, hlm. 15.

saatnya konstitusi-konstitusi yang menjadi dasar kekuasaan dan kewenangan negara ditafsir ulang untuk dipahami berdasarkan ide konstitusionalisme, ialah ide dan ideologi yang menjadi dasar kekuatan bertumpu hak-hak rakyat yang tak lagi lagi sekali-kali berstatus sebagai hamba, sahaya, ataupun kawula, melainkan berstatus sebagai warga.

B. SETELAH REFORMASI KONSTITUSI

1. Substansi Pokok Hasil Amandemen

Konstitusi Indonesia telah mengalami beberapa fase sejarah yakni mulai dari Konstitusi RIS, UUDS hingga kemudian kembali ke UUD 1945. Di mana dalam fase-fase tersebut banyak sekali kasus-kasus inkonstitusional, terutama pada fase pra-amandemen pasca revolusi dan Orde Baru. Praktek-praktek inkonstitusional tersebut sebagai akibat dari pengaruh politik serta belum menguatnya konstitusionalisme dalam langgam ketatanegaraan Indonesia. setelah reformasi 1998 barulah kemudian aspirasi dan kritikan yang di era sebelumnya di tekan mulai mengemuka, termasuk wacana amandemen, sebagai agenda utama reformasi dan tuntutan nasional dalam prosesnya tentulah ada alasan mengenai pentingnya perubahan tersebut dan kenapa harus dilakukan, berikut uraiannya dari berbagai perspektif:¹³³

Perspektif Filosofis

Pada tingkat filosofis, setiap UUD pada hakekatnya merupakan upaya untuk memperoleh kepastian hukum dalam memperoleh keadilan serta pembatasan kekuasaan terhadap kemungkinan Bergeraknya kekuasaan atas naluriannya sendiri (*power tends to corrupt*), yang akhirnya mengarah pada penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*). Sebagai upaya pembatasan, menciptakan sistem *check and balances*, serta berbagai upaya untuk memperoleh kepastian hukum dalam memperoleh keadilan, setiap UUD tentu sangat terbatas keberlakuannya karena terikat

133. ¹³³ Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *op cit.*, hlm. 55-56.

oleh ruang dan waktu. Artinya, tidak satupun UUD yang keberlakuannya sepanjang zaman dan telah memenuhi kebutuhan realitas sosial yang berubah. Sehingga setiap perubahan UUD pada hakekatnya merupakan konsekuensi logis bagi setiap keinginan untuk memenuhi tuntutan zaman. Oleh karena itu dalam konteks UUD 1945, ia juga tidak bebas dari keharusan terhadap kemungkinan terjadinya perubahan.

Dalam tinjauan lain, Bagir Manan menyatakan, pentingnya perubahan UD 1945 dari aspek filosofis adalah, *pertama*, karena UUD 1945 adalah *moment opname* dari berbagai kekuatan politik dan ekonomi yang dominan pada saat dirumuskannya konstitusi itu. Setelah 54 tahun kemudian, tentu terdapat berbagai perubahan baik ditingkat nasional maupun global. Hal demikian tentu saja belum tercakup di dalam UUD 1945 karena saat ini belum Nampak perubahan tersebut.

Kedua, UUD 1945 disusun oleh manusia yang sesuai kodratnya tidak akan pernah sampai kepada tingkat kesempurnaan. Pekerjaan yang dilakukan manusia tetap memiliki berbagai kemungkinan kelemahan, maupun kekurangan.

Perspektif Historis

Penyusunan UUD 1945 pada tahun 1945 diliputi kondisi darurat karena masih dalam situasi perang dunia ke II. Karena itu para perumus UUD 1945 menyadari betul hal ini, sebagaimana diungkapkan Soekarno menyatakan bahwa UUD 1945 belum lengkap dan sempurna dan bersifat sementara. Pidatonya di depan sidang PPKI tanggal 18 agustus 1945 menyatakan antara lain: “*UUD yang buat sekarang ini adalah UUD sementara, kalau boleh saya memakai perkataan ini adalah UUD kilat, nanti kalau kita telah bernegara dalam suasana lebih tentram, kita tentu akan mengumpulkan kembali Majelis Permusyawaratan Rakyat yang dapat membuat UUD yang lebih lengkap dan sempurna. Tuan-tuan tentu mengerti, bahwa ini adalah sekedar UUD sementara, UUD kilat, bahwa barangkali boleh dikatakan pula inilah*

revolutiegrondwet, nanti kita membuat UUD yang lebih sempurna dan lengkap”.

Perspektif Sosiologis

Berbagai contoh praktek penyelenggaraan negara yang menyimpang dari UUD 1945 harus kita akui, secara empiris, telah dimulai sejak era kepemimpinan Soekarno. Antara lain, pengangkatan presiden Soekarno sebagai presiden seumur hidup melalui Tap MPR No. III/MPRS/1963, ketetapan ini secara konstitusional telah melanggar pasal 7 UUD 1945 saat itu [sebelum di amandemen].

Berikutnya adalah pengangkatan pimpinan lembaga tinggi negara menjadi menteri, yakni ketua MA, Prof. Wirjono Prodjodikoro dan wakil ketua MPRS Chairul Saleh menjadi menteri. Padahal menurut ketentuan pasal 17 ayat (1) UUD 1945 menteri adalah pembantu presiden. Dengan pengangkatan itu maka presiden telah menempatkan MPR dan MA menjadi lembaga bawahannya atau pembatunya. Di era kepemimpinan Soeharto juga di tandai dengan penyelenggaraan negara yang menyimpang dari UUD 1945. Antara lain, dapat dikatakan adanya pemusatan kekuasaan yang sangat luar biasa di satu tangan saja, yakni presiden seorang diri. Kondisi demikian, pada perkembangannya membentuk kedaulatan penguasa yang mengalahkan kedaulatan rakyat sebagaimana ditegaskan dalam pasal 1 ayat (2) UUD 1945.

Selain itu Soeharto memanfaatkan teks pasal 7 UUD 1945 untuk kepentingan politiknya agar terus berkuasa, sehingga pada akhirnya diangkat terus menerus menjadi presiden selama 7 kali. Sementara pasal 7 UUD 1945 apabila di pahami secara mendalam hanyalah dua kali masa jabatan presiden walaupun tetap ada pihak yang berpendapat tidak demikian. Perilaku 7 kali menjadi presiden secara terus menerus tentu saja tidak sesuai dengan ketentuan pasal ini, minimal melanggar semangat demokrasi agar terjadi

suksesi dan generasi kepemimpinan nasional secara lebih cepat, dan lebih jauh dari itu menampakkan dahaga kekuasaan yang luar biasa. Berbagai kebijakan dan perilaku Soeharto juga dipandang tidak sesuai dengan ketentuan pasal 33 UUD 1945. KKN yang merajalela, melakukan upaya represif melalui lembaga ekstra konstitusional yaitu Kopkamtib (Bakorstanas yang kini di likuidasi), dan tidak memberikan kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat sebagaimana di jamin dalam pasal 28 UUD 1945.¹³⁴

Perspektif Yuridis dan Materi

Bahwa gagasan dan tindakan perubahan atas UUD 1945 di jamin dengan tegas dalam UUD 1945 itu sendiri. Ketentuan Bab XVI tentang “Perubahan Undang-Undang Dasar” berisi pasal 37 memuat prosedur perubahan UUD 1945. Dalam ayat (1) pasal itu dinyatakan bahwa untuk mengubah UUD minimal 2/3 dari jumlah anggota dari jumlah anggota MPR harus hadir. Ayat (2) menyebutkan bahwa putusan perubahan terhadap UUD 1945 diambil dengan persetujuan sekurang-kurangnya 2/3 dari jumlah anggota MPR yang hadir. Ketentuan pasal 37 UUD 1945 itu tersebut memberikan jaminan hukum yang kuat bagi munculnya gagasan dan berlangsungnya perubahan terhadap UUD 1945. Hal ini sekaligus merupakan kesadaran dan kerendah hatian para perumus UUD 1945 bahwa apa yang mereka lakukan pada tahun 1945 belum tentu akan terus sesuai dengan perjalanan negara selamanya.

Banyak para pakar hukum tata negara yang memberikan analisis tentang kelemahan UUD 1945 di mana memerlukan perubahan dan penyempurnaan secepatnya agar dapat terwujud demokratisasi yang di impikan semua orang. Ditinjau dari aspek materi materi, Mahfud MD mengemukakan analisisnya; *pertama*, tidak ada mekanisme *check and balances*, sistem politik yang di

134. ¹³⁴ Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *ibid.*, hlm. 62-63.

format UUD 1945 adalah sistem politik yang *executive heavy* di mana kekuasaan presiden sangat dominan.

Presiden menjadi pusat kekuasaan dengan berbagai hak prerogratif. Selain menguasai bidang eksekutif, presiden memiliki setengah dari kekuasaan legislatif; *kedua*, terlalu banyaknya atribusi kewenangan; *ketiga*, adanya pasal-pasal multitafsir, misalnya pada pasal 7 UUD 1945.¹³⁵ Dengan demikian, amandemen atas UUD 1945 telah menjadi agenda utama reformasi, sebab melalui perubahan tersebut diharapkan kehidupan demokrasi dan ketatanegaraan di Indonesia mengalami perubahan pula, menata kembali kehidupan hukum, kemandirian ekonomi, serta kebebasan setiap orang untuk berserikat, berpendapat, serta menuntut hak-haknya kepada negara, dan untuk menegakkan keadilan dengan sebenar-benarnya.

Secara garis besar tahapan amandemen tersebut ialah sebagai berikut:

Amandemen Pertama UUD 1945

Perubahan terhadap UUD 1945 terjadi setelah berkumandangnya tuntutan reformasi, yang di antaranya berkenaan dengan reformasi konstitusi (*constitucional reform*). Sebagaimana diketahui sebelum terjadinya amandemen terhadap UUD 1945, kedudukan dan kekuasaan Presiden RI sangat dominan, lebih-lebih dalam praktik penyelenggaraan Negara. Parameternya adalah dalam kurun waktu demokrasi terpimpin 1959–1966, MPRS yang menurut UUD merupakan lembaga tertinggi dikendalikan oleh presiden.

Sedangkan dalam kurun waktu 1967–1998, Presiden Soeharto pun telah melakukan penyimpangan konstitusional, di mana DPR yang menurut UUD 1945 dapat mengajukan usul inisiatif RUU, tidak dapat melakukan haknya. Semua RUU berasal dari

135. ¹³⁵ Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *loc cit.*,

pemerintah, sehingga melalui amandemen UUD 1945 dilakukan beberapa upaya; *Pertama*, mengurangi/mengendalikan Kekuasaan Presiden; *Kedua*, hak legislasi dikembalikan ke DPR, sedangkan presiden berhak mengajukan RUU kepada DPR.

Amandemen Kedua UUD 1945

Perubahan kedua terhadap UUD 1945 dilakukan pada substansi yang meliputi : (1) pemerintahan daerah; (2) wilayah Negara; (3) warga Negara dan penduduk; (4) hak asasi manusia; (5) pertahanan dan keamanan Negara; (6) bendera, bahasa, lambing Negara dan lagu kebangsaan; (7) lembaga DPR, khususnya tentang keanggotaan, fungsi, hak, maupun tentang cara pengisiannya.

Pada amandemen kedua ini, substansi mendasar yang menjadi titik tumpu adalah dimuatnya ketentuan tentang hak asasi manusia (HAM) yang lebih luas dan dalam bab tersendiri yaitu, Bab XA tentang, Hak Asasi Manusia yang terdiri dari pasal 28A hingga pasal 28J. substansi perubahan juga menyangkut keberadaan lembaga DPR. Terutama berkaitan dengan cara pengisian anggota DPR dilakukan, bahwa semua anggota DPR dipilih secara langsung oleh rakyat.

Amandemen Ketiga UUD 1945

Perubahan ketiga UUD 1945 diputuskan pada rapat paripurna MPR-RI ke-7, tanggal 9 November 2001 sidang tahunan MPR-RI. Menurut Sri Sumantri, perubahan ketiga dilakukan menurut teori konstitusi, terhadap susunan ketatanegaraan yang bersifat mendasar. Bahkan substansi penjelasan yang sifatnya normatif dimasukan dalam batang tubuh UUD 1945. Dari perubahan terlihat, bahwa sistem pemerintahan yang dianut benar-benar sistem presidensial. Ciri-ciri sistem pemerintahan presidensial terlihat antara lain: pada prosedur pemilihan presiden dan wakil presiden dan pertanggung jawaban presiden dan wakil presiden atas kinerjanya, sebagai lembaga eksekutif.

Selain itu, pada amandemen ketiga ini dilakukan perubahan yang cukup mendasar terhadap kekuasaan kehakiman. Pasal 24 ayat 2 UUD 1945 menetapkan bahwa: “*Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan-badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, peradilan militer, peradilan tata usaha Negara dan mahkamah konstitusi*”.

Berdasarkan ketentuan pasal tersebut, maka, dapat ditarik kesimpulan: *Pertama*, kekuasaan tidak lagi dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya dalam keempat lingkungan peradilan, tetapi dilakukan pula oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. *Kedua*, Kedudukan Mahkamah Konstitusi dan badan peradilan di bawahnya. *Ketiga*, Mahkamah Agung merupakan peradilan tertinggi dari badan peradilan di bawahnya.

Amandemen Keempat UUD 1945

Perubahan keempat terhadap UUD 1945 ini merupakan perubahan terakhir yang menggunakan pasal 37 UUD 1945 pra-amandemen yang dilakukan oleh MPR. Ada Sembilan pasal substansial pada perubahan keempat UUD 1945, antara lain: (1) keanggotaan MPR; (2) pemilihan presiden dan wakil presiden tahap kedua; (3) kemungkinan presiden dan wakil presiden berhalangan tetap; (4) tentang kewenangan presiden; (5) hal keuangan Negara dan bank sentral; (6) pendidikan dan kebudayaan; (7) perekonomian nasional dan kesejahteraan sosial; (8) aturan tambahan dan aturan peralihan; dan (9) kedudukan penjelasan UUD 1945.

Dengan demikian, setelah disahkannya perubahan keempat UUD 1945 pada sidang tahunan MPR tahun 2002 lalu, agenda reformasi konstitusi Indonesia untuk kurun waktu yang sekarang

ini dianggap dipandang telah tuntas. Mengingat perubahan UUD 1945 Indonesia dilakukan dengan cara “addendum”.¹³⁶

Perubahan UUD 1945 yang dilakukan ditinjau dari dari jumlah Bab, Pasal, dan ayat Undang-Undang Dasar 1945 sebelum diubah terdiri dari 16 Bab, 37 Pasal, 49 Ayat, 4 Pasal Aturan Peralihan, dan 2 Aturan Tambahan. Adapun UUD 1945 setelah diubah (amandemen) terdiri dari 21 Bab, 73 Pasal, 170 Ayat, 3 Pasal Aturan Peralihan, dan 2 Pasal Aturan Tambahan.

Berikut visualisasinya:

	Bab	Pasal	Ayat	Aturan Peralihan	Aturan Tambahan
Sebelum Perubahan	16	37	49	4 pasal	2 ayat
Setelah Perubahan	21	73	170	3 pasal	2 pasal

2. Memantapkan Konstitusionalisme Pasca Amandemen UUD 1945

Sebagaimana disebutkan sebelumnya di awal bab, bahwa tegaknya konstitusi memiliki kata kunci sebelum kemudian dijalankan dalam sebuah sistem ketatanegaraan, kata kunci tersebut ialah “Konsensus”. Jika kesepakatan (*consensus*) umum itu runtuh maka runtuh pula legitimasi kekuasaan negara yang bersangkutan, dan pada gilirannya terjadi perang saudara (*civil war*) atau revolusi dapat terjadi.¹³⁷ Hal ini misalnya tercermin dalam tiga peristiwa besar dalam sejarah umat manusia, yaitu revolusi penting yang terjadi di Prancis tahun 1789, di Amerika

136. ¹³⁶ A.M. Fatwa, *Potret Konstitusi Pasca Amandemen UUD 1945*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2009, hlm. 7.

137. ¹³⁷ Jimly Asshidique, *op cit.*, hlm. 21-22.

tahun 1776, dan Rusia pada tahun 1917, ataupun di Indonesia pada tahun 1945, 1965, dan 1998.

Adapun konsensus yang menjamin tegaknya konstitusionalisme di zaman modern pada umumnya dipahami bersandar pada tiga elemen kesepakatan (konsensus)¹³⁸ yaitu:

- Kesepakatan tentang tujuan dan cita-cita bersama (*the general goals of society or general acceptance of the same philosophy of government*);
- Kesepakatan tentang *the rule of law* sebagai landasan pemerintahan atau penyelenggaraan negara (*the basis of government*);
- Kesepakatan tentang bentuk institusi dan prosedur ketatanegaraan (*the form of institutions and procedures*);

Kesepakatan (*consensus*) yang *pertama* memiliki pengertian, yaitu berkenaan dengan cita-cita bersama, di mana sangat menentukan tegaknya suatu konstitusi dan konstitusionalisme di suatu negara. Karena cita-cita bersama itulah, yang pada puncak abstraksinya paling mungkin mencerminkan kesamaan kepentingan di antara sesama warga masyarakat yang dalam kenyataannya harus hidup di tengah pluralisme atau kemajemukan.

Oleh karena itu, di suatu masyarakat dalam kerangka kehidupan bernegara, diperlukan perumusan tentang tujuan atau cita-cita bersama yang biasa juga disebut falsafah kenegaraan atau *staatside* (cita negara) yang berfungsi sebagai *filosofische gronslag* dan *common platforms* di antara sesama warga masyarakat dalam konteks bernegara. Di Indonesia, dasar-dasar filosofis yang dimaksudkan itulah yang disebut Pancasila yang berarti lima sila

138. ¹³⁸ Lihat juga William G. Andrews, dalam bukunya *Constitutions and Constitutionalism –1968* menyatakan: “*the members of a political community have definition, common interest wich they seek to promote or protect through the creation and use of the compulsory political mechanisms we call the state*”, New Jersey: Van Nostrand Company, hlm. 9.

atau lima prinsip dasar untuk mencapai atau mewujudkan empat tujuan bernegara.

Lima prinsip dasar bernegara tersebut dipakai sebagai dasar filosofis-ideologis untuk mewujudkan empat empat tujuan atau cita-cita ideal bernegara, yaitu: (i) melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah bangsa Indonesia, (ii) meningkatkan kesejahteraan umum, (iii) mencerdaskan kehidupan bangsa, dan (iv) ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.¹³⁹

Kesepakatan *kedua* adalah kesepakatan bahwa basis pemerintahan didasarkan atas aturan hukum dan konstitusi. Kesepakatan atau konsensus keduany ini juga sangat prinsipil, karena dalam setiap negara harus ada keyakinan bersama bahwa apapun yang hendak dilakukan dalam konteks penyelenggaraan negara haruslah didasarkan atau *rule of the game* yang ditentukan bersama. Istilah yang biasa digunakan untuk itu adalah *the rule of law* yang dipelopori oleh A.V. Dicey seorang sarjana Inggris kenamaan. Bahkan di Amerika Serikat istilah ini dikembangkan menjadi jargon, yaitu "*the rule of law, and not of man*", untuk menggambarkan pengertian bahwa hukumlah yang sesungguhnya memerintah atau memimpin dalam suatu negara, bukan manusia atau orang.

Istilah *the rule of law* jelas berbeda dari istilah *the rule by law* dalam istilah terakhir ini, kedudukan hukum (*law*) digambarkan hanya sekadar bersifat instrumental atau alat, sedangkan kepemimpinan tetap berada di tangan orang atau manusia, yaitu *the rule of man by law*. Dalam pengertian demikian, hukum dapat dipandang sebagai suatu kesatuan sistem yang dipuncaknya terdapat pengertian mengenai hukum dasar yang tidak lain adalah konstitusi.

139. ¹³⁹ Jimly Ashidique, *lo cit.*,

Daripadanya kita mengenal adanya istilah *constitutional state* yang merupakan salah satu ciri penting negara demokrasi modern. Oleh karena itu, kesepakatan tentang sistem aturan sangat penting, sehingga konstitusi sendiri dapat dijadikan pegangan tertinggi dalam memutuskan segala sesuatu yang harus didasarkan atas hukum. tanpa ada konsensus semacam itu, konstitusi tidak akan berguna, karena hanyalah sekedar berfungsi sebagai kertas dokumen yang mati, hanya bernilai semantik dan tidak berfungsi atau dapat difungsikan sebagaimana mestinya.

Kesepakatan *ketiga* adalah berkenaan dengan: (a) bangunan organ negara dan prosedur-prosedur yang mengatur kekuasaannya; (b) hubungan-hubungan antar organ negara itu satu sama lain; serta (c) hubungan antar negara itu dengan warga negara. Dengan adanya kesepakatan itu, maka, isi konstitusi dapat dengan mudah dirumuskan karena benar-benar merumuskan keinginan bersama berkenaan dengan institusi kenegaraan dan mekanisme ketatanegaraan yang hendak dikembangkan dalam kerangka kehidupan negara berkonstitusi (*constitutional state*). Kesepakatan-kesepakatan itulah yang dirumuskan dalam dokumen konstitusi yang diharapkan dijadikan pegangan bersama untuk kurun waktu yang cukup lama. Para perancang dan perumus konstitusi tidak seharusnya membayangkan, bahkan naskah konstitusi akan sering diubah dalam kurun waktu yang dekat.

Konstitusi tidak sama dengan undang-undang yang dapat lebih mudah diubah, karena itulah mekanisme perubahan Undang-Undang Dasar memang seharusnya tidak diubah semudah mengubah undang-undang. Sudah tentu, tidak mudahnya mekanisme perubahan Undang-Undang Dasar memang sudah seharusnya tidak diubah semudah mengubah undang-undang. Sudah tentu, tidak mudahnya mekanisme perubahan Undang-Undang Dasar tidak boleh menyebabkan Undang-Undang Dasar itu

menjadi terlalu kaku karena tidak dapat diubah. Konstitusi juga tidak boleh disakralkan dari kemungkinan perubahan seperti yang terjadi di masa Orde Baru.¹⁴⁰

Keseluruhan kesepakatan di atas, pada intinya menyangkut prinsip pengaturan dan pembatasan kekuasaan. Pada pokoknya, prinsip konstitusionalisme modern sebenarnya memang menyangkut prinsip pembatasan kekuasaan atau yang lazim disebut sebagai *limited government*. Oleh karena itu menurut William G. Andrews, “*under constitutionalism, two types of limitations impinge on government power proscribe and procedures prescribed*”.

Dari ungkapan William G. Andrews tersebut sebelumnya, dapatlah ditarik pengertian konstitusionalisme mengatur dua hubungan yang saling berkaitan satu sama lain, yaitu: *pertama*, hubungan antara pemerintahan dengan warga negara; *kedua*, hubungan antara lembaga pemerintahan yang satu dengan lembaga pemerintahan yang lain. Karena itu, biasanya isi konstitusi dimaksudkan untuk mengatur mengenai tiga hal penting, yaitu:

- (i). Menentukan pembatasan kekuasaan organ-organ negara;
- (ii). Mengatur hubungan antara lembaga-lembaga negara yang satu dengan yang lain, mengatur hubungan kekuasaan antara lembaga-lembaga negara dengan warga negara.

Konstitusionalisme adalah gagasan bahwa pemerintah merupakan suatu kumpulan aktifitas yang diselenggarakan atas nama rakyat, tetapi yang tunduk kepada beberapa pematasan yang dimaksud untuk memberi jaminan bahwa kekuasaan yang diperlukan untuk pemerintahan itu tidak disalahgunakan oleh mereka yang mendapatkan tugas untuk memerintah, pembatasan yang dimaksud termaktub dalam konstitusi. Jadi konstitusi memiliki fungsi untuk mengorganisir kekuasaan agar tidak dapat digunakan secara paksa dan sewenang-wenang. Konstitusi dalam

¹⁴⁰ Jimly Ashidique, *loc cit.*,

pengertian ini juga biasanya memuat nilai-nilai yang terdapat dalam prinsip klasik pemisahan kekuasaan seperti yang di formulasikan oleh Montesquieu dalam bukunya *L'Esprit des lois* (1748).

Konstitusionalisme Indonesia menurut penjelasan UUD 1945 tersebut dapat disimpulkan dalam tujuh prinsip dasar yaitu¹⁴¹ (Ismail Sunny); *pertama*, negara hukum, *kedua*, sistem konstitusional, *ketiga*, kekuasaan tertinggi MPR, *keempat*, pemerintah yang bertanggung jawab, *kelima*, pemerintah yang berdasarkan perwakilan, *keenam*, pemerintah presidensial, dan *ketujuh*, pengawasan parlemen.

Mengenai prinsip negara hukum ditegaskan, Indonesia ialah negara yang berdasarkan negara hukum (*rechstaat*) tidak berdasarkan pada kekuasaan belaka (*machstaat*). Dalam UUD 1945 terdapat bukti-bukti yang kuat dianutnya prinsip negara hukum ini, baik dalam pembukaan, batang tubuh, dan penjelasan UUD 1945.

Dalam UUD 1945 terdapat syarat-syarat esensial tertentu yang diperlukan suatu masyarakat yang berada dibawah negara hukum, antara lain; adanya kedaulatan rakyat (pembukaan dan pasal 1 ayat 2), adanya keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia (pembukaan dan pasal 33), kewajiban presiden memegang teguh undang-undang dasar dan menjalankan undang-undang (pasal 5 ayat 2 dan pasal 9), adanya kekuasaan kehakiman yang merdeka (pasal 24 dan 25), persamaan didepan hukum (pasal 27 ayat 1), terjaminnya hak-hak warga negara (pembukaan pasal 1 ayat 2, pasal 27, 28, 29, 31, 32, 33).

Selanjutnya mengenai sistem konstitusional ditegaskan pemerintah berdasar atas sistem konstitusi (hukum dasar) tidak bersifat absolutisme (kekuasaan yang tidak terbatas). Menurut pasal 4 UUD 1945, Presiden memegang kekuasaan pemerintahan menurut Undang-Undang Dasar, dan menurut pasal 9 UUD 1945 Presiden menjalankan segala Undang-Undang dan peraturannya dengan selurus-lurusnya.

141. ¹⁴¹ Benny K. Harman, *op cit.*, hlm. 17.

Kemudian mengenai kekuasaan tertinggi MPR ditegaskan kekuasaan negara yang tertinggi ditangan Majelis Permusyawaratan Rakyat. Kedaulatan Rakyat dipegang oleh suatu badan, bernama “Majelis Perwakilan Rakyat”. Majelis ini menetapkan Undang-Undang Dasar dan menetapkan Garis-Garis Besar Haluan Negara, majelis ini juga mengangkat kepala negara (presiden) dan wakil kepala negara (wakil presiden). Majelis inilah pemegang kekuasaan negara yang tertinggi sedang Presiden harus menjalankan haluan negara menurut garis-garis besar yang telah ditetapkan oleh majelis. Presiden yang diangkat oleh majelis, tunduk dan bertanggung jawab kepada majelis, ia adalah “mandataris” dari majelis, ia berkewajiban menjalankan putusan-putusan majelis, Presiden tidak “*neben*”, akan tetapi “*undergeornet* kepada majelis”.

Mengenai pemerintah yang bertanggung jawab ditegaskan Presiden ialah penyelenggara pemerintah negara yang tertinggi di bawahnya majelis. Di bawah Majelis Permusyawaratan Rakyat. Presiden ialah penyelenggara pemerintah negara tertinggi, dalam menjalankan pemerintahan negara, kekuasaan dan tanggung jawab adalah di tangan Presiden. Kemudian mengenai pemerintah yang berdasarkan perwakilan ditegaskan, di sampingnya Presiden ialah Dewan Perwakilan Rakyat, Presiden harus mendapat persetujuan DPR untuk membentuk Undang-undang dan untuk menetapkan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara.

Presiden harus bekerja sama dengan DPR, akan tetapi Presiden tidak bertanggung jawab kepada DPR, artinya kedudukan Presiden tidak bergantung pada DPR. Pemerintahan Presidensial sendiri ditegaskan, Menteri Negara ialah pembantu Presiden, Menteri Negara tidak bertanggung jawab kepada DPR. Presiden mengangkat dan memberhentikan menteri-menteri negara. Menteri-menteri itu tidak bertanggung jawab kepada DPR, kedudukannya tidak bergantung pada DPR, tetapi bergantung pada Presiden [sebagai pembantu Presiden dan bertanggung jawab kepada Presiden].

Mengenai pengawasan parlemen, ditegaskan kekuasaan kepala negara tidak tak terbatas. Meskipun kepala negara tidak bertanggung jawab kepada DPR, tidak dapat pula ditafsirkan “diktator”, artinya kekuasaan tidak tak terbatas, bahwa ia bertanggung jawab kepada MPR, kecuali itu ia harus memperhatikan sungguh-sungguh suara dari DPR, sebab kedudukan DPR adalah kuat secara konstitusional, Dewan ini tidak bisa dibubarkan oleh Presiden (berlainan dengan sistem parlementer).

DPR dapat senantiasa mengawasi (prinsip *check and balance*) tindakan-tindakan Presiden dan jika Dewan menganggap bahwa Presiden sungguh melanggar GBHN yang ditetapkan oleh UUD atau MPR, maka dapat diundang untuk persidangan istimewa untuk meminta pertanggung jawaban Presiden.

Lebih jauh soal gagasan konstitusi, pada hakekatnya konstitusi lahir sebagai suatu tuntutan dan harapan masyarakat untuk mencapai suatu keadilan¹⁴². Dengan didirikannya negara dan konstitusi, masyarakat menyerahkan hak-hak tertentu kepada penyelenggara negara. Namun, tiap anggota masyarakat dalam negara tetap mempertahankan haknya sebagai pribadi. Negara dan konstitusi didirikan untuk menjamin hak-hak asasi itu, dan hal tersebut pula yang menjadi titik tolak pembentukan negara dan konstitusi.

Dengan demikian, esensi konstitusionalisme minimal terdiri atas dua hal; *pertama*, konsepsi negara hukum yang menyatakan bahwa secara universal kewibawaan hukum haruslah mengatasi kekuasaan pemerintah yang karenanya hukum harus mampu mengontrol dan mengendalikan politik; *kedua*, konsepsi hak-hak sipil warga negara yang menggariskan adanya kebebasan warga negara dibawah jaminan konstitusi sekaligus adanya pembatasan kekuasaan negara yang dasar legitimasinya hanya dapat diperoleh oleh konstitusi.

Terkait dengan kedua ciri minimal yang disebutkan sebelumnya, maka beberapa hal yang harus ditegaskan di dalam konstitusi adalah;

142. ¹⁴² Taufiqurrohman Syahuri, *Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum*, Jakarta: Kencana, 2011, hlm. 32.

pertama, *public authority* hanya dapat dilegitimasi menurut ketentuan konstitusi; *kedua*, pelaksanaan kedaulatan rakyat (melalui perwakilan) harus dilakukan dengan menggunakan prinsip *universal and equal suffrage*, dan pengangkatan eksekutif harus melalui pemilihan yang demokratis; *ketiga*, pemisahan dan pembagian kekuasaan serta pembatasan wewenang; *keempat*, adanya kekuasaan kehakiman yang mandiri yang dapat menegakkan hukum dan keadilan baik terhadap rakyat maupun terhadap pengasa; *kelima*, adanya sistem kontrol terhadap militer dan kepolisian untuk menegakkan hukum dan menghormati hak-hak rakyat.

Keenam, adanya jaminan perlindungan atas HAM (Bambang Widjoyanto, 1998). Dapat juga ditambahkan bahwa selain keharusan adanya penegasan atas hal-hal-hal tersebut konstitusi juga dengan demikian memuat penegasan atau jaminan tentang hal-hal yang senada dengan itu, yakni; *pertama*, supremasi hukum dalam arti memberi posisi sentral pada hukum sebagai pedoman dan pengarah menurut hirarkisnya dan menegakkannya tanpa pandang bulu; *kedua*, pengambilan keputusan secara legal oleh pemerintah dalam arti bahwa setiap keputusan haruslah sah, baik formal-proseduralnya maupun substansinya; *ketiga*, jaminan atas rakyat untuk menikmati hak-haknya secara bebas berdasarkan ketentuan hukum yang adil.

Keempat, kebebasan pers untuk mengungkap dan mengekspresikan kehendak, kejadian, dan aspirasi yang berkembang di dalam masyarakat maupun aspirasi institusi pers itu sendiri; *kelima*, partisipasi masyarakat dalam setiap proses kenegaraan; *keenam*, pembuatan kebijakan yang tidak diskriminatif terhadap golongan, gender, agama, ras, dan ikatan primordial lainnya; *ketujuh*, akuntabilitas pemerintah terhadap masyarakat; *kedelapan*, terbukanya akses masyarakat bagi keputusan-keputusan negara dan pemerintah.¹⁴³

143. ¹⁴³ Mahfud MD, *op cit.*, hlm. 145-146.

Konstitusionalisme, baik sebagai faham ataupun aliran yang bernilai filsafat dan budaya politik, pada hakekatnya merupakan doktrin yang mendasari kehidupan politik dan ketatanegaraan, bahkan mendasari kebijakan yang dilaksanakan oleh para pelaku politik dan birokrasi di berbagai negara dan masyarakat politik.¹⁴⁴

Dilihat secara sistemik, konstitusionalisme itu adalah aspek yang sifatnya doktriner dalam konsep negara hukum. secara komparatif, memang tidak sama isi pengertian konstitusionalisme antara berbagai negara yang ada di dunia, karena masing-masing memberi makna pada konstitusionalisme itu menurut filosofi dan pandangan hidup masyarakat politiknya mandiri. Akan berbeda pengertiannya, baik teoritis-konseptual maupun praktis-operasional mengenai konstitusionalisme itu, di Indonesia sebagai negara yang menganut Pancasila sebagai asas kehidupan bernegara, berbangsa, dan bermasyarakat, dibandingkan dengan pengertian konstitusionalisme di negara-negara sosial-komunis, maupun dengan negara yang berdasarkan nilai-nilai ajaran agama tertentu.

Dalam paradigma normatif, Indonesia secara formal sudah sejak tahun 1945 (UUD 1945 pra-amandemen) telah mendeklarasikan diri sebagai negara hukum, terbukti dalam penjelasan UUD 1945 pernah tegas dinyatakan "*Indonesia adalah negara yang berdasarkan hukum dan bukan negara yang berdasarkan kekuasaan belaka*". Konsep negara hukum Indonesia kemudian dipertegas melalui amandemen UUD 1945 hasil amandemen dalam pasal 1 ayat 3 yang menetapkan: "*Negara Indonesia adalah negara hukum*". Tanpa konsepsi negara hukum maka aplikasi hukum ketatanegaraan menjadi bias, sebab ditataran praksis hal demikian sangat mempengaruhi proses demokrasi, sebagaimana terjadi dalam perjalanan ketatanegaraan Indonesia. Interrelasinya terhadap seluruh aspek kehidupan masyarakat sangat bergantung kepada poros interaksi politik.

144. ¹⁴⁴ Benny K. Harman, *op cit.*, hlm. *op cit.*, hlm. 59.

Akibatnya pun akan menyebabkan terjadinya wajah hukum yang ambivalen, multi fungsinya kewenangan, serta tidak terakomodirnya kesepakatan-kesepakatan tradisional atas modernisasi. Pertanyaannya adalah, apakah konsep negara hukum Indonesia? Garry F. Bell dalam bukunya *The New Indonesian Laws Relating to Regional Autonomy Good Intentions, Confusing Laws* seperti dikutip Denny Indrayana: sebagai terminologi negara hukum (*a nation of law*) dalam konteks hukum Indonesia lebih mendekati konsep hukum *continental (Rechtsstaat)*, dibandingkan *Rule of Law* di negara-negara Anglo-Saxon. Berbeda dengan Bell, R.M. Ananda B. Kusuma melihat bahwa republik Indonesia menganut asas *Rechtsstaat continental* dan asas *Rule of Law*.¹⁴⁵

Dalam hal ini, tujuannya bukan terletak pada perbedaan pandangan tersebut, sebab secara prinsipil keduanya memiliki kesamaan, sebagaimana dikatakan N.W Barber, keduanya memiliki persamaan mendasar: “*Conceptions Rechtsstaat resemble conceptions of the rule of law: both concept provide similar answer to similar questions. The starting point for each is an investigation of what it means for a person to be governed by law, as opposed to being subject to the dictates of the powerful*”.

Indonesia sebagai suatu negara hukum mestinya sesuai dengan prinsip supremasi hukum, di mana hukum menjadi panglima, bagi suatu Negara hukum tentulah sektor hukum haruslah menjadi kekuatan kedaulatan baik internal maupun eksternal. Dari sudut kedaulatan internal dimaksudkan, adalah tujuan negara untuk mencapai tujuan bersama di Indonesia sebagaimana dituangkan dalam konstitusi (UUD 1945). Melalui itu, negara mempunyai kekuatan yang secara normatif dicerminkan dan dituangkan ke dalam berbagai aturan sebagai sebuah legitimasi.

Apakah konstitusionalisme sebagai suatu paham bagi kehidupan negara hukum telah membudaya sebagai doktrin politik dan

145. ¹⁴⁵ Titik Triwulan Tutik, *op cit.*, hlm. 62-63.

ketatanegaraan serta mekanisme birokrasi di Indonesia? Jika sudah, maka yang perlu ialah evaluasi terhadap hasilnya yakni efeknya terhadap gaya dan prestasi kerja para pelaku politik dan birokrasi negara ini, kemudian apakah kebijakan sudah sesuai mekanisme, dan cocok dengan nilai-nilai serta prinsip-prinsip yang terkandung dalam konstitusionalisme yang telah disepakati itu, jika jawabannya belum, setidaknya dua pertanyaan dapat diajukan lagi: (a) apakah karena konsep konstitusionalisme itu belum ditemukan untuk Indonesia? (b) apakah karena pengalamannya yang tidak berhasil atau kurang berhasil sebagai doktrin yang akan mendasari pelaksanaan cita-cita negara hukum?

Untuk menjawab kedua pertanyaan tersebut, diperlukan penelusuran dengan memakai pendekatan politis-strategis, khususnya strategi politik hukum yang diharapkan akan mendasari upaya pelaksanaan konsep dan cita-cita negara hukum dan konstitusionalisme yang telah diterapkan sebagai dasar-dasar sistem pemerintahan dalam batang tubuh dan penjelasan UUD 1945. Penerapan konsep negara hukum dan sistem konstitusionalnya pemerintahan melalui penjelasan UUD 1945, barulah sekadar acuan pokok atau referensi dasar yang mengandung amanat supaya sistem kenegaraan dan jalannya pemerintahan disesuaikan dengan patokan-patokan dasar yang ada dalam pasal-pasal UUD tersebut.

Sewajarnya UUD menegaskan demikian, sesuai dengan kedudukan dan fungsi UUD sebagai konsep dasar manajemen nasional kita.¹⁴⁶ Namun untuk pelaksanaannya, maka GBHN menyusul dan berfungsi menetapkan strategi dasar kebijakan yang menentukan sistem yang akan dikembangkan di negara ini, baik sistem pemerintahan maupun sistem hukum yang akan berlaku, baik pada skala nasional maupun daerah.

Dengan kata lain, konstitusionalisme itu sebagai doktrin strategis, dan negara hukum sebagai salah satu sisi dari sistem kenegaraannya, memerlukan konsep strategis dalam penjabarannya. Bila bicara mengenai

¹⁴⁶ Benny K. Harman, *op cit.*, hlm. 60.

garis politik hukum secara nasional, haruslah mulai bicara mengenai “wawasan politik hukum nasional”. Tidak hanya mengemukakan segi-segi aksiologis dari hukum, tetapi juga kejelasan mengenai aspek ontologisnya.

Amandemen UUD 1945 menjadi tuntutan dasar dalam agenda reformasi, untuk menyongsong kehidupan ketatanegaraan yang lebih baik, dan dapat mengokomodir tuntutan dan kebutuhan rakyat di masa depan, juga merupakan “ruang” dituangkannya gagasan strategis politik hukum sebagaimana diuraikan di atas. Juga sebagai upaya menegaskan kembali bahwa Indonesia adalah negara konstitusional, di mana hukum adalah panglima, dan kedaulatan rakyat adalah kedaulatan tertinggi di negeri ini, sebagai negara hukum modern dan demokratis.

Berbagai peristiwa telah mengantarkan negara Indonesia kelanggam sistem ketatanegaraan yang baru, di mana gerbang tersebut ialah reformasi yang kemudian melahirkan perubahan (amandemen) UUD 1945. Dari sudut pandang pembabakan demokrasi di Indonesia, telah sampailah kita kepada suatu sistem demokrasi yang sering disebut sebagai demokrasi konstitusional. Sejarah ketatanegaraan Indonesia mengenal periode demokrasi dalam beberapa fase, yakni: (1) demokrasi liberal atau disebut demokrasi revolusi; (2) demokrasi terpimpin atau disebut demokrasi elit; (3) demokrasi terpimpin babak II atau disebut demokrasi pancasila, dan (4) demokrasi konstitusional (proses). Keempat fase tersebut banyak mengajarkan Indonesia mengenai bagaimana seharusnya penyelenggaraan suatu negara hukum yang demokratis itu, dan oleh karena alasan itulah kemudian lahir tuntutan untuk melaksanakan amandemen UUD 1945 sebagai agenda utama dari reformasi, sekaligus era demokrasi konstitusional.

Wacana transisi dan konsolidasi yang membalut situasi pasca reformasi, telah menjadi kajian publik maupun akademisi tentang konstitusi yang sesuai dengan prinsip demokrasi dan selaras dengan pancasila. Transisi demokrasi sebagai salah satu fase dalam upaya demokratisasi yang memang harus dilalui, tentu mengandung banyak

kemungkinan. Menurut Guilerno O'Donnel dan Schmitter,¹⁴⁷ paling tidak ada lima kemungkinan yang bisa terjadi dari suatu proses transisi demokrasi *pertama*, terbentuknya restorasi atau sistem otoriter dalam bentuk baru; *kedua*, terjadi revolusi sosial yang disebabkan menajamnya konflik-konflik kepentingan di tengah masyarakat; *ketiga*, liberalisasi terhadap sistem otoriter yang dilakukan oleh penguasa pasca masa transisi, dengan tujuan mendapatkan dukungan politis dan mengurangi tekanan-tekanan masyarakat; *keempat*, merupakan kebalikan dari *ketiga*, yaitu penyempitan proses demokrasi dari sistem liberal kepada demokrasi limitatif; dan *kelima*, terbentuknya pemerintahan yang demokratis.

Dalam lima kemungkinan yang disebutkan tersebut, ada tiga kemungkinan negatif yang harus diantisipasi terkait transisi demokrasi di Indonesia, yakni kembalinya otoriter dalam bentuk baru yaitu neo-militerisme, terjadinya revolusi sosial akibat dari menajamnya konflik-konflik kepentingan di tengah masyarakat, dan penyempitan demokrasi. Percepatan konsolidasi demokrasi dapat menjadi penawar jitu, jika proses konsolidasi terlalu lama, akan mengakibatkan demokrasi menjadi beku dan berpotensi terjadinya ketiga dampak negatif tersebut.

Amandemen UUD 1945 sebagai amanat demokrasi dan demokratisasi, semua kepentingan haruslah saling respek terhadap perbedaan sikap politik, Robert A. Dahl mengemukakan perihal demokrasi, bahwa ada enam lembaga politik yang dibutuhkan demokrasi, yakni:¹⁴⁸

- (a) Para pejabat yang dipilih secara demokratis menjadi pemegang kendali terhadap segala keputusan pemerintahan mengenai kebijakan secara konstitusional artinya pemerintahan demokrasi modern merupakan demokrasi perwakilan;
- (b) Pemilihan umum yang jujur, adil, bebas dan periodik;

147. ¹⁴⁷ Lihat Dede Ismatullah, *Ilmu Negara Dalam Multi Perspektif, Masyarakat, Hukum dan Agama*, Bandung: Pustaka STIA, 2007, hlm. 119.

148. ¹⁴⁸ H. Alwi Wahyudi, *op cit.*, hlm 211.

- (c) Kebebasan berpendapat, warga negara berhak menyatakan pendapat mereka sendiri tanpa halangan dan ancaman dari penguasa;
- (d) Akses informai alternatif, artinya warga negara berhak mencari sumber-sumber informasi alternatif;
- (e) Otonomi asosiasional, yakni warga negara berhak membentuk perkumpulan-perkumpulan atau organisasi-organisasi yang relatif bebas, termasuk partai politik dan kelompok kepentingan;
- (f) Hak kewarganegaraan yang inklusif.

Menurut Koento Wibisono Siswomiarjo, *euphoria* reformasi telah menjadikan masyarakat Indonesia begitu mudah dan secara gampang membicarakan masalah fundamental seperti keterbukaan, kebebasan, keadilan, demokrasi, masyarakat madani, dan sebagainya. Di mana dalam dimensi masyarakat tradisional upaya menjaga nilai-nilai dan norma dalam pancasila dan UUD 1945 masih terjaga hingga saat ini, sebagai pedoman hidup berbangsa dan bernegara.

Ada beberapa kewajiban dari pemerintah yang harus dipegang untuk menjamin fungsi pemerintahan demi kepentingan masyarakat, yaitu:

- (a) Kekuasaan legislatif tidak boleh digunakan untuk mengatur hidup dan nasib rakyat secara absolut;
- (b) Kekuasaan negara tidak boleh dijalankan tanpa pertimbangan yang matang;
- (c) Pemerintah tidak boleh mengambil atau merampas hak rakyat tanpa persetujuan;
- (d) Kekuasaan legislatif tidak dapat dialihkan kepada lembaga lain yang tidak diberi mandat konstitusi;
- (e) Perundang-undangan harus menjamin agar kekuasaan politik digunakan untuk kepentingan umum.

Dengan terjadinya perubahan terhadap UUD 1945, diharapkan akan lebih menciptakan kultur masyarakat yang demokratis, yakni masyarakat yang kritis, konstruktif, dan berani. Konstruksi nilai yang penting bagi demokrasi ialah “musyawarah mufakat”, berdasarkan asas saling menghargai, guna menjamin terlindunginya hak asasi tiap-tiap manusia Indonesia.

Demokrasi dalam perkembangannya sangat terkait dengan konsepsi negara hukum yang dijalankan. Amandemen telah memberikan penegasan normatif mengenai konsepsi sebagai negara yang konstitusional, juga sebagai penghantar demokratisasi kehidupan politik, di mana prinsip demokrasi mestinya ialah terakomodirnya peran serta masyarakat dalam pengambilan keputusan, baik di pusat maupun di daerah.

Hasil dari perubahan konstitusi (amandemen) tidak boleh diterapkan secara sepihak berdasarkan kepentingan penguasa, karena bertentangan dengan prinsip dan etika demokrasi, sebab untuk Indonesia sebagai negara hukum sebagaimana ditegaskan dalam konstitusi, hukum tidak dimaksudkan sebagai hanya untuk menjamin kepentingan golongan tertentu ataupun pihak yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan keadilan bagi semua orang. Dengan demikian, negara hukum yang akan dikembangkan bukan *absolute rechstaat*, tapi menjadi *demokratische rechstaat*. []

BAB VI

PROBLEMATIKA REFORMASI KONSTITUSI

(SUATU ANALISA)

“Represi atas kepentingan adalah termasuk bagian dari kepentingan itu sendiri”.
(Jürgen Habermas)

A. KONSTRUKSI PEMIKIRAN

Asumsi mengenai hubungan antara politik dan hukum yang telah dipelopori oleh Mahfud MD, yakni bahwa hukum merupakan produk politik, merupakan kristalisasi normatif dari kehendak politik, dan setiap produk hukum memiliki karakter menurut konfigurasi politik yang melahirkannya.

Gagasan tersebut mempertegas kembali tiga hal: *Pertama*, hukum harus menjadi arah dan pengendali atas semua kegiatan politik. Asumsi ini dipakai sebagai landasan (*das sollen/keinginan, keharusan, dan cita*); *kedua*, bahwa dalam kenyataannya baik produk normatif maupun implementasi-penegakannya, hukum itu sangat dipengaruhi dan menjadi *dependent variable* atas politik, asumsi ini dipakai sebagai landasan *das sein* (kenyataan, realitas) dalam studi hukum empiris; *ketiga*, politik dan hukum terjalin dalam hubungan yang interdependen atau saling tergantung yang dapat dipahami dari adagium yang sangat terkenal tentang ini, bahwa “*politik tanpa hukum menimbulkan kesewenang-wenangan atau anarkis, dan hukum tanpa politik akan menjadi lumpuh*”.

Analisis yang penulis bentangkan ini secara akademis menggunakan asumsi yang sedikit berbeda dari asumsi Mahfud MD, yakni *hegemoni struturalisasi prosedural politik atas hukum dan ketatanegaraan di Indonesia*. Dengan penelusuran kepustakaan literatur-literatur pakar-pakar hukum tata negara, politik, serta sosiologi-hukum di Indonesia, perspektif global mulai pra hingga pasca reformasi konstitusional ketatanegaraan Republik Indonesia.

Serta pendekatan empiris di mana pada kenyataannya reformasi konstitusi tersebut juga merupakan reformasi sistem pemerintahan baik itu eksekutif, legislatif, yudikatif, yang juga ikut melahirkan lembaga-lembaga negara baru. Di mana pada implementasinya tidak maksimal dan tidak tepat penguatannya

secara konstitusional serta tumpang tindihnya kewenangan antar lembaga-lembaga negara tersebut.

Terlepas dari praktek-praktek kenegaraan yang inkonstitusional, salah satu hal penting yang perlu dijelaskan ialah mengenai transisi menuju demokratisasi di Indonesia, di mana tidak ada penegasan secara aplikatif dan implementatif berdasarkan pengukuhan negara ini sebagai negara yang berdasarkan kedaulatan rakyat, namun cenderung bergantung pada konsep demokrasi perwakilan.

Selain itu ada juga indikasi bahwa masa transisi dan konsolidasi demokrasi ini juga meneruskan warisan tradisi monolitik militer tapi dalam bentuk baru.

Hukum terkadang menampakkan dirinya seperti dalam apa yang dikemukakan Pound: *law is a tool of social engineering*. Ini menunjukkan, perspektif legitimasi sebagai dasar dari berfungsinya kekuasaan bisa bermacam-macam tafsirnya, sehingga penting untuk meletakkan fungsi legitimasi dalam negara secara tepat. Hukum di Indonesia haruslah meletakkan salah satu legitimasi penting yakni, legitimasi tradisional sebagai bagian yang diakui dan di posisikan sebagaimana mestinya, dan harus terlepas dari kelembagaan negara yang patut dihormati dan menjadi pertimbangan konstitusional dalam rangka menciptakan negara hukum yang demokratis, dan menyongsong suatu kultur demokratisasi kehidupan politik kita, serta melahirkan hukum yang responsif dan implementatif berdasarkan prinsip supremasi hukum, dan menjunjung tinggi hak-hak asasi manusia.

B. TINJAUAN SISTEM PEMERINTAHAN INDONESIA

1. Pembagian Dan Pembatasan Kekuasaan Berdasarkan UUD 1945

Secara garis besar perubahan UUD 1945 tersebut, ada beberapa hal baru yang diatur dalam konstitusi kita. Antara lain,

mengenai Presiden dan Wakil Presiden dipilih langsung oleh rakyat, adanya lembaga baru, yaitu Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dan Mahkamah Konstitusi, serta HAM dan Pemilu. Dalam rangka pembahasan tentang organisasi dan kelembagaan negara, dapat dilihat apabila kita mengetahui arti dari lembaga negara dan hakekat kekuasaan yang dilembagakan atau di organisasikan ke dalam bangunan kenegaraan. Intinya, apa dan siapa sesungguhnya yang memegang kekuasaan.¹⁴⁹

Lembaga negara merupakan lembaga pemerintahan negara yang berkedudukan di pusat yang fungsi, tugas, dan kewenangannya diatur secara tegas dalam UUD. Secara keseluruhan UUD 1945 sebelum perubahan mengenal enam lembaga/tertinggi negara, yaitu MPR sebagai lembaga tertinggi negara serta DPR, Presiden, MA, BPK, dan DPA sebagai lembaga tinggi negara. Setelah perubahan, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 menyebutkan bahwa lembaga negara adalah MPR, DPR, DPD, Presiden, BPK, MA, MK, dan KY tanpa mengenal istilah lembaga tinggi atau tertinggi negara.

UUD 1945 mengejawantahkan prinsip kedaulatan yang tercermin dalam pengaturan penyelenggaraan negara. UUD 1945 memuat pengaturan penyelenggaraan kedaulatan hukum, rakyat, dan negara karena di dalamnya mengatur pembagian kekuasaan yang berdasarkan pada hukum, proses penyelenggaraan kedaulatan rakyat, dan hubungan antara negara RI dan negara luar dalam konteks hubungan internasional. Di samping mengatur proses pembagian kekuasaan, UUD 1945 juga mengatur hubungan kewenangan dan mekanisme kerja antarlembaga negara dalam penyelenggaraan negara.

Prinsip kedaulatan rakyat yang terwujudkan dalam peraturan perundang-undangan tercermin dalam struktur mekanisme

149. ¹⁴⁹ A.M. Fatwa, *op cit.*, hlm. 8-9.

kelembagaan negara dan pemerintahan untuk menjamin tegaknya sistem hukum dan berfungsinya sistem demokrasi. Dari segi kelembagaan, prinsip kedaulatan rakyat biasanya diorganisasikan melalui sistem pemisahan kekuasaan (*separation of power*) atau pembagian kekuasaan (*distribution of power*). Pemisahan kekuasaan cenderung bersifat horizontal dalam arti kekuasaan dipisahkan ke dalam fungsi-fungsi yang tercermin dalam lembaga-lembaga negara yang sederajat dan saling mengimbangi (*check and balances*).

Adapun pembagian kekuasaan bersifat vertikal ke bawah kepada lembaga-lembaga tinggi negara di bawah lembaga pemegang kedaulatan rakyat. Sebelum amandemen 1945, tidak dikenal pemisahan yang tegas, dan cenderung vertikal, tetapi setelah amandemen prinsip pembagian kekuasaan secara horizontal jelas dianut. Misalnya, mengenai pemisahan antara pemegang kekuasaan eksekutif yang berada ditangan Presiden (pasal 5 ayat 1) dan pemegang kekuasaan legislatif yang berada ditangan DPR (pasal 20 ayat 1). Dengan penegasan prinsip tersebut, sekaligus untuk menunjukkan ciri konstitusionalisme yang berlaku dengan maksud untuk menghindari kesewenang-wenangan kekuasaan.¹⁵⁰

*Reformasi eksekutif
Sistem Presidensial sebelum dan sesudah amandemen*

Aturan-aturan	Sebelum perubahan	Sesudah perubahan
Satu orang Atau gabungan	Satu orang	Satu orang
Status	Kepala eksekutif	Sama
Proses pemilihan	Tidak langsung, dipilih MPR	Dipilih langsung oleh rakyat
Masa jabatan	Tidak terbatas, dapat dipilih kembali setiap 5 tahun Tidak pasti, mudah diberhentikan	<ul style="list-style-type: none"> • Terbatas selama dua kali lima tahun • Pasti, tidak mudah diberhentikan
Kekuasaan legislatif	Lebih dominan dari DPR	Berbagi kekuasaan dengan DPR Dan DPD

¹⁵⁰ A.M. Fatwa, *loc cit.*,

Kekuasaan untuk Mengangkat dan Memberhentikan pejabat Pejabat tinggi	Tidak disebutkan dengan jelas, Sehingga pada prakteknya Kekuasaan ini menjadi tidak terbatas	Terbatas
Prosedur Impeachment Landasan hukum	Disebutkan secara umum dalam Penjelasan UUD 1945, dan kebanyakan Diatur dalam Tap MPR	Diatur dalam Konstitusi
Alasan	Lebih bersifat politisasi ketimbang Legal, yaitu bila presiden sungguh Sungguh telah melanggar haluan Negara dan UUD 1945	Lebih bersifat criminal, yaitu bila Presiden terbukti melakukan Penghianatan, korupsi, tindak pidana Berat dan perbuatan tercela lainnya
Cabang yudisial	Tidak dilibatkan dalam proses	Terlibat MK menyelidiki, mengadili, Dan memutuskan atas saran DPR bahwa Presiden harus diberhentikan
Syarat suara	Lebih mudah asalkan tercapai suara Mayoritas menolak, maka presiden dapat Di impeachment	Lebih sulit, mensyaratkan pengambilan keputusan di DPR, MK, dan MPR. Hanya suara mayoritas mutlak DPR, vonis bersalah di MK dan suara mayoritas lainnya di MPR lah yang bisa mengimpeachment presiden

Sumber : Denny Indrayana, 2008:375-376

*Reformasi legislatif
Kedudukan, tugas, dan wewenang MPR*

Aturan-aturan	Sebelum amandemen	Sesudah amandemen
Kedaulatan rakyat	Dimonopoli oleh MPR	Tidak lagi bisa memonopoli, kedaulatan Rakyat dilaksanakan menurut UUD 1945
Kedudukan	Lembaga tertinggi negara dengan Kekuasaan yang tak terbatas	MPR hanya salah satu dari beberapa Lembaga negara dengan kekuasaan yang Terbatas
Pemilihan Presiden	Dipilih oleh MPR	MPR melantik presiden dan wakil presiden yang

GBHN	Disusun oleh MPR, presiden melaksanakannya dan bertanggung jawab kepada MPR	langsung dipilih oleh rakyat MPR tidak lagi memiliki kewenangan ini
Perubahan konstitusi	Diubah dan ditentukan oleh MPR	MPR tidak lagi memiliki kewenangan ini
Pemberhentian presiden	Diberhentikan oleh MPR, prosedur ini tidak diatur secara eksplisit dalam UUD	MPR masih tetap memiliki kewenangan ini
Kekosongan kursi presiden	Konstitusi tidak memiliki atauran tentang hal ini	MPR memiliki kekuasaan untuk Memilih presiden dan wakil presiden ketika salah satu dari jabatan tersebut kosong

Sumber : Denny Indrayana, 2008:368

Reformasi Yudikatif

Aturan-aturan	Sebelum perubahan	Sesudah perubahan
Independensi	Diatur dalam penjelasan UUD 1945	Diatur dalam pasal-pasal UUD 1945
Lembaga-lembaga	MA dan badan peradilan di bawahnya	MA, badan-badan peradilan Dibawah MA, MK, dan KY Dilakukan oleh MK
Judicial review terhadap perundang-undangan	Tidak ada	Dilakukan oleh MK
Penyelesaian sengketa Antar lembaga negara	Tidak ada	Dilakukan oleh MK
Prosedur pembubaran Partai politik	Tidak ada	Dilakukan oleh MK
Penyelesaian sengketa Hasil-hasil pemilu	Tidak ada	Dilakukan oleh MK
Keterlibatan dalam impeachment	Tidak ada	Dilakukan MK
Pengangkatan dan Pemberhentian hakim	Tidak jelas, sehingga pada praktiknya Di monopoli presiden	Untuk urusan hakim agung hal ini emnjadi urusan KY, DPR, dan presiden. Untuk MK, hal ini menjadi urusan presiden, DPR dan MA

Sumber : Denny Indrayana, 2008:382

Reformasi Eksekutif

Sebagaimana diketahui, sebelum terjadinya amandemen terhadap UUD 1945, kedudukan dan kekuasaan Presiden sangat dominan, parameter yang terlihat adalah dalam kurun waktu demokrasi liberal, demokrasi terpimpin, hingga demokrasi pancasila, (Soekarno hingga Soeharto). Di mana DPR kehilangan hak legislasinya, sehingga setelah amandemen hak dari DPR tersebut dikembalikan, kelemahan dari reformasi eksekutif ini ialah terjadinya tarik ulur regulasi kebijakan sebagai akibat dari menguatnya DPR.

Reformasi Legislatif

Dari tabel terlihat bahwa kewenangan MPR tidak lagi berkedudukan sebagai lembaga tertinggi negara dan memegang kedaulatan rakyat tertinggi, serta tidak lagi memiliki kekuasaan-kekuasaan tak terbatas. Amandemen telah berimplikasi terhadap kewenangan MPR menjadi (1) mengubah dan menetapkan UUD; (2) melantik presiden dan/atau wakil presiden; (3) memberhentikan presiden dan/atau wakil presiden dalam masa jabatannya menurut UUD 1945. Di samping itu, prosedur *impeachment* tidak lagi se-absolut sebelum amandemen, sebagaimana di jelaskan dalam tabel. Kekurangan dari reformasi legislatif ini di samping menguatkan DPR, juga tersirat belum ditemukannya cara memadukan sistem negara hukum dengan kondisi pluralistik kedaerahan, di mana DPD sebagai salah satu lembaga legislatif hanya mendapatkan porsi dan ruangan legislasi yang tidak sesuai dan setara dengan DPR.

Perspektif Reformasi Yudikatif

Ada dua reformasi yudisial yang utama dalam amandemen, pertama, deklarasi negara hukum dengan diusungnya prinsip

independensi kehakiman secara tegas dan dituangkan dalam pasal-pasal yang sebelumnya hanya diatur dalam penjelasan; kedua, dibandingkan dengan lembaga yudisial lebih komprehensif, dalam hal ini ditandai dengan munculnya satu lembaga kekuasaan kehakiman selain MA yaitu MK dan KY. Dari tabel dapat dilihat bahwa porsi kewenangan MK lebih besar dari lembaga kehakiman lain, dan lebih strategis.

Reformasi yudikatif telah mengantarkan MK menjadi lembaga kehakiman yang paling sering diperbincangkan baik umum maupun secara akademis, potensi yang mengawatirkan adalah MK akan menjelma menjadi sebuah lembaga hukum yang absolut jika dalam perjalanannya kemudian tidak ada upaya untuk membagi porsi kewenangan dalam hal pertimbangan hukum dalam memutuskan suatu perkara. Sebab semakin menguatnya MK tentu akan menciptakan kondisi ketidakseimbangan dalam proses penyelenggaraan ketatanegaraan Indonesia.

2. Hubungan Antar Lembaga Negara

MPR dengan DPR, DPD, dan Mahkamah Konstitusi

Keberadaan MPR dalam sistem perwakilan dipandang sebagai ciri yang khas dalam sistem demokrasi di Indonesia. Keanggotaan MPR yang terdiri atas anggota DPR dan anggota DPD menunjukkan bahwa MPR masih dipandang sebagai lembaga perwakilan rakyat karena keanggotaannya dipilih dalam pemilihan umum. Unsur anggota DPR untuk mencerminkan prinsip demokrasi politik, sedangkan unsur anggota DPD untuk mencerminkan prinsip keterwakilan daerah agar keterwakilan daerah tidak terabaikan. Dengan adanya perubahan kedudukan MPR, pemahaman wujud kedaulatan rakyat tercermin dalam tiga cabang kekuasaan, yaitu lembaga perwakilan, presiden, dan pemegang kekuasaan kehakiman.¹⁵¹

151. ¹⁵¹ A.M. Fatwa, *ibid.*, hlm. 13-15.

Selanjutnya, pasal 24C ayat (1) UUD 1945 menyebutkan bahwa salah satu wewenang MK adalah memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan UUD karena kedudukannya sebagai lembaga negara sehingga apabila MPR bersengketa dengan lembaga negara lain yang sama-sama memiliki kewenangan yang ditentukan oleh UUD, maka konflik tersebut harus diselesaikan oleh MK.

DPR dengan Presiden, DPD, dan MK

Berdasarkan UUD 1945, kini dewan perwakilan terdiri dari DPR dan DPD. Perbedaan keduanya terletak pada hakikat kepentingan yang diwakilinya, DPR untuk mewakili rakyat secara generik, sedangkan DPD untuk mewakili daerah. Pasal 20 ayat (1) menyatakan bahwa DPR memegang kekuasaan membentuk undang-undang, selanjutnya untuk menguatkan posisi DPR sebagai pemegang kekuasaan legislatif, pada pasal 20 ayat (5) ditegaskan bahwa dalam hal RUU yang disetujui bersama tidak disahkan oleh presiden dalam waktu 30 hari semenjak RUU tersebut disetujui, sah menjadi UU dan wajib diundangkan.

Dalam hubungan dengan DPD, terdapat hubungan kerja dalam hal ikut membahas RUU yang berkaitan dengan bidang tertentu, dan menyampaikan hasil pengawasan pelaksanaan UU tertentu, dan menyampaikan hasil pengawasan pelaksanaan UU tertentu kepada DPR. Dalam hubungannya dengan MK terdapat hubungan tata kerja, yaitu dalam hal permintaan DPR kepada MK untuk memeriksa pendapat DPR mengenai dugaan bahwa presiden bersalah. Di samping itu, terdapat hubungan tata kerja lain, misalnya dalam hal apabila ada sengketa dalam lembaga negara lainnya, proses pengajuan hakim konstitusi, serta proses pengajuan pendapat DPR yang menyatakan bahwa presiden bersalah untuk diperiksa oleh MK.¹⁵²

152. ¹⁵² A.M. Fatwa, *loc cit.*,

DPD dengan DPR, BPK, dan MK

Tugas dan wewenang DPD yang berkaitan dengan DPR adalah dalam hal mengajukan RUU tertentu kepada DPR adalah dalam hal mengajukan RUU tertentu kepada DPR, ikut membahas RUU tertentu bersama DPR, memberikan pertimbangan kepada DPR atas RUU tertentu, dan menyampaikan hasil pengawasan pelaksanaan UU tertentu pada DPR. Dalam kaitan itu, DPD sebagai lembaga perwakilan yang mewakili daerah, dalam menjalankan kewenangannya tersebut adalah dengan mengedepankan kepentingan daerah.

Dalam hubungannya dengan BPK, DPD berdasarkan ketentuan UUD menerima hasil pemeriksaan BPK dan memberikan pertimbangan pada saat pemilihan anggota BPK. Ketentuan ini memberikan hak kepada DPD untuk menjadikan hasil laporan keuangan BPK sebagai bahan dalam rangka melaksanakan tugas dan kewenangan yang dimilikinya, dan untuk turut menentukan keanggotaan BPK dalam proses pemilihan anggota BPK. Di samping itu, laporan BPK akan dijadikan sebagai bahan tindak lanjut untuk mengajukan usul dan pertimbangan berkenaan dengan RUU APBN.

MA, MK, dan KY

Pasal 24 ayat (2) menyebutkan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah MA dan badan peradilan di bawahnya serta oleh sebuah MK. Ketentuan tersebut menyatakan puncak kekuasaan kehakiman dan kedaulatan hukum ada pada MA dan MK. MA merupakan lembaga yang mandiri dan harus bebas dari pengaruh cabang-cabang kekuasaan yang lain. Dalam hubungannya dengan MK, MA mengajukan tiga orang hakim konstitusi untuk ditetapkan sebagai hakim konstitusi.

Sementara kewenangan MK sesuai dengan ketentuan pasal 24C ayat (1) dan (2) adalah untuk mengadili pada tingkat pertama

dan terakhir untuk menguji UU terhadap UUD 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil Pemilu.

Untuk KY, sebagaimana disebutkan pada pasal 24A ayat (3) dan pasal 24B ayat (1) menegaskan bahwa calon hakim agung diusulkan oleh KY kepada DPR untuk mendapatkan persetujuan. Keberadaan KY tidak dapat dipisahkan dari kekuasaan kehakiman.

Dari penjelasan mengenai hubungan antar lembaga negara di atas, tentulah dalam implementasinya terdapat indikasi bahwa telah terjadi tumpang tindih kewenangan, dan fungsi dari masing-masing lembaga negara tersebut. Hal itu dapat ditelusuri dalam dua substansi kelembagaan negara, yakni:

Terjemahan Konstitusi atas Lembaga Utama Negara (*main state organs*) dan Lembaga Negara Bantu (*state auxiliary bodies*)

Dalam sistem ketatanegaraan Indonesia, UUD 1945 pasca amandemen memang dengan jelas membedakan cabang-cabang kekuasaan negara, baik dalam bidang eksekutif, legislatif, maupun yudikatif, sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, hal tersebut tercermin lewat definisi kedudukan dan fungsi lembaga negara oleh UUD 1945, seperti MPR, DPR, dan DPD, Presiden dan Wakil Presiden, serta Mahkamah Agung (MA), Badan Pemeriksa Keuangan (BPK), dan Mahkamah Konstitusi (MK) sebagai lembaga negara yang utama (*main state organs, principal state organs*).

Lembaga-lembaga negara yang dimaksud itulah yang secara instrumental mencerminkan pelembagaan fungsi-fungsi kekuasaan negara yang utama (*main state functions, principal state functions*), sehingga lembaga-lembaga negara itu pula yang dapat disebut sebagai lembaga negara utama, yang hubungan satu dan lainnya diikat oleh prinsip "*check and balances*". Berdasarkan ketentuan UUD 1945 pasca amandemen, tidak lagi dikenal

pembagian dalam kelompok lembaga tertinggi negara dan lembaga tinggi negara, berkaitan dengan keadaan tersebut dalam sistem ketatanegaraan Indonesia terdapat tiga kelompok lembaga negara, yakni: (1) lembaga negara yang ditentukan dalam UUD 1945; (2) lembaga negara yang ditentukan dalam UU; dan (3) lembaga negara yang ditentukan dalam keputusan Presiden.

Di samping lembaga-lembaga negara yang bersifat utama, atau yang biasa disebut sebagai lembaga tinggi negara seperti dimaksud di atas, dalam UUD 1945 juga diatur adanya lembaga-lembaga negara yang bersifat konstitusional lainnya seperti KY, POLRI, TNI, Bank Sentral, KPU, Dewan Pertimbangan Presiden, dan sebagainya. Namun pengaturan lembaga-lembaga tersebut dalam UUD 1945, tidaklah dengan sendirinya mengakibatkan lembaga-lembaga negara yang disebutkan dalam UUD 1945 tersebut, termasuk KY, harus dipahami dalam pengertian lembaga (tinggi) negara sebagai lembaga utama (*main organs*).

Komisi Yudisial sebagai lembaga negara tidaklah menjalankan salah satu dari fungsi kekuasaan negara sebagaimana yang secara universal dipahami.¹⁵³ Dengan kata lain, bahwa lembaga-lembaga negara ini hanya bertugas melayani atau dalam tugas dan wewenangnya berkaitan dengan lembaga-lembaga negara utama sebagaimana disebutkan di atas, yang dalam ketatanegaraan disebut *state auxiliary bodies* (lembaga negara yang melayani).

Antara Tanggung jawab dan Prinsip Saling Mengawasi

Berdasarkan uraian di atas, maka, beberapa pertanyaan yang penting untuk diajukan adalah mekanisme pengawasan seperti apa yang perlu untuk ditegakkan? Dalam implementasinya kemudian, apakah reformasi eksekutif, legislatif, dan yudikatif telah mencerminkan sebuah langkah reformasi yang bercirikan negara kesatuan (pluralistik)? Apakah kehadiran lembaga-lembaga negara

153. ¹⁵³ Titik Triwulan Tutik, *op cit.*, hlm. 179.

utama baru dan berjamurnya lembaga negara bantu ini cermin dari menguatnya legitimasi politik di negeri ini? Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan ini, perlu diuraikan terlebih dahulu beberapa hal, di antaranya:

Pertama, reformasi telah melahirkan lembaga negara utama yang diperkuat kedudukan dan fungsinya dan ada lembaga yang dilemahkan kewenangannya, lembaga tersebut ialah Mahkamah Konstitusi, dan Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat. Dalam rangka menuju independensi hukum, dilakukanlah kristalisasi dalam kekuasaan kehakiman, yang kemudian melahirkan salah satu lembaga hukum yakni Mahkamah Konstitusi (MK). Secara normatif, ketentuan umum tentang MK kemudian diatur dalam pasal 24C UUD 1945 dan kemudian dikuatkan melalui UU No 24 tahun 2003. Pada hakekatnya, fungsi utama lembaga ini ialah mengawal supaya konstitusi dijalankan dengan konsisten (*the guardian of constitutions*) dan menafsirkan konstitusi atau UUD (*the interpreter of constitutions*).

Demikian halnya dengan DPR, kalau di zaman orde lama dan Orde Baru DPR cenderung pasif dan tidak memperoleh hak legislasinya secara total, maka setelah amandemen, DPR mengalami perubahan dari fungsi legislasi yang sebelumnya berada di tangan presiden telah kembali ke DPR. Ini kemudian diperkuat dengan hak DPR yakni (i) hak interpelasi, yaitu hak DPR untuk meminta keterangan kepada pemerintah (eksekutif) mengenai kebijakan pemerintah yang penting dan strategis serta berdampak luas pada kehidupan bermasyarakat dan bernegara; (ii) hak angket, ialah untuk melakukan penyelidikan terhadap kebijakan pemerintah yang penting dan strategis serta berdampak luas pada kehidupan bermasyarakat dan bernegara yang diduga bertentangan dengan peraturan perundang-undangan; (iii) hak menyatakan pendapat (HMP), yaitu hak untuk menyatakan pendapat terhadap

kebijakan pemerintah atau mengenai kejadian luar biasa yang terjadi di tanah air disertai dengan solusi dan tindak lanjut dari hak interpelasi dan hak angket.

Berbeda halnya dengan DPD, sebagai sebuah lembaga legislasi yang sama dengan DPR, DPD justru hanya memiliki kewenangan terbatas, khususnya berkaitan dengan hubungan daerah dan pusat (Bab VIIA pasal 22C dan pasal 22D UUD 1945). Pembentukan Dewan Perwakilan Daerah (*senate* atau *upperhouse*) ini dimaksudkan agar mekanisme *check and balances* dapat berjalan relatif seimbang, terutama yang berkaitan dengan kebijakan pusat dan kebijakan di daerah.

Mengapa kemudian ini terlihat tumpang tindih dan cenderung bukan berprinsip *distribution of power*, yang menjadi rancu adalah MK sebagai lembaga hukum yang merupakan lembaga negara utama sebab lahir dari UUD 1945, dan diperkuat lagi lewat UU No 24 tahun 2003 jelas menyiratkan sebuah pemahaman hukum yang sifatnya konservatif/ortodoks di mana ini menunjukkan visi politik pemegang kekuasaan dominan. Dengan hadirnya MK, maka, prosedur *impeachment* terhadap presiden menjadi tidak mudah apabila presiden melakukan pelanggaran. Lalu bagaimanakah kedudukan MPR sebagai wujud dari ruang rakyat, ruang permusyawaratan rakyat? Ketika presiden terindikasi melakukan pelanggaran konstitusi secara politik, lalu kemudian tidak dapat dibuktikan secara hukum, berarti MK tidak akan bisa memberikan data penyelidikan secara yuridis kepada MPR untuk ditindak lanjuti.

Artinya, jika tidak dapat dibuktikan secara hukum maka, presiden akan terlepas dari persoalan tersebut, dan MPR tidak dapat berbuat apa-apa untuk menindak lanjuti persoalan itu. Hal penting yang perlu di pahami adalah DPR sebagai pemegang hak legislasi, bersama presiden membentuk UU yang kemudian pada

prakteknya tidak disetujui publik, ataupun dianggap tidak relevan oleh sebagian kelompok masyarakat, juga praktisi hukum perorangan misalnya, maka dapat di gugat ke MK. Itu berarti, kewenangan legislasi DPR tersebut tidak ada kualitasnya, sebab dalam membuat produk UU pada kenyataannya kemudian dapat digugat dan diproses di hadapan MK.

Ini semacam tolak-tarik kewenangan, jika kemudian yang ingin dikedepankan adalah mekanisme prinsip *check and balances* maka prosedur yang harus dilakukan adalah sebelum di legitimasi maka produk hukum tersebut di sortir dulu lewat MK apakah materi-susbtansinya relevan ataukah tidak yang kemudian selanjutnya diserahkan kembali ke DPR untuk disahkan lalu diundangkan.

Demikian pun dengan usulan presiden ketika mengusulkan UU kepada DPR harus juga melewati proses legitimasi MK, lalu kemudian diserahkan kembali dan diproses selanjutnya. menjadi rancu ketika sudah di undangkan lalu kemudian ketika tidak relevan di gugat ke MK, maka fungsi legislasi telah bergeser kedaulatan yuridisnya ke MK, dan MK juga haruslah melakukan revitalisasi dan evaluasi produk hukum yang lama, agar tidak menciptakan polemik ketika di proses (*judicial review*), lalu setelah dilakukan evaluasi lalu segera diputuskan tanpa menunggu di perkarakan. Sebab perlu di tegaskan juga adalah jika MK mengawal konstitusi, bukankah itu sebagai wujud dari absolutisme legitimasi lembaga ini, dan yang paling penting ialah siapa yang mengawasi MK, jika MPR saja harus menunggu keputusan yuridis dari MK untuk sebuah keputusan-keputusan khusus seperti *impeachment*.

Adapun soal menegakkan keadilan substantif, bahwa tidak boleh semata-mata diterjemahkan sebagai bentuk karakter hukum responsif dan otonom, sebab di dalam substansi ada pemahaman esensi. Oleh karenanya, MK dalam memutuskan suatu perkara

menjadi ambivalen, artinya keadilan yang lebih didasarkan pada kebenaran material daripada kebenaran formal-prosedural. Dengan kata lain, apa yang secara formal-prosedural benar bisa saja disalahkan jika secara material dan substansinya melanggar keadilan. Sebaliknya apa yang secara formal-prosedural salah bisa saja dibenarkan jika secara material dan substansinya sudah cukup adil.

Ini berarti bahwa MK belum menemukan mekanisme terbaik dalam menegakkan prinsip *check and balances*, sebagaimana konstitusi yang dikawalnya tersusun secara manusiawi dan bisa saja konstitusi tersebut kurang tepat atau bahkan keliru, maka demikianpun dengan lembaga ini, yang juga perlu pengawasan sebab lembaga ini dikelola oleh manusia dan tentu saja pasti keliru dalam menetapkan dan memutuskan suatu perkara konstitusional.

Sebab lain yang juga perlu untuk diperhatikan adalah lembaga ini selain lahir berdasarkan amandemen yang kala itu memang dibutuhkan adanya suatu lembaga pengawal konstitusi, melalui UU No 24 tahun 2003, artinya, MK perlu diawasi oleh sebuah lembaga di luar kelembagaan negara namun bukan lembaga yang lahir dari legitimasi politik, tapi legitimasi tradisional dalam arti luas sebagai perwujudan dari publik *space* seluruh rakyat Indonesia.

Kedua, bahwa dalam dimensi kerakyatan kita ada mata rantai legitimasi tradisional yang telah diputuskan akibat legitimasi politik yang begitu dominan dan sentralistik pada reformasi lembaga yudikatif dan legislatif. Sebagaimana dijelaskan pada poin pertama, segmentasi terhadap beralihnya kewenangan legislasi ke MK dan hegemoni yudikatif yang begitu sentral, berimplikasi kepada tatanan masyarakat tradisional khususnya terhadap lembaga yang merupakan perwakilannya, yakni DPD. Seperti diketahui mengenai tugas dan kewenangan DPD sebagai salah satu lembaga legislasi di jelaskan dalam Bab VIIA pasal 22C dan pasal 22D UUD 1945.

Di mana pada kedudukan konstitusional tersebut, DPD hanya diberikan kewenangan untuk hubungan pusat daerah, selain itu juga kewenangan strategis berupa memberikan pertimbangan kepada DPR untuk pengisian jabatan strategis kenegaraan yaitu dalam memilih anggota BPK, sementara dalam hal keuangan DPD memiliki kewenangan memberikan pertimbangan kepada DPR atas rancangan Undang-Undang APBN, juga yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama.

Pertanyaannya adalah darimanakah Indonesia menemukan dasar dan mekanisme perwakilan daerah khususnya perwakilan satuan masyarakat hukum adat untuk sistem pemerintahannya? Sebagai negara yang baru lahir dari proses perlawanan terhadap penjajah, mekanisme lembaga perwakilan di Indonesia lebih memilih format baru namun bukan berarti mengadopsi begitu saja sistem lembaga perwakilan dari teori-teori yang ada. Pertanyaan di atas tentu tidaklah mudah dijawab, apalagi dalam prakteknya, tidak semudah mengatakan bahwa mekanisme perwakilan tersebut adalah harus menjunjung tinggi kolektivisme.

Dalam perjalanannya kemudian mekanisme perwakilan di Indonesia, sama halnya dengan di negara lain yang lebih cenderung sebagai perwakilan politik, inilah mengapa mata rantai hukum tradisional/pluralistik telah diputuskan. Sehingga segmentasi terhadap kesatuan masyarakat hukum adat hanyalah sebagai bukti atas penghormatan terhadap satuan ini melalui DPD dan pengukuhan melalui UU ataupun Perda.

Sebagai sebuah lembaga negara yang mewakili rakyat yang pluralistik, seharusnya lembaga ini diterjemahkan sebagai lembaga yang merupakan wujud legitimasi plural, legitimasi tradisional, berprinsipkan hukum adat, dan di posisikan di luar kelembagaan negara, sejatinya lembaga ini di tafsirkan sebagai penjaga kesepakatan antara nilai dan norma dalam masyarakat dalam era

modern ini. Sebagai materi penting dalam konstitusi negara Indonesia, nilai dan norma haruslah terjaga dan terlepas daripada kepentingan politik. DPD seharusnya bersanding dengan MK, akan tetapi di luar lembaga negara, ia diwujudkan dalam sebuah lembaga satuan hukum adat Indonesia, juga sebagai pengawas MK.

DPD yang dimaksudkan ini ialah sebuah ruang publik/rakyat/satuan masyarakat hukum adat dari tiap-tiap daerah, dilahirkan dari rekonsiliasi nasional, kebangsaan, dan bersifat religius. Lembaga ini haruslah diterjemahkan menjadi pemersatu konflik antara masyarakat modern dan masyarakat tradisional, sebab dalam dimensi masyarakat dapatlah ditemui potret problematika yang demikian, di mana ketika kesepakatan antara nilai dan norma ini runtuh maka runtuhlah persatuan dan kesatuan Indonesia.

Sebab untuk mengatasi konflik-konflik dalam lapisan masyarakat terbawah, hukum adat masih sangat kuat pengaruhnya, demikian pun dengan urusan-urusan keraifan lokal, budaya bangsa, dan prinsip ke-bhinekaan yang tidak bisa ditegakkan. Hingga kini disintegrasi masih terus mewarnai, apalagi pasca reformasi hukum yang cenderung ortodoks dan tidak sungguh-sungguh dalam menegakkan keadilan serta sangat bergantung pada proses demokratisasi.

Putusnya mata rantai legitimasi tradisional sebagai akibat sentralisasi hegemoni legitimasi politik, belum ditemukannya konsepsi demokratisasi. Demikian pun dengan DPD sebagai perwakilan daerah hanya dipahami secara sempit dan masih dengan mudah dijadikan komoditas politik.

Hegemoni negara yang telah dipertontonkan oleh Orde Baru, telah membawa serta paham liberal dalam konsep kelembagaan negara, sehingga dalam aplikasinya cenderung menggambarkan praktek birokrasi prosedural yang rumit dan sangat berpotensi

korupsi. Bayangan akan terbukanya ruang publik seluas-luasnya justru dituangkan dalam lembaga-lembaga bantu.

Ketiga, reformasi konstitusional telah memberikan kesempatan yang luar biasa besarnya terhadap kelahiran lembaga-lembaga negara bantu, yang secara fungsional memberikan ciri praktek sebuah negara federal, yang pada perjalannya kemudian bisa saja dibubarkan dan diganti. Ini berarti sebagai bentuk tidak konsistennya negara dalam menyelenggarakan mekanisme *check and balances*.

Seperti yang diketahui bahwa pasca amandemen UUD 1945 hanya menentukan satu lembaga yang termasuk *auxiliary body*, namun kemudian di luar berkembang *auxiliary body* tanpa kendali, atau disebut Komisi. Memang kalau diikuti pengertian lembaga-lembaga ini, pembedaannya cukup jelas di Indonesia. *Pertama*, komisi negara independen, yaitu organ negara (*state organs*) yang di idealkan independen dan karenanya berada di luar cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, maupun yudisial, namun justru mempunyai fungsi campur sari ketiganya. *Kedua*, komisi negara biasa (*state commissions*) yaitu komisi negara yang merupakan bagian dari cabang kekuasaan eksekutif.

Pertanyaannya apakah kehadiran lembaga-lembaga seperti ini tidak menimbulkan kekisruhan dalam hubungan antar lembaga, termasuk juga dengan lembaga-lembaga negara utama? Di Indonesia saat ini sudah lebih dari 50-an lembaga negara bantu yang terbentuk. Diperkirakan jumlah ini di masa depan akan semakin bertambah, yang terbentuk menurut dasar hukum yang berbeda, ada yang berdasarkan UUD 1945, antara lain KPU, dan ada pula berdasarkan UU, antara lain Komisi Penyiaran Indonesia, dan Badan Perlindungan Konsumen. Juga lembaga yang lahir berdasarkan Keppres antara lain, Komisi Ombudsman Nasional. Dengan demikian perincian komisi negara independen

(*independent regulatory agencies*) ada sekitar 13 komisi, dan komisi negara eksekutif (*executive branch agencies*) yang jumlahnya sekitar 40 komisi, dan yang paling penting adalah lembaga-lembaga ini lahir berdasarkan legitimasi politik, ketika sudah tidak lagi relevan maka bisa saja dibubarkan kapan pun, juga setiap saat bisa diintervensi secara politik.

Komisi Negara Independen

No	Komisi	Dasar Hukum
1.	Komisi Nasional anti kekerasan terhadap Perempuan	Keppres NO 181/1998
2.	Komisi pengawas persaingan usaha	UU No 5/1999
3.	Dewan pers	UU No 40/1999
4.	Komisi nasional hak asasi manusia	Keppres 48/2001 – UU No 39/1999
5.	Komisi ombudsman nasional	Keppres No 44/2000
6.	Komisi tindak pidana korupsi	UU No 30/2002
7.	Komisi penyiaran Indonesia	UU No 32/2002
8.	Komisi perlindungan anak	UU No 23/2002 & Keppres No 77/2003
9.	Dewan pendidikan	UU No 20/2003
10.	Pusat pelaporan & analisis transaksi keuangan	Keppres No 18/2003
11.	Komisi pemilihan umum	Pasal 22E UUD 1945 & UU No 12/2003
12.	Komisi kebenaran dan rekonsiliasi	UU No 27/2004
13.	Komisi yudisial	Pasal 24B UUD 1945 & UU No 22/2004

Sumber: diolah dari Kompas, 30 april 2005 dan Meneg PAN

Komisi Negara Eksekutif

No	Komisi	Dasar Hukum
1.	Komisi hukum nasional	Keppres No 15/2000
2.	Komisi kepolisian	UU No 2/2002
3.	Komisi Kejaksaan	UU No 16/2004 & Perpres No 18/2005
4.	Dewan Pembina industri strategis	Keppres No 40/1999
5.	Dewan riset nasional	Keppres No 94/1999
6.	Dewan buku nasional	Keppres No 110/1999
7.	Dewan maritime Indonesia	Keppres No 161/1999
8.	Dewan ekonomi nasional	Keppres No 144/1999
9.	Dewan pengembangan usaha nasional	Keppres No 165/1999
10.	Komite nasional keselamatan	UU No 41/1999 & Keppres No

	transportasi	105/1999
11.	Komite antar departemen bidang kehutanan	Keppres No 80/2000
12.	Komite akreditasi nasional	Keppres No 78/2001
13.	Komite penilaian independen	Keppres No 99/1999
14.	Komite olahraga nasional	Keppres No 72/2001
15.	Komite kebijakan sektor keuangan	Keppres No 89/1999
16.	Komite standar nasional untuk satuan ukuran	PP No 102/2000
17.	Komite aksi nasional penghapusan bentuk-bentuk pekerjaan terburuk untuk anak	Keppres No 12/2000
18.	Tim koordinasi penanggulangan kemiskinan	Keppres No 54/2005
19.	Dewan gula nasional	Keppres No 23/2003
20.	Dewan ketahanan nasional	Keppres No 132/2001
21.	Dewan pengembangan kawasan timur Indonesia	Keppres No 44/2002
22.	Dewan pertimbangan otonomi daerah	Keppres No 151/2000
23.	Dewan pertahanan nasional	UU No 3/2003
24.	Badan narkotika nasional	Keppres No 17/2002
25.	Bakornas penanggulangan bencana & pengungsi	Keppres No 3/2001 jo. Keppres No 111/2001
26.	Badan pengembangan kapet	Keppres No 150/2002
27.	Bakor pengembangan TKI	Keppres No 29/1999
28.	Badan pengelola gelora bung karno	Keppres No 72/1999
29.	Badan pengelola kawasan kemayoran	Keppres No 73/1999
30.	Badan rehabilitasi & rekonstruksi wilayah dan kehidupan masyarakat provinsi NAD dan kep. Sumatera utara	Perpu No 2/2005
31.	Badan nasional sertifikasi profesi	PP No 23/2004
32.	Badan pengatur jalan tol	PP No 15 2005
33.	Badan pendukung pengembangan sistem penyediaan air minum	PP No 16/2005
34.	Lembaga koordinasi dan pengendalian peningkatan kesejahteraan sosial penyandang cacat	Keppres No 83/1999
35.	Lembaga sensor film	PP No 8/1994
36.	Korsil kedokteran Indonesia	UU No 29/2004
37.	Badan pengelola puspitek	Keppres No 43/1976
38.	Badan pengembangan kehidupan bernegara	Keppres No 85/1999

Sumber: diolah dari Kompas, 30 april 2005 dan Meneg PAN

Dengan memperhatikan perkembangan lembaga-lembaga bantu tersebut di atas, maka, efektifitasnya tentu mengkhawatirkan. Menurut Sri Soemantri, bahwa mestinya untuk memperkembangkan *auxiliary body*, perlu diketahui terlebih dahulu tujuan didirikannya suatu negara, baru kemudian ditetapkan berbagai lembaga negara termasuk lembaga negara bantu dalam undang-undang dasarnya. Selanjutnya dijelaskan, bahwa dalam negara yang menganut sistem pemerintahan presidensial seperti Indonesia, presidenlah yang pertama mengetahui, lembaga macam apa yang diperlukan untuk menangani masalah-masalah tertentu dalam mewujudkan nasional.

Ini masih sebuah proses yang jauh dari harapan, dan masih belum disadari kehadirannya efektif ataukah tidak, termasuk juga alokasi anggaran terhadap lembaga negara bantu tersebut yang tentu saja harus dikalkulasikan secara logis.

Terlepas dari apakah menghadirkan lembaga-lembaga bantu seperti ini sebagai bentuk distribusi kekuasaan agar tidak terlalu sentralistik, yang juga harus diperhatikan adalah legitimasi politik yang melahirkannya tentulah menjadi sesuatu yang perlu dikawal secara kritis, sebab intervensi politik terhadap lembaga-lembaga semacam ini sangatlah potensial, dan cenderung mengarah ke pembubaran jika sudah tidak lagi sejalan dengan kepentingan penguasa.

Sistem ketatanegaraan Indonesia pasca reformasi, memang masih mencoba menemukan ketepatan bentuk dan aplikasinya. Tumpang tindihnya kewenangan dan kedudukan lembaga negara menghantarkan kita pada pengakuan bahwa kedudukan dan kewenangan lembaga negara yang ada saat ini, berada dalam kondisi yang tidak sebagaimana mestinya. Untuk itulah, strategi perbaikan sangat perlu dilakukan dari hulu hingga hilir, dan itu sangat bergantung pada semangat para penyelenggara negara. []

BAB VII

DEMOKRASI DAN POLITIK HUKUM INDONESIA

“Democracies die behind closed doors”,
demokrasi seringkali mati dalam kamar yang pintunya tertutup...

A. MEMAHAMI KONSEP DEMOKRASI

1. Demokrasi dan Perkembangannya

Secara historis demokrasi merupakan suatu proses institusionalisasi terhadap kemerdekaan manusia. Demokrasi mempunyai tujuan utama untuk mengekang hasrat para penguasa negara yang cenderung tiran dan sewenang-wenang, dan karenanya, kebebasan dari campur tangan pemerintah terhadap privasi warganya merupakan dasar dari segala kebebasan dunia. Kedaulatan rakyat, kerap kali dihubungkan dengan demokrasi.¹⁵⁴

Demokrasi memberikan pemahaman bahwa sumber dari kekuasaan adalah rakyat. Dengan pemahaman seperti itu, maka akan melahirkan sebuah aturan yang akan menguntungkan dan melindungi hak-hak rakyat. Agar itu kemudian bisa terlaksana, dibutuhkan suatu konsensus bersama yang mendukung, dan menjadi dasar pijakan dalam kehidupan bernegara, untuk menjamin dan melindungi hak-hak rakyat. Darisitu kemudian berkembang gagasan mengenai konstitusi.

Dengan diterimanya prinsip-prinsip demokrasi secara luas, dan menjadi dasar bagi model pemerintahan saat ini, demokrasi telah menjadi tolok ukur yang fundamental, bagi legitimasi politik dewasa ini. Pembuatan hukum dan penegakkan hukum menjadi benar jika dilakukan secara demokratis. Hampir semua negara mengklaim menjadi penganut paham demokrasi, seperti dapat diketahui dalam penelitian Amos J. Peaslee pada tahun 1950 saja dari 83 UUD negara-negara yang perbandingannya, terdapat 74

154. ¹⁵⁴ Syaiful Bakhri, *op cit.*, hlm. 129.

negara yang konstitusinya secara resmi menganut prinsip kedaulatan rakyat.

Dalam pengertian esensinya demokrasi merupakan kedaulatan rakyat, yang berarti kekuasaan tertinggi berada ditangan rakyat. Namun demikian, demokrasi modern tidak hanya dihadapkan pada persoalan-persoalan intern demokrasi, tetapi juga persoalan-persoalan eksternal demokrasi, karena isu demokrasi telah menembus batas-batas wilayah, proses dari ekonomi global, problem lingkungan hidup, serta perlindungan bagi kaum minoritas, dan yang tak teruntungkan, juga menjadi perhatian masyarakat internasional.

Memang harus diakui sampai sekarang istilah demokrasi itu sudah menjadi istilah umum yang menunjuk pada pengertian sistem politik yang diidealkan di mana-mana,¹⁵⁵ padahal dulunya, pada jaman Yunani Kuno di mana asal dari istilah demokrasi tersebut, di mana di zaman itu mempunyai konotasi yang sangat buruk. Demokrasi dibayangkan sebagai pemerintahan oleh semua orang yang merupakan kebalikan dari konsep pemerintahan oleh satu orang (*autocracy*).

Baik demokrasi maupun autokrasi menurut pengertian umum di zaman Yunani Kuno adalah sama-sama buruknya. Oleh karena itu, yang diidealkan adalah plutokrasi, yaitu pemerintahan oleh banyak orang, bukan hanya dikendalikan oleh satu orang, tetapi banyaknya orang itu tidak berarti semua orang ikut memerintah, sehingga keadaan menjadi kacau dan tidak terkendali. Akan tetapi, dalam perkembangannya kemudian demokrasi menjadi pilihan ideal, ia telah menjadi paradigma dalam bahasa komunikasi dunia mengenai sistem pemerintahan dan sistem politik yang dianggap ideal, meskipun dalam prakteknya setiap orang menerapkan

155. ¹⁵⁵ Jimly Ashidique, *op cit.*, hlm. 116.

standar yang berbeda-beda, sesuai dengan kepentingannya masing-masing.

Namun, bisa saja pada suatu hari nanti, timbul kejenuhan atau bahkan ketidakpercayaan yang luas mengenai kegunaan praktis konsep demokrasi modern ini. Jika itu terjadi, niscaya orang mulai akan menggugat kembali secara kritis keberadaannya sebagai suatu sistem yang dianggap ideal.

Terlepas dari kritik-kritik terhadap demokrasi, yang perlu digarisbawahi adalah paham mengenai sistem demokrasi memiliki keunggulan yakni meletakkan kedaulatan tertinggi di tangan rakyat, dan diwujudkan dalam bentuk perwakilan. Daris inilah ukuran ideal itu kemudian berkembang menjadi prinsip-prinsip dasar dari demokrasi, meskipun isi dan cara pelaksanaannya berbeda-beda, akan tetapi demokrasi memuat prinsip-prinsip dasar yang sama.¹⁵⁶

Prinsip yang dimaksud adalah persamaan, hormat terhadap nilai-nilai luhur manusia, hormat terhadap hak-hak sipil dan kebebasan, serta *fair play*. Adapun yang dimaksud dengan persamaan di sini ialah, persamaan kesempatan bagi semua orang sebagai warga negara untuk mencapai pengembangan maksimum potensialitas-potensialitas fisik, intelektual, moral, spiritual, dan untuk mencapai tingkat partisipasi sosial oleh setiap pribadi yang konsisten dengan tingkat kematangan yang telah diperolehnya. Ini tidak berarti dalam bahwa dalam suatu masyarakat demokratis semuanya sama.

Demokrasi tidak mengabaikan kenyataan bahwa tidak sama kemampuan, kepentingan, serta ambisi antara orang satu dengan orang yang lain. Namun yang diupayakan oleh masyarakat demokratis adalah meminimalkan konsekuensi-konsekuensi perbedaan alamiah ini dengan menolong yang lemah agar menjadi kuat. Tidak layak juga seseorang menyebut dirinya demokrat bila ia

156. ¹⁵⁶ Rafael Raga Maran, *Pengantar Sosiologi Politik*, Jakarta: Rineka Cipta, 2001, hlm. 203-204.

gagal mengupayakan terbukanya kesempatan bagi yang kecil dan lemah untuk setara dengan yang besar dan kuat.

Dalam ilmu politik, dikenal dua macam pemahaman tentang demokrasi, yakni pemahaman secara normatif dan pemahaman secara empiric.¹⁵⁷ Dalam pemahaman secara normatif, demokrasi merupakan sesuatu yang secara idiil hendak dilakukan atau diselenggarakan oleh sebuah negara, seperti misalnya kita mengenal ungkapan “*pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat*”. Ungkapan ini biasanya diterjemahkan dalam konstitusi pada masing-masing negara.

Sementara dalam kacamata pemahaman demokrasi secara empirik, dalam konteksnya mengijinkan kita untuk mengamati apakah dalam suatu sistem politik pemerintah memberikan ruang gerak yang cukup bagi warga masyarakatnya, untuk melakukan partisipasi guna memformulasikan preferensi politik mereka melalui organisasi politik yang ada? Di samping itu, kita diperkenankan untuk mengamati sejauh mana kompetisi antara para pemimpin dilakukan secara teratur (regular basis) untuk mengisi jabatan politik? Mengapa teratur? Hal ini untuk menghindari kemungkinan seseorang memperoleh atau mengisi jabatan politik secara terus menerus, tanpa pembatasan.

Bagi manusia kontemporer,¹⁵⁸ rujukan demokrasi pada *government of the people, by the people, and for the people* itu tidak memadai pengertiannya jika tidak mencakup pengertian demokrasi dalam bidang ekonomi, kebudayaan, pendidikan, industri dan lain-lain. Juga tidak memadai jika demokrasi hanya diartikan sebagai pemerintahan oleh kelompok mayoritas, konsep ini menjadi bias dan tidak menjelaskan apa-apa tentang status dan hak-hak kelompok minoritas dalam masyarakat-bangsa yang satu

157. ¹⁵⁷ Affan Gaffar, *Politik Indonesia Transisi menuju Demokrasi*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006, hlm. 3-4.

158. ¹⁵⁸ Rafael Raga Maran, *op cit.*, hlm. 202.

dan sama. Bahkan konsep semacam sangat kontradiktif, sebab bertentangan dengan salah satu prinsip dasar demokrasi itu sendiri, yakni persamaan hak setiap warga negara untuk ikut menentukan kebijaksanaan politik.

Karenanya, bangsa-bangsa modern-kontemporer menggunakan istilah demokrasi dalam pengertian yang lebih luas daripada pemerintahan oleh rakyat, di mana mencakup penataan kehidupan ekonomi, kebudayaan, pendidikan, industri, dan sebagainya. Namun kebebasan individual dalam konsep demokrasi itu pun haruslah juga memiliki batas, batasnya ialah bahwa kebebasan itu dilaksanakan demi pemenuhan hak dan kebaikan orang lain. Maka dapat dirumuskan beberapa ciri-ciri hakiki demokrasi secara umum, di mana suatu sistem pemerintahan dapat disebut demokratis bila telah memenuhi delapan kriteria berikut:

- 1). Adanya persetujuan rakyat;
- 2). Adanya partisipasi efektif rakyat dalam setiap keputusan politik terkait nasib mereka;
- 3). Adanya persamaan kedudukan dihadapan hukum;
- 4). Adanya kebebasan individu untuk menentukan nasibnya;
- 5). Adanya penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia;
- 6). Adanya pembagian pendapatan yang adil;
- 7). Adanya mekanisme kontrol sosial terhadap pemerintahan;
- 8). Adanya ketertiban dan keterbukaan informasi.

Terkait pengertian mengenai kekuasaan tertinggi di tangan rakyat, tidak harus dipahami secara monistik dan mutlak dalam arti tidak terbatas, karena sudah dengan sendirinya kekuasaan tertinggi ditangan rakyat itu dibatasi oleh kesepakatan-kesepakatan yang mereka tentukan sendiri secara bersama-sama,¹⁵⁹ yang kemudian dituangkan dalam rumusan konstitusi yang mereka susun dan sahkan bersama.

159. ¹⁵⁹ Jimly Ashidique, *op cit.*, hlm. 117-118.

Dengan kebutuhan yang bersifat praktis tentunya gagasan demokrasi ini dianggap perlu dilakukan melalui prosedur perwakilan, dan kesemuanya itu diatur melalui konstitusi sebagai hasil konsensus rakyat di mana melalui konstitusi itulah kemudian pembatasan atas pengertian kekuasaan tertinggi ditangan rakyat, dan mengatur bagaimana kedaulatan rakyat itu disalurkan, dijalankan, dan diselenggarakan dalam suatu sistem ketatanegaraan.

Jadi kebebasan dalam perspektif demokrasi bukanlah kebebasan yang mengarah pada anarki sosial. anarki sosial akan terjadi jika setiap orang atau setiap kelompok dapat berbuat apa saja semaunya, idealnya, batas kebebasan seharusnya berasal dari dalam diri manusia, dan bukanlah berasal dari luar dirinya. Artinya, perlu apa yang disebut *self discipline*, disiplin diri, yakni suatu pengendalian diri yang muncul dari hati nurani, kesadaran serta tanggung jawab dari sosial individu, atau dari kesadaran dan rasa hormatnya terhadap kebutuhan, hak-hak, dan nilai-nilai luhur sesamanya.¹⁶⁰

Berangkat dari gagasan yang dilontarkan oleh Schumpeter, yaitu demokrasi sebagai suatu metode politik, di mana pandangan ini bersifat empirik, deskriptif, institusional, dan prosedural. Tentu sebagai sebuah entitas yang dinamis, perkembangan demokrasi tidak serta merta cepat, akan tetapi butuh proses pematangan di mana bisa kita lihat banyak perdebatan penting terkait esensi dan substansinya.

David Held, secara komprehensif menggabungkan pemahaman pandangan liberal dan tradisi Marx untuk sampai pada arti demokrasi yang mendukung suatu prinsip dasar otonomi [terkait teori-teori yang berusaha menyatukan antara kaum liberal dan kolektivisme], Prinsip tersebut oleh Held disebut sebagai

160. ¹⁶⁰ Rafael Raga Maran, *op cit.*, hlm. 204.

otonomi demokrasi (*democratic autonomy*), yang berarti membutuhkan baik akuntabilitas negara dalam derajat yang tinggi.

Otonomi demokrasi meramalkan partisipasi secara substansial secara langsung pada lembaga komunitas lokal dan manajemen diri (*self management*) perusahaan umum. Otonomi demokrasi membutuhkan pernyataan hak-hak manusia (*bill of rights*) di luar hak memilih untuk memberikan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dan untuk menemukan preferensi pribadi dan pengawasan akhir oleh warga negara terhadap agenda politik. Termasuk juga hak-hak sosial dan ekonomi untuk memastikan bahwa tersedia sumber daya yang cukup bagi suatu otonomi demokrasi. Tanpa hak-hak ekonomi dan sosial yang kuat,¹⁶¹ hak-hak yang berhubungan dengan negara tidak dapat diperoleh sepenuhnya, Dan tanpa hak-hak negara (*state rights*), wujud baru ketimpangan kekuasaan, kesejahteraan dan status secara sistemis akan mengacaukan implementasi kebebasan sosial dan ekonomi.

Lebih jauh soal demokrasi, Dahl merumuskan suatu tatanan politik yang disebutnya “poliarki”, istilah yang dipakainya untuk menyebut demokrasi. Menurut Dahl, ciri khas demokrasi adalah sikap tanggap pemerintah secara terus menerus terhadap preferensi atau keinginan warga negaranya. Tatanan politik seperti itu bisa digambarkan dengan memakai dua dimensi teoritik, yaitu: 1) seberapa tinggi tingkat kontestasi, kompetisi atau oposisi yang dimungkinkan; dan 2) seberapa banyak warga negara yang memperoleh kesempatan berpartisipasi dalam kompetisi politik itu.

Berdasarkan dua dimensi tersebut Dahl kemudian membuat tipologi empat sistem politik yakni; 1) hegemoni tertutup, 2)

161. ¹⁶¹ Georg Sorensen, *Demokrasi dan Demokratisasi,-Proses dan Prospeknya dalam Sebuah Dunia yang Sedang Berubah*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2003, hlm. 15.

oligarki kompetitif, 3) hegemoni inklusif, dan 4) poliarki.¹⁶² Pertanyaannya adalah, kondisi apa yang diperlukan agar tatanan “oligarki kompetitif”, “hegemoni tertutup”, maupun “hegemoni inklusif”, bisa diubah menjadi “poliarki”? Menurut Dahl, untuk menjamin itu rakyat harus diberi kesempatan untuk: *pertama*, merumuskan preferensi atau kepentingannya sendiri; *kedua*, memberitahukan perihal preferensinya itu kepada sesama warga negara dan kepada pemerintah melalui tindakan individual maupun kolektif; dan *ketiga*, mengusahakan agar kepentingannya itu dipertimbangkan secara setara dalam proses pembuatan keputusan pemerintah, artinya tidak didiskriminasikan berdasar isi atau asal-usulnya.¹⁶³

Selanjutnya kesempatan itu hanya mungkin tersedia kalau lembaga-lembaga dalam masyarakat bisa menjamin adanya delapan kondisi, yaitu:

- 1). Kebebasan untuk membentuk dan bergabung dalam organisasi;
- 2). Kebebasan mengungkapkan pendapat;
- 3). Hak untuk memilih dalam pemilihan umum;
- 4). Hak untuk menduduki jabatan publik;
- 5). Hak para pemimpin untuk bersaing memperoleh dukungan dan suara;
- 6). Tersedianya sumber-sumber alternatif;
- 7). Terselenggaranya pemilihan umum yang bebas dan jujur;
- 8). Adanya lembaga-lembaga yang menjamin agar kebijaksanaan publik tergantung suara dan pemilihan umum dan pada cara penyampaian preferensi yang lain.

Dalam hubungan dengan perlindungan golongan minoritas dalam suatu sistem demokrasi, kemudian berkembang istilah seperti “*majority rule, minority rights*”, atau terkadang disebut dengan “*majority rule, minority protection*”. Selaras dengan

162. ¹⁶² Mohtar Mas’oed, *Negara Kapital dan Demokrasi*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2003, hlm. 17.

163. ¹⁶³ Mohtar Mas’oed, *ibid.*, hlm. 20.

perkembangan istilah-istilah tersebut, kemudian muncul paham “demokrasi deliberatif” dari Jurgen Habermas yang mengintroduksi unsur integrasi sosial. Integrasi sosial ini hanya dapat terwujud melalui satu-satunya alat perekat yakni hukum.¹⁶⁴ Dalam hal ini hukum berfungsi untuk mensintesis antara kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat umum /kolektif.

Demokrasi deliberatif yang dimaksud oleh Jurgen Habermas ini adalah demokrasi yang bersifat progresif, yang menekankan pada unsur partisipasi dan kesetaraan dari setiap anggota masyarakat dan melibatkan masyarakat untuk ikut berpartisipasi dalam proses pengambilan putusan-putusan publik. Semuanya harus dilakukan secara transparan sehingga tersedia suatu ruang publik di mana masyarakat dapat mengetahui, mengakses, mengkritisi dan bahkan berdebat terhadap kebijakan-kebijakan publik yang hendak dibuat atau sudah diberlakukan, sehingga hasilnya menjadi tanggung jawab bersama dari semua elemen masyarakat maupun pemerintah.

Hanya saja, persoalan menjadi lain ketika ruang publik tersebut semakin terkikis dan semakin diboncengi oleh keinginan-keinginan sempit oleh segelintir masyarakat elit, melalui elit media massa, lembaga swadaya masyarakat, sektor politik, dan ekonomi, yang mencoba mengemukakan pendapat kelompoknya sendiri atas nama rakyat, maka telah terjadi apa yang oleh Habermas disebut “refeodalisasi ruang publik”. Ruang publik diperlukan otonom dalam suatu negara hukum, yang antara lain dapat berfungsi sebagai alat kontrol terhadap kebijakan-kebijakan publik dan sosial yang berlaku terhadap masyarakat yang bersangkutan. Dengan demikian pemahaman mengenai demokrasi menjadi luas, dan terapkan secara humanis-konstitusional dalam kehidupan

164. ¹⁶⁴ Munir Fuady, *op cit.*, hlm. 140-141.

bernegara dan menjadi budaya politik nilai (*value political development*).

2. Demokrasi Transisi, Konsolidasi, dan Kompromi

Demokrasi memiliki dua aspek tahapan, yakni transisi demokrasi dan konsolidasi demokrasi. Transisi dimulai dari keruntuhan rezim otoritarian lama yang kemudian diikuti atau berakhir dengan pengesahan lembaga-lembaga politik dan aturan politik baru di bawah payung demokrasi. Proses konsolidasi demokrasi mencakup peningkatan secara prinsipil komitmen seluruh elemen masyarakat pada aturan main demokrasi.¹⁶⁵

Dalam pengertian yang lebih umum, proses transisi menuju demokrasi dapat digambarkan dengan sebuah model sederhana. Jika kondisi yang melatarbelakangi hal ini adalah persatuan nasional, maka tahapan-tahapan transisi tersebut,¹⁶⁶ yaitu:

- 1) tahapan persiapan, ditandai dengan perjuangan politik yang bergerak untuk menghancurkan rezim nondemokratis. Tahapan ini berisi apa yang pada awalnya disebut Rustow sebagai perjuangan politik yang panjang dan tidak meyakinkan;
- 2) tahapan keputusan, di mana elemen yang jelas dari tertib demokrasi telah terwujud. Mungkin faktor terpenting yang mempengaruhi hasil dari tahapan keputusan adalah membangun koalisi utama yang berada dibalik transisi;
- 3) tahapan konsolidasi, di mana demokrasi baru lebih berkembang, dan akhirnya praktek-praktek demokrasi menjadi bagian dari budaya politik. Dilihat sebagai sebuah proses, konsolidasi adalah proses di mana lembaga dan praktek demokrasi menjadi mendarah daging dalam budaya politik. Tidak hanya pra pemimpin politik tetapi juga mayoritas aktor politik dan masyarakat yang melihat praktek demokrasi sebagai bagian dari hak dan tata tertib.

165. ¹⁶⁵ Georg Sorensen, *op cit.*, hlm. 70.

166. ¹⁶⁶ Georg Sorensen, *ibid.*, hlm. 108.

Pergeseran arus menuju demokrasi dari suatu sistem yang nondemokratis yang disebut sebagai transisi ini tidak terlepas dari pengartian dan perkembangan yang fundamen atas suatu identitas demokrasi. Ketika demokrasi diartikan sebagai sebuah sistem politik, sebagaimana ungkapan Dahl yang menekankan pada responsifitas pemerintah terhadap preferensi warga negaranya yang setara secara politis sebagai sifat dasar demokrasi.

Dalam pengerucutan cakupannya maka ada tiga dimensi utama yang melatarbelakanginya, yaitu: 1) kompetisi, 2) partisipasi, dan 3) kebebasan politik dan sipil. Darisini jelas bahwa proses demokratisasi perubahan sistem politik dari bentuk yang non-demokratis ke bentuk yang lebih demokratis dapat terjadi dengan berbagai cara. Dahl Mengidentifikasi dua jalan penting menuju demokrasi; jalan yang terfokus pada kompetisi dan jalan yang terfokus pada partisipasi. Meningkatnya partisipasi atau (inklusifitas) berarti meningkatnya jumlah warga negara yang memperoleh hak-hak politik dan kebebasan. Adapun penjelasan tentang tiga dimensi utama demokrasi politik tersebut ialah:

- 1) Kompetisi yang luas dan bermakna di antara individu dan kelompok organisasi (khususnya partai-partai politik) pada seluruh posisi kekuasaan pemerintah yang efektif, dalam jangka waktu yang teratur dan meniadakan penggunaan kekerasan;
- 2) Tingkat partisipasi politik yang inklusif dalam pemilihan pemimpin dan pengambilan kebijakan, paling tidak melalui pemilihan bebas secara teratur, dan tidak ada kelompok sosial yang disingkirkan;
- 3) Tingkat kebebasan politik dan sipil, yakni kebebasan berpendapat, kebebasan pers, kebebasan mendirikan dan menjadi anggota organisasi-cukup memastikan integritas partisipasi dan kompetisi politik.

Sudah barang tentu memperjuangkan “keterbukaan politik” seperti itu jelas tidak mudah. Proses itu pasti melibatkan

pertentangan kepentingan antara pemerintah dengan yang diperintah. Semakin besar perbedaan kepentingan antara pemerintah dengan kelompok no-pemerintah, semakin besar kemungkinan bahwa masing-masing akan menolak memberi peluang kepada pihak lain untuk berpartisipasi secara aktif dalam proses pembuatan keputusan, artinya semakin kecil kemungkinan masing-masing untuk mentolerir tindakan lawan.¹⁶⁷

Inilah mengapa demokrasi dalam perspektif transisi dan konsolidasi bisa menguat sebagaimana prasyarat-tahapan yang disebutkan sebelumnya telah terpenuhi, namun juga dalam perkembangannya demokrasi bisa terancam stagnan, atau oleh Georg Sorensen menyebutnya demokrasi beku (*frozen democracies*), atau demokrasi lemah atau demokrasi tidak solid. Sebab dalam sebuah fase perubahan segala kemungkinan bisa terjadi, dan jembatannya adalah proses transisi tersebut, oleh karenanya fase perubahan adalah fase perlu dicermati secara hati-hati.

Adapun hal-hal yang perlu digaris bawahi terkait transisi dan kemungkinannya di atas adalah: *pertama*, proses demokratisasi mengalami pembusukan karena ketidakmampuan pemerintah yang berkuasa melakukan perubahan-perubahan sosial, politik dan ekonomi yang mendasar sesuai dengan tuntutan reformasi, utamanya menyangkut kepentingan dan perbaikan nasib rakyat miskin.

Pembusukan akan menjadi cepat bila pemerintah yang berkuasa tidak sanggup menciptakan pemerintahan yang kuat. Pemerintah yang kuat bukan dalam pemahaman berbentuk otoritarian, pemerintahan yang kuat dalam pengertian ini ialah:

1. Memiliki birokrasi yang efisien dan tidak korup;

167. ¹⁶⁷ Mohtar Mas' oed, *op cit.*, hlm. 21.

2. Memiliki elit politik yang berkemauan dan mampu memberikan prioritas pada pembangunan ekonomi;
3. Memiliki kebijakan yang dirancang dengan baik untuk mencapai tujuan pembangunan.

Kedua, bila pemerintah gagal menciptakan tata tertib untuk mendorong terciptanya iklim kondusif bagi kelangsungan proses demokratisasi. *Ketiga*, bila proses konsolidasi, yakni praktek-praktek demokrasi tidak berkembang dan tidak menjadi bagian dari budaya politik. Fase konsolidasi bisa dicapai bila ada kompetisi secara terbuka, partisipasi serta kebebasan politik/sipil. Mungkin saja sistem politik telah mengandung elemen demokrasi tetapi ada keterbatasan pada kompetisi, partisipasi, dan kebebasan politik/sipil. Situasi seperti itu akan membuat demokrasi menjadi tidak berkembang (terbatas) dan menjadi beku.

Bahwa dalam proses konsolidasi amat diperlukan partisipasi masyarakat, terutama partisipasi pada tingkat lokal atau akar rumput, partisipasi masyarakat akan membuat massa rakyat menjadi:

- 1) Lebih mampu menaksir kinerja wakil-wakil rakyat ditingkat nasional;
- 2) Lebih mampu mengambil keputusan untuk lingkup nasional;
- 3) Lebih mampu menimbang dampak keputusan yang diambil oleh wakil-wakil rakyat terhadap kehidupan masyarakat;
- 4) Lebih mampu menciptakan terciptanya persatuan nasional.

Keempat, ketika rezim otoritarian runtuh, mereka meninggalkan sejumlah warisan masalah akut berkaitan dengan kasus-kasus korupsi dan pelanggaran hak-hak asasi manusia yang dilakukan oleh militer kala itu, sebagai contoh di Indonesia, ambil saja kasus korupsi Bank Bali, dan kasus pelanggaran hak asasi manusia dapat kita sebut kasus tanjung priok, kasus semanggi, kasus 27 juli, kasus bantaqiah, dan lain-lain.

Bila pemerintahan yang berkuasa saat ini tidak mapu menyeret para pelaku korupsi dan yang bertanggung jawab terhadap pelanggaran hak asasi ke pengadilan, bisa jadi upaya penegakkan hukum tidak dapat berjalan dan kemungkinan kepercayaan rakyat berangsur-angsur akan berkurang. Apalagi tidak mampu melakukan depolitisasi militer, bila ini terjadi, maka proses menuju kebebasan politik/sipil menjadi terhambat dan proses demokratisasi menjadi lemah.

Selanjutnya menurut Dahl, agar demokrasi politik (poliarki) atau pemerintahan yang demokratis dapat berjalan stabil ialah:

- 1) Para pemimpin tidak menggunakan kekerasan yaitu polisi dan militer untuk meraih atau mempertahankan kekuasaannya;
- 2) Adanya organisasi masyarakat pluralis yang modern dan dinamis;
- 3) Potensi konflik dan pluralism structural dipertahankan pada tingkat yang masih mendapat toleransi;
- 4) Dalam masyarakat, khususnya yang aktif dalam politik, harus ada budaya politik dan sistem keyakinan yang mendukung ide demokrasi dan lembaga poliarki.¹⁶⁸

Namun perlu juga diingat adalah, dalam proses memulai demokrasi akan tampak perbedaan, demokrasi yang dimulai dari atas (elit) berbeda dalam prosesnya dengan demokrasi yang berasal dari bawah (gerakan massa). Demokrasi dari bawah cenderung menimbulkan konfrontasi, permusuhan dan pertikaian dalam masyarakat, yang dapat membuka peluang bagi kembalinya rezim otoritarian. Sedangkan demokrasi dari atas dapat menimbulkan kebekuan bila elit dan pemimpin yang berkuasa kesulitan menemukan jalan untuk melakukan transformasi sosial dan kebijakan pemerataan secara gradual.

Proposisi ini tampaknya perlu dikaji dalam konteks Indonesia kontemporer, di mana telah terjadi sebuah proses transisi yakni

168. ¹⁶⁸ Georg Sorensen, *op cit.*, hlm. 14-15.

dari otoritarian menuju ke demokrasi knstitusional dengan gerbang utamanya reformasi. Dengan demikian, dapat mengevaluasi tentang apa yang sedang dan akan terjadi setelah tahapan demokrasi dilalui, dan berangkat dari kesimpulan demikian dapat juga mengidentifikasi apakah Indonesia bergerak menuju ke arah proses demokrasi ataukah sedang mengalami pembusukan, serta kebekuan demokrasi? Atau mungkin akan kembali ke otoritarian?

B. PERKEMBANGAN DEMOKRASI DI INDONESIA

1. Demokrasi Dalam Bayangan Intervensi Kepentingan Politik

Sepanjang sejarah pemikiran mengenai hukum dan politik, hampir selalu diterima bahwa pandangan atas demokrasi sebagai pilihan sistem senantiasa masih berada pada situasi *ambiguous*. Ambiguitas tersebut terletak pada apakah demokrasi itu baik ataukah tidak? Dan pada bagaimana mengimplementasikannya. Meskipun begitu, pada umumnya orang berpendapat atau mengambil ukuran demokrasi itu seperti diidentifikasi yang, antara lain, dipakai oleh Dohrendorf atau Carter dan Herz yakni demokrasi suatu negara dilihat dari jarak antara realita dan idealita pada pluralisme liberal.

Semakin liberal pluralistik suatu negara dianggap semakin demokratis. Secara konvensional pluralisme-liberal suatu negara biasanya diukur dari kehidupannya atas pilar-pilar demokrasi, yaitu kehidupan parta-partai dan lembaga perwakilannya, peranan eksekutifnya, dan kehidupan persnya.¹⁶⁹

Pendapat seperti di atas, pada dasarnya dilandaskan pada teori mengenai demokrasi itu sendiri, sebab setiap negara berbeda interpretasinya terhadap paham demokrasi ini, dan pandangan tersebut tidak banyak membantu dalam mengidentifikasi sebuah negara tersebut demokratis atau tidak. Di Indonesia demokrasi dalam konstitusi UUD 1945 disebut sebagai “kedaulatan rakyat”. Adapun rumusan Dahl mengenai demokrasi, tentu mengantarkan pada pengertian demokrasi

169. ¹⁶⁹ Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: Gama Media, 1999, hlm. 53.

sebagai sebuah sistem politik jika dikaitkan dengan organisasi negara, yakni masyarakat mewujudkan kehendaknya dan mengorganisir dirinya untuk mewujudkan cita-cita masyarakat itu sendiri. Jika memakai ukuran ideal, menurut Arbi Sanit, ada tiga nilai ideal yang mendukung demokrasi sebagai suatu gagasan kehidupan bernegara, yakni; (1) kemerdekaan (*freedom*); (2) persamaan (*equality*); dan (3) keadilan (*justice*).

Asas kedaulatan rakyat dalam konstitusi Indonesia menghendaki agar setiap tindakan dari pemerintah haruslah berdasarkan kemauan rakyat, sebagai negara yang menganut paham kedaulatan rakyat, maka pertanyaan kritisnya adalah, apakah demokrasi di Indonesia sudah di jalankan sebagaimana amanat konstitusi (UUD 1945)? Tentu tidaklah mudah menjawab pertanyaan ini, apalagi pelaksanaannya, dan hal yang paling penting ialah mengenai penyelenggaraan demokrasi melalui mekanisme perwakilan, yang tentu saja hal ini perlu di kritisi secara tegas. Sebab kedaulatan rakyat sebagaimana disebutkan UUD 1945 tersebut terkandung makna konsepsi tentang ide kekuasaan tertinggi dalam negara Indonesia.

Sebagai sebuah konsep kedaulatan tertinggi, implementasi dari kedaulatan rakyat ini jika menggunakan mekanisme perwakilan haruslah terbagi dan terdistribusi secara efisien, Terutama sekali ialah pembatasan terhadap kekuasaan dari lembaga-lembaga perwakilan tersebut. konsepsi kedaulatan rakyat ini sangat abstrak dan disebut oleh para ahli sebagai *the utmost difficult*, sehingga dalam pelaksanaannya cenderung melahirkan kepentingan-kepentingan elit mayoritas semata, atau juga kelompok penguasa. Sehingga perlu untuk ditemukan sebuah mekanisme perwakilan yang bersih dan otonom dalam mewujudkan demokrasi perwakilan yang benar-benar membawa aspirasi rakyat.

Di Indonesia, mekanisme perwakilan ini di wujudkan dalam Dewan Perwakilan Rakyat, melalui agennya yaitu partai politik. Dan Majelis Permusyawaratan Rakyat sebagai penjelmaan dari seluruh rakyat. Memang ini tampak mudah saja, akan tetapi dari mekanisme inilah lahir

kepentingan dan konspirasi besar yang terus menggerogoti bangsa ini. jelas mekanisme seperti masih merupakan proses panjang dalam rangka menciptakan negara hukum yang demokratis, dan masih sangat perlu untuk di kritisi.

Kritik *pertama*, yakni mengenai partai politik yang menjadi agen untuk proses rekrutmen dengan pendekatan perbandingan ruang publik otonom untuk menyuarkan aspirasi. Artinya partai politik sebagai kelompok yang membawa kepentingan tentulah akan memperjuangkan kepentingan politik dalam sebuah lembaga perwakilan. Apabila kebijakan yang hendak diambil berhubungan dengan sektor strategis maka ini akan menimbulkan potensi-potensi lain seperti korupsi dan akan cenderung menjadi forum konfrontasi kepentingan.

Di samping itu, akan dipengaruhi juga oleh kalangan elite dari partai politik tersebut, dominasi tersebut terutama dalam menentukan siapa yang akan di ajukan dalam pemilihan calon legislatif, dengan memperhatikan ranking calon tersebut, tentu saja ini akan menimbulkan konflik internal dalam artian jika mekanisme internal partai saja sudah bermasalah, bagaimana nantinya setelah menjadi wakil rakyat.

Pada hakekatnya memang diperlukan sebuah ruang publik yang otonom, bebas politik kepentingan. Dengan adanya ruang publik yang otonom tersebut maka diharapkan cita-cita rakyat akan langsung disuarakan oleh rakyat itu sendiri, ataupun kelompok yang selama ini tertindas. Mekanisme seperti ini secara fundamental tidak dimiliki oleh lembaga perwakilan di Indonesia, sehingga lembaga peradilan memiliki legitimasi politik yang kuat di segala bidang strategis, terutama dalam mengendalikan sistem pemerintahan.

Kedua, adalah kecendrungan terhadap digunakannya lembaga perwakilan ini sebagai kekuatan legitimasi, artinya adanya kondisi ketergantungan terhadap legitimasi politik dari lembaga perwakilan ini. pada dasarnya memang ketergantungan sebagian masyarakat Indonesia terhadap partai politik harus diakui, selain partai politik dianggap mampu

menjadi kendaraan untuk memperjuangkan kehendak partai politik, juga dianggap sebagai kesempatan untuk memperkaya diri. Bagaimana tidak, pada kondisi sekarang ini secara empiris dapat dilihat, selain kualitas sebagai legislator yang jauh dari standar, politisi juga kini menjadi sebuah profesi yang populer.

Legitimasi politik telah berubah menjadi hegemoni baru pasca reformasi, kalau pada masa orde lama dan Orde Baru kita melihat sebuah tradisi monolitik militer, maka sekarang tradisi tersebut ber-evolusi dan membabi buta dalam lembaga perwakilan yang di era sebelumnya tidak memiliki hak legislasinya. DPR telah berubah menjadi sebuah kekuatan politik yang *super body*, meskipun dengan hadirnya MK kekuatan politik tersebut tidak bisa tembus, namun dalam beberapa kasus, intervensi lembaga perwakilan terhadap lembaga negara ataupun kebijakan eksekutif sangatlah nyata.

Ketiga, adalah mekanisme internal lembaga perwakilan ini dalam mewujudkan fungsinya secara optimal. Menurut Afan Gaffar,¹⁷⁰ salah satu kendala lembaga legislasi ini tidak dapat berfungsi dengan baik adalah peraturan tata tertib DPR itu sendiri. Hal penting lainnya adalah pergulatan koalisi, artinya sebuah kebijakan yang baik bagi rayat bisa saja gagal jika tidak mendapatkan dukungan mayoritas. Koalisi juga menyiratkan tidak adanya semangat kolektif, jika tidak mau berkoalisi maka selanjutnya dianggap sebagai oposisi. Dari sudut ini jelas akan membingungkan masyarakat awam, mana yang harus dipercaya apakah kelompok oposisi, ataukah kelompok koalisi, dan yang paling penting adalah mana yang membawa visi keadilan bagi rakyat.

Dalam agenda jangka panjang kekurangan-kekurangan seperti ini haruslah ditambah baik oleh DPR maupun oleh partai politik, pembenahan perlu untuk dilakukan, dan evaluasi menjadi tuntutan di masa depan, sebagai sebuah lembaga perwakilan yang harus mencitrakan sebagai lembaga perwakilan rakyat, sebagai cermin dari lembaga yang mewakili

170. ¹⁷⁰ Afan Gaffar, *op cit.*, hlm. 293.

dan mengutamakan kepentingan rakyat, apapun itu, dan bagaimana pun, serta sesulit apapun, lembaga ini punya kewajiban konstitusional untuk mewujudkannya.

2. Implikasi Hegemoni Politik Terhadap Hukum

Uraian tersebut di atas telah menunjukkan bahwa kapasitas demokrasi tertentu dapat melahirkan hukum dengan karakter tertentu pula yang secara teoritis-dikotomis, sistem politik yang demokratis akan melahirkan hukum yang otonom, akan tetapi jika terjadi sebaliknya maka hukum hanyalah menjadi kristalisasi kepentingan semata dalam rangka menguatkan kekuasaan. Politik di Indonesia pada masa transisi ini merupakan politik yang muncul karena *euphoria*.

Semua orang dan kelompok masyarakat merasa lega karena terlepas dari sebuah beban berat yang bernama otoritarianisme dibawah rezim pemerintahan Soeharto. Orang atau masyarakat pada umumnya merasa boleh melakukan apa saja karena terbebas dari belenggu kekuasaan. Tentu saja implikasinya luas sekali, baik untuk masa transisi itu sendiri maupun masa-masa yang akan datang.¹⁷¹

Di kalangan ahli hukum, minimal ada dua pendapat mengenai hubungan kausalitas antara politik dan hukum. Kaum idealis yang lebih berdiri pada *das sollen* mengatakan bahwa hukum harus mampu mengendalikan dan merekayasa perkembangan masyarakat, termasuk kehidupan politiknya. Penulis seperti Roscoe Pound telah lama berbicara tentang "*law as a tool of social engineering*". Sebagai keinginan tentu saja wajar jika ada upaya untuk meletakkan hukum sebagai penentu arah perjalanan masyarakat karena dengan itu fungsi hukum untuk menjamin ketertiban dan melindungi kepentingan masyarakatnya akan menjadi lebih relevan.¹⁷²

Tetapi kaum realis seperti Savigny mengatakan bahwa hukum selalu berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat dalam suatu negara, ini berarti bahwa hukum mau tidak mau juga bergantung pada

171. ¹⁷¹ Afan Gaffar, *ibid.*, hlm. 316.

172. ¹⁷² Mahfud MD, *op cit.*, hlm 71-72.

keadaan di luarnya, terutama keadaan politik. Memang dalam kenyataannya hukum itu lahir sebagai refleksi dari konfigurasi politik yang melatarbelakanginya, dalam artian sebagai kristalisasi dari kehendak politik.

Dapat dikatakan bahwa ketika reformasi konstitusional terjadi tentu saja amandemen adalah merupakan kristalisasi dari kehendak politik, dan ini berarti penguatan kepentingan tersebut dilakukan melalui amandemen. Itulah sebabnya amandemen dalam berbagai realitas, belum membuahkan keseimbangan kehidupan demokrasi dan hukum di Indonesia. Masih belum ditemukannya mekanisme yang pas dalam pembagian kekuasaan menjadi agenda utama lintas generasi.

Sebagaimana diungkapkan oleh Sadjipto Rahardjo bahwa, kalau kita melihat sub-sistem politik dan hukum, tampak wilayah politik memiliki konsentrasi energi yang lebih besar, sehingga hukum selalu berada pada posisi yang lemah. Itulah sebabnya, pakar seperti Sri Soemantri juga kerap mengeluh bahwa perjalanan politik dan hukum di Indonesia ini ibarat perjalanan kereta api di luar relnya, artinya, banyak sekali praktik politik secara substansif seringkali bertentangan dengan aturan-aturan hukum positif.

Uraian di atas dimaksudkan untuk menegaskan bahwa di dalam kenyataan empiris, politik sangatlah menentukan bekerjanya hukum. Hal demikian dapat dilihat pada sistem orde lama dan Orde Baru, dan kini menjadi tantangan masyarakat yang lahir dari reformasi untuk terlepas dari tradisi hegemoni politik atas hukum, dan segera menyiapkan strategi untuk sebuah kehidupan hukum dan politik yang demokratis, paling tidak adalah bisa seimbang.

C. CIVIL SOCIETY, NEGARA, DAN SIFAT KEKUASAAN

1. Reformasi Perspektif Sosiologis; Pilihan Menuju Indonesia Baru

Seperti yang telah diuraikan pada sub sebelumnya, reformasi adalah sebuah pilihan, sebagai pilihan dalam rangka menuju Indonesia baru,

tentu yang menjadi poros dari perubahan tersebut adalah masyarakat. Perlunya strategi perbaikan kondisi masyarakat dimasa transisi kini menjadi tuntutan nasional, sebab secara empiris, pada umumnya kapasitas masyarakat madani atau *civil society* di berbagai daerah di Indonesia tidak sama dan integritasnya masih lemah.

Indonesia sebagai negara plural tentulah satunya beragam kelompok primordial menjadi penting untuk di agendakan secara nasional secara serius. Sebab ikatan-ikatan primordial menjadi harapan sebagai kekuatan hukum adat (legitimasi tradisional), yang seringkali bertentangan dengan negara. Artinya, selain kesetiaan terhadap bangsa masyarakat primordial juga terikat pada kesetiaan-kesetiaan lain yang berakar dari ikatan-ikatan primordialnya.¹⁷³ Di Indonesia ketegangan sosial yang mengancam ikatan kebangsaan seingkali muncul karena kesetiaan kelompok-kelompok primordial kepada ikatan primordialnya.

Berikut elaborasi dari pemikiran Affan Gaffar, mengenai *civil society* yang penting untuk dipelajari:

Transnational Civil Society Development

Sebelum membahas lebih jauh, perlu kiranya untuk meninjau terlebih dahulu apa yang dimaksud dengan *civil society* tersebut? Dan bagaimana hubungannya dengan negara (*state*)?. Ada beberapa pandangan mengenai ini, di antaranya ada yang menekankan kepada ruang (*space*),¹⁷⁴ di mana individu dan kelompok masyarakat dapat saling berinteraksi dengan semangat toleransi. Di dalam ruang (*space*) tersebut, masyarakat dapat melakukan partisipasi dalam pembentukan kebijaksanaan publik dalam suatu negara.

Civil society merupakan suatu bentuk hubungan antara negara dengan sejumlah kelompok sosial, namun sifatnya independen terhadap negara (Eisenstadt). Namun menurut Eisenstadt, masyarakat tersebut bukanlah masyarakat yang secara mudah kita artikan, masyarakat yang dimaksudkan ialah masyarakat yang memiliki komponen tertentu sebagai

173. ¹⁷³ Mahfud MD, *loc cit.*, hlm. 72.

174. ¹⁷⁴ Afan Gaffar, *op cit.*, hlm. 177.

syarat dari masyarakat yang disebut *civil society* itu. Komponen tersebut meliputi empat hal, yakni:¹⁷⁵

Otonomi

Dengan otonomi dimaksudkan bahwa sebuah *civil society* haruslah sebuah masyarakat yang terlepas sama sekali dari pengaruh negara, apakah itu dalam bidang ekonomi, politik, ataupun bidang sosial. Dalam masyarakat seperti itu, segala bentuk kegiatannya sepenuhnya bersumber dari masyarakat itu sendiri, tanpa ada campur tangan dari negara, dan negara hanyalah fasilitator.

Makna dari otonomi *civil society* di sini adalah kemandirian dalam melakukan inisiatif untuk melakukan kegiatan dan kemandirian dari intervensi negara yang tidak seharusnya dilakukan. Demikian juga dengan kemandirian dalam bidang politik, organisasi politik seperti partai-partai politik, organisasi massa, kelompok kepentingan, dan kelompok penekan. Dapat melakukan apa saja, sepanjang hal yang dilakukan itu tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku.

Akses masyarakat terhadap lembaga negara

Yang kedua adalah akses masyarakat terhadap lembaga negara, dalam konteks hubungan antara negara dan masyarakat, setiap warga negara, baik secara sendiri-sendiri maupun kelompok harus mempunyai akses terhadap *agencies of state*. Artinya, individu dapat melakukan partisipasi politik dengan berbagai bentuknya, apakah dengan menghubungi pejabat untuk menyampaikan aspirasi mereka, atau dengan terlibat secara langsung ataupun tidak dalam organisasi politik yang ada.

Arena publik yang otonom

Yang dimaksud dalam komponen yang ketiga ini ialah, mengenai tumbuh dan berkembangnya arena publik yang bersifat otonom, di mana berbagai organisasi sosial dan politik mengatur diri mereka sendiri. Arena publik adalah suatu ruang tempat warga negara mengembangkan dirinya secara maksimal dalam aspek kehidupan, bidang ekonomi maupun bidang

175. ¹⁷⁵ Afan Gaffar, *Ibid.*, hlm. 181-184.

lainnya. Artinya antara negara dan masyarakat harus saling memberikan pengakuan atas otoritas masing-masing, di satu pihak negara tidak harus dengan sewenang-wenang menyatakan kehendaknya terhadap masyarakat, dan masyarakat tidak perlu memilih jalan yang bersifat anarkis di dalam menyampaikan kehendak dan aspirasi mereka.

Arena publik yang terbuka

Yaitu arena publik yang terbuka bagi semua lapisan masyarakat, tidak dijalankan dengan cara yang bersifat rahasia, eksklusif, dan setting yang bersifat korporatif. Pertanyaan pentingnya adalah, apakah yang merekatkan hubungan antara berbagai kelompok sosial yang tumbuh dan berkembang itu serta bagaimana hubungan mereka dengan negara? Eisenstadt menjelaskan, bahwa yang mengikat mereka satu sama lain adalah kehadiran lembaga-lembaga tertentu dan ideologi.

Lembaga tersebut yang paling utama adalah lembaga perwakilan, selain lembaga yang inheren dengan negara, juga lembaga yang di luar kelembagaan negara [satuan masyarakat hukum adat]. Lembaga yang di luar lembaga negara utama ini dimaksudkan untuk menghindari hegemoni negara, ataupun kelompok kepentingan tertentu, atau kelas tertentu, dan lembaga yang dimaksud ini menjadi proteksi rakyat atas negara agar kemudian menciptakan akuntabilitas pejabat negara ataupun penguasa.

Dalam konteks *civil society* di Indonesia, pertanyaan yang paling awal yang harus dijawab adalah, apakah di Indonesia sudah terwujud *civil society*? Kalau belum, apakah yang menghambatnya? Kalau sudah dan sedang mengalami proses, maka bagaimanakah prospeknya?¹⁷⁶ Menurut Afan Gaffar, secara sederhana dapat dikatakan bahwa apa yang disebut *civil society* di Indonesia belum dapat ditemukan, karena masyarakat Indonesia baru saja atau tengah menghadapi proses transformasi sosial, di satu pihak dan di pihak yang lain, dimensi kekuasaan negara sangatlah besar dan masih mempengaruhi seluruh aspek kehidupan masyarakat.

¹⁷⁶ Afan Gaffar, *Ibid.*, hlm. 186.

Bagaimanapun juga, membicarakan *civil society*, tidak mungkin melupakan transformasi sosial yang membawa masyarakat pada satu tahap, seperti modernitas.

Tahapan modernitas inilah yang kemudian dalam dimensi masyarakat di level bawah terjadi pendangkalan, serta gesekan terhadap arus modernitas. Pergesekan ini dikhawatirkan akan meruntuhkan *consensus* (kesepakatan) antara nilai dan norma dalam masyarakat Indonesia, yang telah berwujud menjadi konstitusi (UUD 1945). Karena itu, modernisasi sebagai sebuah gelombang yang dibawa oleh arus global, pasti akan membawa serta imperialisme dalam bentuk baru, terutama dari sudut ekonomi.

Kecendrungan yang lain ialah konsekuensi distorsi dengan negara menyebabkan hubungan dalam sebuah masyarakat menjadi tidak seimbang, terutama dalam rangka menciptakan kondisi masyarakat sipil yang berdaulat. Ada bagian lain menguat, dan ada bagian lain dari masyarakat yang melemah, untuk itu, dibutuhkan sebuah pra-kondisi untuk menciptakan *civil society* di Indonesia, dan juga untuk mengatasi ketimpangan yang terjadi di intern masyarakat itu sendiri.

Pra-kondisi tersebut ialah: *civic existence*, di mana merupakan ruang sekaligus aturan main yang diperlukan untuk membuat setiap kelompok masyarakat dapat hadir dan eksis dalam ruang tersebut. Setiap kelompok maupun individu bisa mengembangkan potensinya secara optimal dan mengaktualisasikan dirinya; berikutnya adalah *civic sistem*, ialah mekanisme berbagai kelompok dalam ruang interaksi untuk ikut menentukan berbagai proses pengambilan keputusan yang mempengaruhi dirinya. Tingkat partisipasi masyarakat ini dipengaruhi oleh sumber kekuasaan dalam bentuk informasi.

Dalam arena masyarakat sipil, penguasaan informasi hanya oleh sekelompok orang tentu akan mendistorsi mekanisme interaksi antar

komponen masyarakat, ketersediaan informasi ini akan menjadi salah satu pra-kondisi dalam bentuk *civic engagement*.¹⁷⁷

Transnational Civil Society Movement

Pembudayaan, pemasyarakatan, dan pendidikan hukum (*law socialitation and law education*) dalam rangka menciptakan masyarakat yang sadar hukum seringkali dianggap tidak penting.¹⁷⁸ Setelah membahas pentingnya pra-kondisi pembangunan masyarakat sipil (*civil society*) sebagai pilar dari demokratisasi, selanjutnya adalah mengenai pergerakannya, serta prospeknya dalam Indonesia, sebagai negara dengan kondisi masyarakat yang baru melewati rezim otoritarian, dan tengah dalam masa transisi demokrasi tentulah ini bukan hal yang mudah.

Menurut Linz dan Stepan, dalam sebuah negara ada tiga kelompok masyarakat,¹⁷⁹ yaitu: (1) masyarakat ekonomi yang oleh Antonio Gramsci disebut dengan masyarakat privat; (2) masyarakat politik selaku institusi yang memiliki instrument untuk mendominasi; dan (3) masyarakat sipil yang merupakan perwujudan rakyat kebanyakan (proletar) sebagai sistem kelas sosial yang di hegemoni.

Sebagai sistem masyarakat yang di hegemoni, menurut Riza Primahendra, masyarakat sipil memiliki potensi peran yakni sebagai katalis dialog, menjaga keseimbangan kepentingan, pemberian sinyal dan mobilisasi untuk aksi bersama dalam mewujudkan cita-cita mereka. Namun peran ini baru bisa optimal jika didukung oleh beberapa perangkat sistem, yakni; (1) tersedia sistem sipil yang mampu mengartikulasikan kebutuhan dan kepentingan kelompok masyarakat secara santun (*civilized*); dan (2) tersedianya prosedur yang dapat menjaga keseluruhan proses dalam koridor dinamika sosial yang tidak mengabaikan hak-hak fundamental individu dan komunitas. Dengan demikian masyarakat sipil

177. ¹⁷⁷ Andi Widjajanto, *Transnasionalisasi Masyarakat Sipil*, Yogyakarta: LKIS, 2007, hlm. 46-47.

178. ¹⁷⁸ Jimly Ashidique, *op cit.*, hlm. 312.

179. ¹⁷⁹ Andi Widjajanto, *loc cit.*,

dalam pergerakannya memberikan kerangka berbasis hak (*rights based framework*).

Menurut Julie Fisher, terdapat beberapa faktor kunci dalam konteks politik nasional yang dapat mempengaruhi perkembangan organisasi masyarakat sipil, baik ditingkat komunitas local maupun nasional, berikut visualisasinya:

*Faktor kunci perkembangan organisasi masyarakat sipil
Dalam konteks politik domestic*

Tipe rezim	<ul style="list-style-type: none"> a. Kebebasan berpendapat dan berserikat dapat meningkatkan Peran signifikan dari organisasi masyarakat sipil dan memperkecil kemungkinan negara menggunakan tindakan represif (di Indonesia pada masa Orde Baru kebebasan seperti ini tidak ditemukan, namun setelah reformasi terjadi, telah ada proses) b. Kelompok-kelompok oposisi, walaupun berada dalam posisi yang sama, tidak selalu menjadi aliansi masyarakat sipil dan organisasi masyarakat sipil c. Tidak terdapat hubungan otomatis antara bentuk pemerintahan dan cara perlakuan terhadap organisasi masyarakat sipil dari hulu hingga hilir
Budaya politik	Keunikan dari setiap budaya politik memiliki akar sejarah yang dapat menggambarkan hubungan dengan organisasi masyarakat sipil
Ketidakmampuan dan instabilitas negara	Negara yang memiliki institusi lemah dapat dipengaruhi oleh organisasi masyarakat sipil, akan tetapi implementasi dari kebijakan yang dihasilkan akan sulit diprediksikan keberlangsungannya. Negara yang lemah juga akan mengalami kesulitan untuk mengembangkan hubungan yang konsisten dengan organisasi masyarakat sipil. Misalnya dalam kondisi perang sipil atau konflik etnik, pemerintah cenderung meningkatkan kewaspadaan terhadap aktivitas organisasi masyarakat sipil

Sumber: Andi Widjajanto–transnasional masyarakat sipil, 2007.

Organisasi masyarakat sipil dalam konteks Indonesia di lembagakan melalui institusi-institusi, seperti media, perguruan tinggi, organisasi kemasyarakatan, kelompok agama, dan kelompok adat. Di negara yang sedang mengalami transisi demokrasi seperti Indonesia pasca reformasi, kelompok ini haruslah memainkan penting, terutama sebagai gerakan untuk melakukan check and

balances terhadap power negara serta bekerja berdampingan dengan negara untuk menghasilkan perubahan menuju demokrasi, terutama untuk mewujudkan cita masyarakat madani (*civil society*), untuk melaksanakan pembudayaan, pemasyarakatan, dan pendidikan hukum.

Sebagai sebuah proses panjang menuju demokratisasi, untuk menciptakan iklim *civil society* di Indonesia bukanlah hal mudah. Lebih jauh soal hal tersebut, agar terlaksana, selain melalui organisasi masyarakat sipil yang mandiri, *civil society* haruslah dibangun melalui adanya *public sphere* atau ruang yang cukup yang disitu masyarakat sipil ataupun organisasi masyarakat sipil dapat dengan leluasa melakukan aktivitas sosial, politik bebas intervensi, dan kesempatan membangun ekonomi yang tidak berpihak pada golongan tertentu.

Di dalam *public sphere* ini masyarakat akan memiliki akses yang luas juga terhadap lembaga-lembaga, baik lembaga negara seperti birokrasi, lembaga perwakilan dan peradilan, maupun lembaga non-negara seperti partai politik dan kelompok kepentingan. Dan melalui *public sphere* ini segala sesuatu bisa didiskusikan secara serius dan intensif menyangkut segala hal yang berkaitan dengan negara, serta kebijakan untuk masyarakat nantinya dengan melibatkan langsung masyarakat untuk mendiskusikannya.

Oleh sebab itu, penting bagi Indonesia dalam rangka membangun iklim *civil society*, dan menguatkan serta memberdayakan masyarakat sipil sebagai proses menuju demokratisasi, untuk mulai melakukan pembenahan terutama menciptakan *public sphere* dalam setiap pengambilan kebijakannya. Sebagai tantangan reformasi, *civil society* bukanlah merupakan keniscayaan, di sinilah awal memulai langkah menuju masyarakat madani, menuju masyarakat yang otonom serta kritis

dalam mengawal pemerintahan Indonesia menuju masa depan yang lebih baik.

Untuk mewujudkan *civil society* dalam sebuah negara, sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa dalam prosesnya kemudian masyarakat akan tergiring ke dalam sebuah tahap yakni modernisasi, dan Indonesia tengah mengalami hal ini. Sudah barang tentu, dampak-dampak negatif tersebut turut serta dalam arus yang di bawa oleh tahap ini, terutama bagi masyarakat Indonesia, yang bertipikal tradisional, serta menjunjung tinggi adat dan budaya bangsa.

Gamang dalam Kepungan Global

Masyarakat senantiasa mengalami perkembangan, tahap-tahap tersebut bisa ditelusuri misalnya secara teologis, pengetahuan animisme, telah bergeser menuju dinamisme dari dinamisme menuju ke politeisme, dan politeisme menuju konsep monoteisme. Demikian pun menyangkut paradigma ilmu pengetahuan, dari teosentris, ke empirisme, dari empiris ke rasionalisme, dari rasionalisme ke positivisme, dari positivisme ke materialisme, dari materialisme ke idealisme dan pada tataran tertentu intuisiisme juga mendapat posisinya sebagai paradigma ilmu pengetahuan. Berbagai simbol telah diciptakan manusia untuk dilekatkan mewakili bahasa manusia dalam menyebut pergeseran paradigma pemikiran dan pengetahuan manusia dari waktu ke waktu¹⁸⁰.

180. ¹⁸⁰ Masing-masing tokoh menyebutkan model pergeseran konsep mereka tentang pergeseran pemikiran sangat beragam. Meski terkadang tidak berurutan secara kronologis di sinilah yang menjadikan sejumlah aliran-aliran pemikiran dalam filsafat semakin berkembang. Aliran tersebut melingkupi rasionalisme, empirisme, materialisme, positivisme, idealisme, pragmatisme, eksistensialisme, perenialisme dan lain sebagainya. Masing-masing aliran memiliki model gaya dan karakter pemikiran yang berbeda sesuai dengan kecenderungan masing-masing. Masing – masing aliran muncul sebagai reaksi atas aliran yang lain yang dianggap terdapat anomali dan krisis sehingga diperlukan paradigma baru dalam menyelesaikannya. Secara lebih dalam berkaitan dengan pergeseran paradigma positivisme ke postpositivisme baca tulisan Alex Rosenberg, *Philosophy of Science; A Contemporary Introduction*, New York: Routledge, 2005, hal 146-168 dan juga buku kecil Seri posmodernisme Karangan Ziauddin Sardar, *Thomas Kuhn dan Perang Ilmu*, Penerjemah Sigit Djatmik, Yogyakarta: Jendela, 2002, hal. 13-64

Terkait modernisasi melalui pengetahuan modern [tahapannya masyarakat yang harus dilewati], Foucault memberikan kritik yang tajam terhadap hal ini, Menurutnya pengetahuan moderen telah menciptakan kebenaran melalui produksi pengetahuan ilmiah yang disebarakan melalui institusi-institusi seperti Universitas, angkatan bersenjata, dan media. Penciptaannya ini tidak dapat dilepaskan dari hasrat kekuasaan untuk melakukan kontrol. Ini dikenal sebagai wacana *developmentisme*, yang menurut pendekatan post-strukturalisme dalam teori pembangunan berpendapat bahwa wacana *development* bukanlah wacana yang netral.

Di balik wacana tersebut (*developmentalisme*), sesungguhnya tersimpan “nafsu negara-negara maju” untuk mengontrol dan menguasai politik dan ekonomi negara dunia ketiga. Melalui *discourse developmentalis*, dunia pertama menetapkan kontrol terhadap negara dunia ketiga, di mana dunia ketiga pertama-tama diberi label “kekurangan” dan berada dalam kondisi keterbelakangan, kemudian untuk dunia ketiga selanjutnya perlu belajar mengikuti jalan yang pernah ditempuh masyarakat Barat.

Dengan berhasil melakukan hegemoni wacana terhadap masyarakat dunia ketiga, maka *Developmentalisme* akhirnya berhasil melakukan penunggalan impian dan tujuan pembangunan masyarakat dunia ketiga,serta cara untuk mencapinya. Dengan demikian ide ini tidak memberi ruang bagi pengetahuan lain di luar pengetahuan yang mendukung *developmentalisme* untuk tumbuh dan berkembang. Hal ini tentu saja menindas dan bahkan mematikan pengetahuan yang berbeda dengan teori-teori modernisasi seperti Pengetahuan lokal misalnya cara pertanian tradisional, kelembagaan sosial yang dimiliki masyarakat tradisional, pendidikan tradisional seperti pesantren.

Singkat kata, kaum *developmentalis* berpendapat pengetahuan lokal, tradisional dan pengetahuan lain di luar pengetahuan moderen adalah pengetahuan yang menghambat masyarakat menuju kemajuan. Oleh karena itu, pengetahuan tersebut harus diubah dan digantikan dengan

pengetahuan moderen. Pada akhirnya *developmentalisme* tidaklah membuat masyarakat dunia ketiga pada kondisi yang lebih baik. Penindasan terhadap pengetahuan lokal telah mematikan pengetahuan lokal yang telah tumbuh dan berkembang di dalam masyarakat. Akibatnya teori-teori pembangunan modernisasi tidak mempunyai akar yang kuat di dalam masyarakat dunia ketiga.

Teori ini (*developmentalisme*) juga membuat masyarakat dunia ketiga mempunyai ketergantungan terhadap produk dan modal dari negara maju, sebab ukuran pembangunan mereka mengikuti kriteria dan cara yang telah ditentukan oleh masyarakat barat, akibatnya negara dunia ketiga semakin berada dalam kontrol negara barat. Selanjutnya, pertentangan juga muncul dari kelompok postmodernisme, yang merupakan suatu pergerakan ide yang menggantikan ide-ide zaman modern.

Zaman modern dicirikan dengan pengutamaan rasio, objektivitas, totalitas, strukturalisasi/ sistematisasi,¹⁸¹ universalisasi tunggal dan kemajuan sains.¹⁸² Postmodern memiliki ide cita-cita, ingin meningkatkan kondisi sosial, budaya dan kesadaran akan semua realitas serta perkembangan dalam berbagai bidang. Postmodern mengkritik modernisme yang dianggap telah menyebabkan sentralisasi dan universalisasi ide di berbagai bidang ilmu dan teknologi, dengan pengaruhnya yang mencengkram kokoh dalam bentuk globalisasi dunia.

181. ¹⁸¹ Louis Leahy, *Manusia Sebuah Misteri; sintesa filosofis makhluk paradoks*, Jakarta: Gramedia, 1985, hlm. 271.

182. ¹⁸² Di sini lain muncullah Gerakan anti strukturalis yang disebut dengan gerakan poststrukturalis dan beberapa penulis menyebutkan dengan superstrukturalis. Konsep ini berkembang sebagai gerakan ingin melakukan kritik serius atas pemikiran strukturalis kaum modernis yang telah melumpuhkan nalar kreatif manusia yang hidup dalam kancah kontemporer. Aliran poststrukturalisme mengandung arti sebuah gerakan filsafat yang merupakan reaksi terhadap strukturalisme dan membongkar setiap klaim akan oposisi berpasangan, hierarki berjenjang, dan validitas kebenaran universal dan kemudian mengajukan konsep baru dengan menjunjung tinggi permainan bebas tanda serta ketidakstabilan makna dan kategorisasi intelektual. Untuk mendapatkan gambaran lebih utuh baca Karua Richhard Harland, *Superstrukturalisme: Pengantar komprehensif kepada semiotika, strukturalisme dan poststrukturalisme*, Yogyakarta: Jalasutra, 2006.

Prinsip postmodernisme adalah meleburnya batas wilayah dan pembedaan antar budaya tinggi dengan budaya rendah, antara penampilan dan kenyataan, antara simbol dan realitas, antara universal dan peripheral dan segala oposisi biner lainnya yang selama ini dijunjung tinggi oleh teori sosial dan filsafat konvensional.¹⁸³ Jadi postmodern secara umum adalah proses *dediferensiasi* dan munculnya peleburan di segala bidang. Postmodernisme merupakan *intensifikasi* (perluasan konsep) yang dinamis, yang merupakan upaya terus menerus untuk mencari kebaruan, eksperimentasi dan revolusi kehidupan, yang menentang dan tidak percaya pada segala bentuk narasi besar (*meta naratif*), dan penolakannya terhadap filsafat metafisis, filsafat sejarah, dan segala bentuk pemikiran totalitas, dan lain-lain.

Dari paparan tersebut sebelumnya dimaksudkan, bahwa ciri dari postmodern adalah melingkupi hal-hal secara konseptual ide yang meliputi; *Pertama*, Ide yang menghendaki penghargaan besar terhadap alam ini sebagai kritik atas gerakan modernisme yang mengeksploitasi alam; *Kedua* Ide yang menekankan pentingnya bahasa (Hermeneutik, Filologi) dalam kehidupan manusia dengan segala konsep dan analisisnya yang kompleks, ini sebagai antitesa atas kondisi modernisme atas kuasa tafsir oleh mesin birokrasi ilmu pengetahuan; *Ketiga*, Ide besar untuk mengurangi kekaguman terhadap ilmu pengetahuan, kapitalisme, dan teknologi yang muncul dari perkembangan modernisme. Dengan alasan bahwa semua itu telah melahirkan konstruksi manusia sebagai obyek yang mati dalam realitas kehidupannya. Sehingga menjauhkan manusia dari humanismenya itu sendiri; *Keempat*, ide pentingnya inklusivitas dalam menerima tantangan agama lain atas agama dominant sehingga terbuka munculnya ruang dialogis. Ini muncul sebagai akibat menjamurnya dan tumbuhkembangnya realitas modernis yang menempatkan ideologi sebagai alat pembenar masing-masing; *Kelima* sikap yang cenderung permisif dan menerima terhadap ideologi dan juga agama lain dengan

183. ¹⁸³ Bambang Sugiharto, *Postmodernisme Tantangan Bagi Filsafat*, Jakarta: Kanisius, 2000, hlm. 20.

berbagai penafsiran; *Keenam*, secara kasuistik munculnya ide pergeseran dominasi kulit putih di dunia barat; *Ketujuh*, merupakan ide-ide cemerlang yang menjadi daya dorong kebangkitan golongan tertindas, seperti golongan ras, gender, kelas minoritas secara sosial yang tersisihkan; *Kedelapan*, Ide tentang tumbuhnya kesadaran akan pentingnya *interdependensi* secara radikal dari semua pihak dengan cara yang dapat dan memungkinkan terpikirkan oleh manusia secara menyeluruh.

Dengan demikian, di tengah kepuangan globalisme seperti di paparkan di atas, masyarakat Indonesia diperhadapkan dengan beragam pilihan, sebagai negara yang sedang di mengalami transformasi modernitas. Masyarakat Indonesia kini tengah mengalami krisis multidimensi tahap dua (pasca krisis multidimensi 1998, yang kemudian memuncak menjadi reformasi), beberapa kecendrungan masyarakat harus diperhatikan, sebab kini masyarakat Indonesia bukan lagi *constituen* yang memiliki *power* terhadap negara, negara juga semakin kuat, watak kekuasaan pun kini tengah bergeser secara luar biasa.

Sebagai akibat dari bergesernya paham dalam masyarakat plural di Indonesia, telah membuat terciptanya krisis-krisis di hampir semua dimensi masyarakat dan negara. Fenomena sosiologi ini merupakan tantangan Indonesia setelah reformasi konstitusional, Adapun bentuk dari krisis multidimensi yang akan merusak tatanan pluralistik bersama perangkatnya budaya dan adatnya, yang harus diantisipasi secara serius, ialah:

Hukum Sebagai Alat Kejahatan, *law as a tool of crime*, perbuatan jahat dengan menggunakan hukum sebagai alatnya sulit dilacak karena diselubungi oleh hukum dan berada dalam hukum. Di Indonesia sendiri sebagai negara hukum, fenomena seperti ini seringkali mengemuka, dan menjadi persoalan utama yang harus di selesaikan.

- *Judicial activism* adalah Kejahatan yg dilakukan aparat penegak hukum, yang menyalahgunakan jabatan untuk membuat seseorang bersalah atau tidak;
- Kecendrungan hakim mengembangkan atau memperluas pengertian hukum & peraturan konstitusi yang berlaku dengan gunakan interpretasi hukum menurut pendapatnya;
- Kecendrungan para penegak hukum untuk mengarah ke upaya memperluas/mempersempit pengertian peraturan hukum dan ketetapan konstitusi di luar kehendak pembuat peraturan hukum serta ketetapan tersebut.

Sebagai akibatnya, fenomena ini akan menciptakan *Extra judicial crime*, yakni:

- Lembaga yang terbentuk karena ketidakpuasan masyarakat terhadap kinerja penegak hukum;
- Masyarakat tidak percaya integritas moral para penegak hukum karena aparat telah melakukan penyalahgunaan wewenang;¹⁸⁴
- Masalah sosial

Secara umum masalah sosial merupakan penyimpangan perilaku individu maupun lembaga di dalam masyarakat yang dirasakan mengganggu, berbahaya dan merugikan bagi kepentingan orang banyak atau masyarakat umum, bidang-bidang permasalahan sosial di antaranya meliputi :

- 1) Folkways → Perangkat peran - Fungsi lembaga
- 2) Mores → Perilaku peran - Peran lembaga
- 3) Customs → Kegagalan berperan - Proses pelebagaan
- 4) Laws → Konflik peran - Kepentingan – lembaga

Bentuk-bentuk dari permasalahan sosial di antaranya ialah:

(1) Alienasi

184. ¹⁸⁴ Prof. Dr. Tb. Ronny Rahman Nitibaskara & Dr. Bambang Widodo Umar, *makalah Sosiologi Hukum*

Ialah ketidakberdayaan, ketidakberartian, ketiadaan norma, keterpencilan, keterasingan, ketidakseimbangan diri, Keterasingan diri atas karyanya di dalam masyarakat atau kelompok, disertai perasaan tanpa norma, tanpa arti, tanpa daya, tanpa kemampuan, tanpa perhatian, merasa rendah diri, terisolasi, dan tersingkir dalam kehidupan;

(2) Anomi yakni :

- Kondisi masyarakat yang tidak memiliki seperangkat norma dan sistem nilai yang dihayati kebenarannya, berlaku secara konsisten, dan digunakan sebagai pedoman oleh warga masyarakatnya;
- Nilai-nilai lama telah ditinggalkan sedangkan nilai baru belum terbentuk;
- Cara menerapkan nilai lama tidak sesuai dengan perkembangan, sedangkan cara baru belum ada;

(3) Anomali

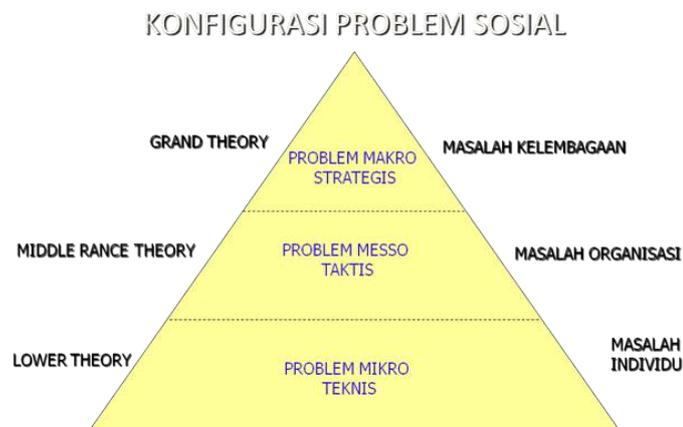
Anomali adalah proses penyimpangan fungsi-fungsi lembaga dalam masyarakat yang tidak segera diperbaiki peranannya sehingga menimbulkan kegalauan atau keadaan anomie. Bentuknya berupa pelanggaran terhadap norma-norma sosial yang telah melembaga atau mapan, tidak ada sanksi yang efektif, dan tidak melakukan perubahan secara substansial cara utk mengatasi masalah;

(4) Involusi adalah kemunduran, kemerosotan kebudayaan karena ketidakseimbangan yang terjadi di dalam kehidupan sosial sudah mencapai bentuk yang pasti, namun tidak berhasil diseimbangkan atau diubah menjadi suatu pola baru, justru terus berkembang hingga menjadi semakin rumit. Bentuknya berupa peningkatan teknik melangsungkan kehidupan atas dasar ketertutupan (*exclucivisme*), dalam konteks mekanisme daya tahan masyarakat (*defence-*

mechanisme), hingga sikap sosial mengalami dehumanisasi, kepekaan sosial menghilang, persepsi sosial menjadi kabur, kebanggaan hanya pada lambang-lambang kesuksesan, mabuk kekuasaan, materi dan panik;

(5) Polarisasi yaitu proses terjadinya dua lapisan dalam masyarakat (lapisan atas dan lapisan bawah) yang menunjukkan perbedaan sikap dan kemampuan dalam merespon ilmu pengetahuan dan teknologi serta hasil-hasil pembangunan sedemikian rupa, sehingga tingkat kesejahteraan dan kemampuan kedua lapisan itu jauh berbeda. Bentuknya antara lain adalah kesenjangan dalam kesejahteraan, pendidikan, akses dalam berpolitik dan lain-lain;

Krisis-krisis yang diuraikan tersebut pada intinya adalah merupakan proses melemahnya daya pengikat sosial berupa nilai-nilai, lembaga-lembaga, fungsi-fungsi, status-status, peranan-peranan, mekanisme, cara-cara hidup dalam masyarakat, Bentuknya berupa kontradiksi-kontradiksi sikap dan tindakan dalam bentuk arogan, brutal, agresif, anarki di masyarakat dalam menghadapi setiap kebijakan negara yang dianggap tidak selaras dengan pendapat umum. Selanjutnya problem sosial dapat di klasifikasikan sebagai berikut:



Masalah makro	<ul style="list-style-type: none"> - Hak Atas Kekayaan Intelektual. - Fungsi Lembaga Arbitase. - Sistem Kepolisian Nasional
Masalah meso	<ul style="list-style-type: none"> - Persaingan Usaha. - Kepailitan Perusahaan. - Transaksi Bisnis Nasional – Internasional. - Peranan lembaga. - Perbankan
Masalah mikro	<ul style="list-style-type: none"> - Perlindungan konsumen. - Perlindungan wanita. - PHK. - Kenakalan remaja

Dengan demikian, problem-problem masyarakat tidak hanya ada di lapisan bawah. Persoalan berada disemua lini, mulai dari makro, meso, hingga mikro yang perlu dituntaskan dalam rangka membangun *civil society*. Masalah-masalah sosial seperti yang dikemukakan sebelumnya, menjadi penting untuk diwaspadai kehadirannya di tengah situasi transisi demokrasi. Reformasi yang terjadi di Indonesia sejatinya dipahami bukan saja mengenai reformasi sistem pemerintahan, akan tetapi juga reformasi dalam rangka menyatukan kembali satuan kelompok masyarakat yang terpecah belah, serta mempersiapkan pra-kondisi untuk terciptanya *civil society* di negeri ini, juga sebagai sebuah langkah politik hukum untuk menuntaskan persoalan baik di level makro hingga mikro.

2. Harapan Membangun Negara Hukum Demokratis

Sebagai sebuah harapan, selain sistem pemerintahan yang dibenahi, kondisi masyarakat juga perlu untuk di pahami problematikanya, melalui pembacaan secara empiris mengenai kondisi masyarakat Indonesia kini. Arus global yang begitu deras telah membawa serta kepentingan global khususnya penguasa-

penguasa internasional untuk melirik potensi serta ingin menguasai sektor-sektor penting dalam negara yang baru saja melakukan reformasi seperti Indonesia.

Arus demikian juga menyebabkan masyarakat kebingungan hendak bertahan sebagai masyarakat tradisional atautkah modern, menjadi dilematis, apakah harus meninggalkan cara-cara lama yang tradisional dan mulai menerima cara-cara baru yang cenderung tidak lagi menempatkan nilai dan norma sebagai pandangan hidup.

Di samping itu, dalam dimensi masyarakat tertentu beberapa praktek tersebut telah terjadi, kejahatan-kejahatan dengan beragam modus, masalah-masalah sosial seperti alienasi, anomie, anomali, involusi, dan polarisasi yang semakin tampak sesungguhnya memberikan sinyal kepada negara agar menuntaskan ini semua, bahwa reformasi konstitusional adalah kesepakatan untuk tetap berada dalam pondasi tatanan nilai dan norma kehidupan kebangsaan. Masyarakat sebagai elemen penting tersebut haruslah diselamatkan dari kepungan paham global yang mulai memporak-porandakan baik dari sistem pemerintahan hingga budaya dan adat melalui *influence* terhadap pola hidup serta penguasaan atas ekonomi strategis.

Di tengah transisi demokrasi menuju demokrasi yang sedang berlangsung dengan sangat intensif ini, sebagian pakar menyebutkan bahwa sudah waktunya untuk memikirkan tentang format demokrasi yang tepat untuk masyarakat Indonesia, selain wacana *civil society*, serta masalah-masalah sosial yang dikemukakan sebelumnya. Pertanyaannya adalah bagaimana kita menemukan sebuah “*a workable democracy*”, yakni demokrasi yang dapat berfungsi, yang menjamin stabilitas politik dan terpeliharanya kesatuan dan persatuan bangsa, serta memungkinkan pemerintah mampu melaksanakannya secara maksimal?

Melalui proses perubahan sosial yang berjalan selama seperempat abad diharapkan akan memunculkan kelas menengah di Indonesia yang secara teoritik akan membantu proses demokratisasi menuju sebuah kehidupan politik dan hukum yang demokratis. Namun pada kenyataannya kelas menengah yang diharapkan ini masih terlampau sedikit untuk berperanan dalam sebuah demokrasi. Ketimpangan sosial yang terjadi dalam masyarakat semakin kuat, terutama ketimpangan antar golongan, ditopang ketimpangan antar sektor dan regional.

Adapun masalah pokok yang berkaitan dengan negara adalah watak kekuasaan, kehidupan negara adalah suatu proses pembentukan dan penggantian yang terus berlangsung, menurut Gramsci yang harus dilakukan adalah menyatukan dua tingkat dua tingkat suprastruktur utama, yakni; pertama, seperti yang sudah penulis bahas dalam sub sebelumnya yakni masyarakat sipil, yaitu bagian dari kelompok yang biasanya disebut “private”, dan yang kedua adalah masyarakat politik atau negara. Keduanya di satu sisi, memiliki fungsi-fungsi hegemoni yang dilakukan oleh kelompok dominan dalam masyarakat, dan di sisi lain juga mempunyai fungsi-fungsi dominasi langsung yang dilakukan oleh negara dan pemerintahan yakni hukum.¹⁸⁵

Sepintas ini tampak seperti perang posisi, tetapi yang jelas akan berimplikasi pada pelaksanaan politik dan hukum. Pertanyaan yang patut diajukan dari perang posisi ini ialah, apakah pembentukan pola budaya politik dan budaya hukum Indonesia bersifat negatif ataukah positif terhadap pembentukan *civil society* di Indonesia guna menyongsong proses demokratisasi di masa-masa yang akan datang?

Menata Kultur politik

185. ¹⁸⁵ Roger Simon, *Gagasan Politik Gramsci*, Yogyakarta: Insist bekerjasama dengan Pustaka Pelajar, 2004, hlm. 102.

Teori tentang budaya politik merupakan salah satu bentuk teori yang dikembangkan dalam memahami suatu sistem politik. Di antara kalangan teoritis dalam ilmu politik yang sangat berperan dalam mengembangkan teori kebudayaan politik adalah Gabriel Almond dan Sidney Verba. Menurut keduanya, budaya politik merupakan sikap individu terhadap sistem politik dan komponennya, juga sikap individu terhadap peranan yang dapat dimainkan dalam sebuah sistem politik.¹⁸⁶ Budaya politik tidak lain daripada orientasi psikologis terhadap objek sosial, dalam hal ini sistem politik kemudian mengalami proses internalisasi ke dalam bentuk orientasi yang bersifat *cognitive, affective, dan evaluative*.

Orientasi yang bersifat kognitif menyangkut pemahaman dan keyakinan individu terhadap sistem politik dan atributnya, seperti tentang ibukota negara, lambang negara, kepala negara, batas-batas negara, mata uang yang dipakai, dan lain sebagainya. Sementara itu, orientasi yang bersifat afektif menyangkut ikatan emosional yang dimiliki oleh individu terhadap sistem politik. Jadi, menyangkut *feelings* terhadap sistem politik. Sedangkan orientasi yang bersifat evaluatif menyangkut kapasitas individu dalam rangka memberikan penilaian terhadap sistem politik yang sedang berjalan dan bagaimana peranan individu di dalamnya.

Dengan sikap dan orientasi seperti itu, kemudian terbentuklah budaya politik yang berbeda. Misalnya, dalam masyarakat yang sikap dan orientasi politiknya di dominasi oleh karakteristik yang bersifat kognitif akan terbentuk budaya politik yang parokial. Sementara, dalam sebuah masyarakat yang sikap dan orientasi politiknya diwarnai oleh karakteristik yang bersifat afektif, maka akan terbentuk budaya politik yang bersifat subjektif.

Akhirnya masyarakat akan memiliki kompetensi politik yang tinggi, di mana warga masyarakat mampu memberikan evaluasi

186. ¹⁸⁶ Afan Gaffar, *op cit.*, hlm. 99.

terhadap proses politik yang berjalan, dan akan terbentuk sebuah budaya politik yang bersifat partisipatif. Selanjutnya budaya politik demokratik, dalam hal ini budaya politik yang partisipatif, akan mendukung terbentuknya sebuah sistem politik yang demokratik dan stabil. Budaya politik yang demokratik ini menyangkut suatu kumpulan sistem keyakinan, sikap, norma, persepsi, dan sejenisnya, yang menopang terwujudnya partisipasi.

Almond dan Verba menjelaskan, bahwa keyakinan akan kemampuan seseorang merupakan kunci bagi sebuah sikap politik, dan keyakinan tersebut juga merupakan kunci bagi terbentuk dan terpeliharanya demokrasi. Dan dalam melakukan proses akulturasinya, proses pembentukan budaya politik itu dilakukan melalui apa yang disebut sebagai sosialisasi politik, namun perlu di ingat juga bahwa hal tersebut dapat terwujud jika ada kesadaran politik yang tinggi di lapisan bawah masyarakat Indonesia. Dalam konteks Indonesia, sulit untuk melakukan identifikasi budaya politiknya, menurut Afan Gaffar, hal ini disebabkan oleh:

- 1). Hierarchy yang tegar;
- 2). Kecendrungan *patronage* (interaksi yang bersifat resiprokal atau timbal balik);
- 3). Kecendrungan neo-patrimonialistik (mempersesikan segala sesuatunya secara pribadi).

Oleh karena itu, secara praksis memang untuk merealisasikan budaya politik tentu bukanlah hal yang mudah, apalagi dengan kultur Indonesia yang dirumuskan dalam tiga faktor tadi. Namun bukanlah berarti ini menjadi suatu keniscayaan, tentu ini menjadi agenda masa depan dalam rangka demokratisasi, terlepas dari komponen-komponen teori ini apakah masih relevan atau tidak, namun penting bagi masyarakat Indonesia untuk sadar politik, agar lebih cermat dalam mengawal dan menyuarkan aspirasinya.

Memmingkai Budaya hukum

Konsep mengenai budaya hukum adalah konsep yang relative masih baru dalam kajian hukum pada umumnya dan perkembangan kajian hukum di negara kita pada khususnya. Konsep tentang budaya hukum ini untuk pertama kalinya diperkenalkan oleh Lawrence M. Friedmann pada tahun 1969. Menurut Friedmann, setiap sistem hukum (*legal sistem*) selalu mengandung tiga komponen atau unsur, yaitu unsur substansial, unsur struktural, dan unsur kultural (budaya).

Unsur ketiga yang oleh Friedmann disebut budaya hukum, adalah sebagai “bensinnya motor keadilan”, yang selanjutnya dirumuskan sebagai sikap-sikap dan nilai-nilai yang ada hubungannya dengan hukum dan sistem hukum. Menurutnya, apa yang disebut sebagai budaya hukum itu adalah tidak lain dari keseluruhan faktor yang menentukan bagaimana sistem hukum memperoleh tempatnya yang logis dalam kerangka budaya milik masyarakat umum. Secara singkat dapat dikatakan bahwa apa yang disebut budaya hukum ini adalah keseluruhan sikap warga masyarakat dan sistem nilai-nilai yang ada dalam masyarakat yang akan menentukan bagaimana seharusnya hukum itu berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan.¹⁸⁷

Bilamana kita melihat bekerjanya hukum semata-mata dari segi struktural saja, maka kita akan terpaku pada kerangka bekerjanya sistem hukum sebagaimana yang telah digambarkan dalam peraturan-peraturan hukum yang berlaku. Demikian pun jika hanya dilihat dari segi substansialnya saja, maka yang tampak adalah hukum sebagai seperangkat norma yang logis dan konsisten dan bersifat otonom, dalam hal ini hukum menjadi dogmatis sehingga realitas sosial terlupakan.

Dengan dimasukkannya unsur budaya dalam rencana strategis Indonesia dimasa depan, maka tentulah akan terlihat hukum secara

187. ¹⁸⁷ Soetanto Soepiadhy, *UUD 1945–Kekosongan Politik Makro*, Jakarta: KEPEL PRESS, 2004, hlm. 39-40.

lebih realistis, yaitu hukum sebagaimana apa adanya dalam kehidupan masyarakat. Dengan demikian budaya hukum akan berfungsi sebagai 'jiwa' yang akan menghidupkan mekanisme hukum secara keseluruhan. Selain itu juga dengan melalui budaya hukum ini mekanisme monitoring akan lebih leluasa, misalnya melalui penakaran efektifitas sebuah kebijakan pemerintah.

Sebagaimana budaya politik, budaya hukum juga menitik beratkan pada kesadaran masyarakat atas hukum, terutama ialah mengenai hak dan kewajibannya, terkait tujuan terciptanya *civil society*, maka budaya hukum perlu di sosialisasikan melalui diskursus-diskusur terkait persoalan implementasi hukum sejauh ini, apakah sudah tepat atautkah masih jauh dari cita keadilan. Budaya hukum ini juga dimaksudkan sebagai gerakan pembangunan kekuasaan yudikatif yang berpihak kepada rakyat, serta otonom dan bebas intervensi politik kepentingan.

3. Perang Posisi Dalam Ketatanegaraan Indonesia

Apabila dilihat secara keseluruhan perjalanan sejarah ketatanegaraan di Indonesia, kita dapati framing yang menarik tentang bagaimana tolak-tarik politik-hukum terjadi. Momentum reformasi pada pertengahan tahun 1998 telah memudahkan pintu masuk bagi proses kesepakatan (*consensus*) politik dan hukum untuk menata kembali negara Indonesia, dimulai dari amandemen UUD 1945 secara menyeluruh dan bertahap, juga mengusung isu-isu sentral dan strategis antara lain, penegakkan demokrasi, hukum, dan hak asasi manusia (HAM), serta otonomi daerah.

Tujuannya adalah untuk mewujudkan penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara agar lebih demokratis serta dalam rangka mendorong percepatan tercapainya kesejahteraan rakyat. Untuk itu, maka perubahan mendasar dalam berbagai tatanan kehidupan kenegaraan dan kemasyarakatan dilakukan baik dalam suorasutruktur maupun infrastruktur politik,

penegasan jaminan terhadap hak-hak konstitusional warga negara, serta merespons perkembangan global yang memungkinkan sebagai bangsa yang berdaulat bisa berdiri tegak bersaing dalam kompetisi.

Tahapan-tahapan sejarah yang telah dilalui Indonesia hingga kemudian sampai pada momentum reformasi ini tentulah bukan sebuah proses yang singkat, akan tetapi melalui tahap-tahap yang sulit dan panjang, bahkan penuh pengorbanan. Bahwa dalam sepanjang perjalanan ketatanegaraan Indonesia ternyata telah terjadi yang oleh Mahfud MD disebut tolak-tarik antara langgam demokrasi dan langgam otoritarian. Menurut penulis, juga merupakan pergulatan ideology dan kepentingan politik antar golongan yang telah terstruktur di dalam kekuasaan negara. Di antaranya golongan kebangsaan atau nasionalis sekuler dan golongan islam atau nasionalis religius, sebagaimana tercermin Dewan Konstituante.

Sistem demokrasi sendiri menurut penulis, telah dimulai dari pengangkatan Presiden dan Wakil Presiden, yang kemudian disusul oleh lahir dan berubahnya posisi KNIP melalui Maklumat Wakil Presiden No. X tahun 1945 yang kemudian menimbulkan polemik, dan ini adalah akibat dari kekosongan politik di level makro. Ada beberapa hal yang perlu di kritisi di tahap ini yakni; perubahan kedudukan KNIP dari yang semula sebagai pembantu Presiden berubah menjadi MPR dan DPR berarti telah terjadi perubahan sistem pemerintahan dari Presidensil menjadi Parlementer yang dibuktikan bahwa menteri-menteri tidak lagi bertanggung jawab kepada Presiden, tetapi bertanggung jawab kepada parlemen KNIP.

Perubahan seperti ini tidak dikenal dalam UUD 1945, namun sistem seperti ini terus berjalan hingga 27 desember 1949 dan UUD 1945 sendiri secara tekstual tidak mengalami perubahan. Di sisi yang lain, keinginan membentuk pemerintahan yang demokratis

berbasis partisipasi masyarakat dilakukan dengan Maklumat Pemerintah tanggal 3 november 1947 tentang pembentukan Partai Politik, sehingga berlakulah sistem parlementer dengan multipartai. Hal ini juga merupakan penyimpangan terhadap pelaksanaan UUD 1945 yang menganut sistem presidensial, walaupun memang jika kita kaji lebih jauh sistem presidensial yang dianut sendiri merupakan bentuk sistem presidensial yang tidak murni (*quasi presidensial*).

Adapun perubahan konstitusi dari UUD 1945 ke Konstitusi RIS adalah merupakan hasil dari intervensi Belanda dengan melakukan politik konfrontasi, di level Internasional (PBB) melalui konferensi meja bundar (KMB) yang menghasilkan keputusan berdirinya Republik Indonesia Serikat yang terdiri dari negara-negara bagian yaitu Republik Indonesia dan BFO (*byeenkomst voor federal overlag*). Atas dasar kepentingan tersebut disusunlah sebuah konstitusi baru oleh delegasi RI dan delegasi BFO, rancangan tersebut kemudian ditetapkan pada tanggal 27 desember 1949 dan diberi nama Konstitusi Republik Indonesia Serikat. Tahap ini disebut sebagai tahap demokrasi liberal, demikianpun dengan muatan konstitusinya yang sarat dengan paham liberal, dan konstitusi ini juga tidak sanggup mengakomodir kedua kepentingan baik itu dari pihak RI dan BFO.

Tahapan selanjutnya adalah perubahan konstitusi dari konstitusi RIS ke UUDS, melalui “mosi integral” yang dipelopori oleh Mohammad Natsir seorang tokoh nasionalis religius (Partai Masyumi). Mosi itu mendesak agar Indonesia segera kembali ke bentuk negara kesatuan. Gagasan ini mendapat dukungan dari mayoritas, dan segera ditindaklanjuti dengan perundingan, akhirnya terbitlah UU Federal No. 7 tahun 1950 pada tanggal 15 agustus tahun 1950. Isinya adalah Indonesia kembali menjadi negara kesatuan dengan memberlakukan UUDS 1950, yang

merupakan hasil perubahan dari konstitusi RIS. Melalui prosedur perubahan pasal 190, pasal 127a, dan pasal 191 Konstitusi RIS, cara ini merupakan cara formal konstitusional yang dimungkinkan kala itu, sebab apabila ditempuh cara penggantian UUD sebagaimana yang ditentukan oleh konstitusi RIS yaitu pasal 186 perubahan tersebut tidak dapat dilakukan, karena badan Konstituante belum terbentuk, oleh karena itu penggantian UUD ditempuh dengan cara perubahan.¹⁸⁸

Sebagaimana halnya dengan UUD 1945, konstitusi RIS, UUDS 1950 juga dimaksudkan berlaku sementara, hal demikian menurut penulis, tidak memberikan kejelasan konstitusional, serta membuka ruang polemik kepentingan. Perubahan-perubahan seperti ini sejatinya memberikan pengertian lemahnya konstitusi Indonesia, terutama adalah soal penghormatan atas konsensus (keepakatan nasional) yang setiap saat memungkinkan untuk diingkari.

Selanjutnya di tengah kekosongan dan lemahnya hasil konsensus tersebut di selenggarakanlah pemilihan umum untuk anggota Konstituante dan DPR (pemilu pertama kali setelah sepuluh tahun merdeka). Adapun persoalan seputar lembaga ini ialah, yang *pertama*, keanggotaannya yang terdiri dari beragam kelompok dengan beragam ideologi politiknya. Dan yang *kedua*, aspirasi yang diperjuangkan tidak menemukan kesejatian konstitusi seperti apa yang harus di tegakkan. Pertarungan antara kelompok nasionalis dan religius kembali terjadi, yang pada intinya, membicarakan konsep baru, sementara konsep lama saja tidak

188. ¹⁸⁸ Pasal 190 konstitusi RIS menentukan bahwa untuk mengubah Konstitusi RIS harus dilakukan dengan UU Federal. Ada dua macam UU Federal yaitu UU Federal yang dibuat oleh pemerintah bersama-sama dengan DPR dan Senat (pasal 27a) dan UU Federal yang dibuat oleh pemerintah bersama-sama DPR tanpa Senat (127b). oleh karena itu perubahan UUD menyangkut bentuk susunan negara harus dilakukan sesuai pasal 127a, dan terbitlah UU Federal No. 7 tahun 1950 yaitu UU tentang perubahan konstitusi RIS menjadi UUDS. Pasal 186 konstitusi RIS menyatakan bahwa yang berwenang menetapkan UUD ialah Konstituante bersama-sama dengan pemerintah.

dijalankan dengan baik dan bahkan diingkari, lalu bagaimana bisa Konstituante dijadikan harapan?

Sebagai perwujudan ruang *consensus*, harusnya Konstituante menjadi ruang yang benar-benar murni ingin membahas serta merumuskan kembali konsep ketatanegaraan, bukan lagi membahas *philosophische gronslag*, merubah dasar negara apalagi sistem pemerintahan. Karena sebetulnya pada sidang BPUPKI dan PPKI hal ini sudah selesai di bahas, dan menghasilkan suatu kesepakatan nasional yang tidak ada duanya di dunia ini. yakni dasar negara Indonesia Pancasila yang kemudian di tuangkan dalam Pembukaan UUD 1945. Yang menjadi ironi sejarah adalah Konstituante menurut Adnan Buyung Nasution telah berhasil merumuskan rancangan UUD baru secara menyeluruh. Padahal, banyaknya kepentingan politik dan paham di dalam sidang Konstituante tersebut telah mengaburkan tujuan utama dibentuknya lembaga itu, yang oleh Soekarno melalui pidato pada saat melantik lembaga ini mengamanatkan “*susunlah konstitusi yang benar-benar Res Publica*”.

Pada akhirnya kemudian lembaga ini dibubarkan melalui Dekrit Presiden 5 juli 1959, karena dianggap tidak mampu dan gagal menunaikan tugas konstitusinya, terlepas dari polemik apakah benar demikian, penulis mengambil sikap dan pendapat bahwa, selain ini sebagai akibat dari perang kepentingan dan ideologi, ada rekayasa terhadap peristiwa ini, dan yang paling utama adalah bukan bagaimana lembaga ini berhasil atau tidak, akan tetapi lembaga ini adalah merupakan perwujudan ruang rakyat untuk merumuskan kembali konstitusi Indonesia ke depan.

Setelah tahap UUDS, sampailah kepada kembalinya UUD 1945 sebagai konstitusi sah Indonesia, melalui Dekrit Presiden 5 juli 1959. Selanjutnya perjalanan kemudian tiba ke tahap di mana militer maju sebagai aktor utama, setelah penumpasan G 30 S/PKI,

apakah ini merupakan tragedi atau rekayasa, masih belum ditemukan jawaban yang pasti terhadap seputar peristiwa ini. yang jelas peristiwa ini telah menghantarkan Indonesia ke langgam otoritarian, yang berarti sebuah babak baru dalam sistem ketatanegaraan telah lahir dari *tug and war*.

Semula dalam tiga tahun pertama rezim Orde Baru menampilkan langgam politik yang demokratis, namun setelah itu rezim ini menjadi otoriter dengan selalu mengedepankan sikapnya sesuai dengan konstitusi yaitu UUD 1945. Melalui rezim inilah tafsir atas konstitusi Indonesia menjadi liar dan cenderung spekulatif. Lebih tepatnya adalah hegemoni negara melalui monolitik militer di segala aspek kehidupan rakyat, dengan menggunakan UUD 1945 sebagai landasan dan tameng untuk melakukan tugasnya, artinya sebagai penafsir tunggal atas konstitusi, dan tidak memberikan kesempatan kepada rakyat untuk menafsirkan konstitusi. Pada akhirnya kemudian, rezim ini ditumbangkan oleh gerakan reformasi 1998, akibat krisis multidimensi yang menggurita di semua lini, dan Soeharto sebagai pimpinan rezim ini pun mengundurkan diri dari jabatannya sebagai Presiden.

Dari kronologi sejarah ketatanegaraan yang terbentang ini, dapatlah di tarik simpul dan benang merah, bahwa prinsip demokrasi yang disebutkan dalam konstitusi tidak dengan sendirinya akan melahirkan sistem pemerintahan yang demokratis pula. Demikian halnya dengan konstitusi Indonesia yang menyebutkan dengan tegas bahwa demokrasi merupakan salah satu asas negara yang fundamental, tetapi dalam kenyataannya justru sebaliknya. Dengan demikian, sangat penting sekali untuk dicermati perihal tersebut, reformasi sebagai pintu yang membuka kemungkinan tersebut dapat diartikan sebagai ruang konsolidasi, di tengah transisi. Ruang untuk mengkonsolidasikan segala kekurangan di masa lampau.

Seperti telah dijelaskan di awal, bahwa salah satu agenda utama reformasi adalah mengamandemen UUD 1945, melalui amandemen inilah diharapkan akan terwujud sebuah sistem pemerintahan yang demokratis, dan menjunjung tinggi hukum sebagai panglima. Meskipun masih banyak kekurangan dan kelemahan, akan tetapi harus diakui oleh kita semua bahwa amandemen UUD 1945 adalah merupakan suatu lompatan jauh ke depan yang telah menghasilkan perubahan fundamental bagi kehidupan ketatanegaraan Indonesia antara lain dengan mentransformasi sistem pemerintahan yang sentralistik menuju pemerintahan desentralistik, dari pola pemerintahan yang otoriter menuju pemerintahan yang demokratis, serta dari pemerintahan berpaham otoritarianisme menjadi konstitusionalisme. Dan sebagai agenda strategis ke depan agar lebih memusatkan pada pembaharuan sistem hukum nasional melalui tahapan-tahapan di antaranya: (1) *pembaharuan sistem hukum*; dan (2) *penataan kelembagaan negara*; serta (3) *mewujudkan civil society yang otonom dan mandiri*. Melalui tahapan-tahapan tersebut diharapkan menjadi suatu proses pematangan konsepsional dalam praktek sebagai negara hukum yang demokratis. []

BAB VIII
SEJARAH, PEMBENTUKAN, DAN PERKEMBANGAN
PEMERINTAHAN DESA SERTA PROBLEMATIKANYA

“...begitupun adanya “zelfstandige gemeenschappen” seperti di desa di Sumatera, nagari di Minangkabau, marga di Palembang, yang dalam bahasa Belanda disebut inheemsche rechtsgemeenschappen, susunan asli itu [harus] dihormati.” (Soepomo)

A. PENGERTIAN, SEJARAH, DAN DASAR HUKUM

1. Pengertian Desa

Menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia, Desa adalah kesatuan wilayah yang dihuni oleh sejumlah keluarga yang mempunyai sistem pemerintahan sendiri (dikepalai oleh seorang Kepala Desa) atau desa merupakan kelompok rumah di luar kota yang merupakan satu kesatuan. Di Indonesia, istilah desa adalah pembagian wilayah administratif di bawah kecamatan, yang dipimpin oleh Kepala Desa. Sebuah desa merupakan kumpulan dari beberapa unit pemukiman kecil yang disebut kampung (Banten, Jawa Barat) atau dusun (Yogyakarta) atau banjar (Bali) atau jorong (Sumatera Barat). Kepala Desa dapat disebut dengan nama lain misalnya Kepala Kampung atau Petinggi di Kalimantan Timur, Klèbun di Madura, Pambakal di Kalimantan Selatan, dan Kuwu di Cirebon, Hukum Tua di Sulawesi Utara.¹⁸⁹

¹⁸⁹. ¹⁸⁹ <https://id.wikipedia.org/wiki/Desa> diunduh 11 Januari 2015 Pukul 10:56 WIB

Sejatinya desa menurut Y.Zakaria adalah negara kecil, karena sebagai masyarakat hukum, desa memiliki semua perangkat suatu negara, seperti wilayah, warga, aturan dan pemerintahan. Selain itu, pemerintahan desa memiliki alat perlengkapan desa seperti polisi dan pengadilan yang memiliki kewenangan untuk menggunakan kekerasan di dalam teritori atau wilayah hukumnya.¹⁹⁰

Menurut *R. H. Unang Soenardjo*, Desa adalah suatu kesatuan masyarakat berdasarkan adat dan hukum adat yang menetap dalam suatu wilayah yang tertentu batas-batasnya; memiliki ikatan lahir dan batin yang sangat kuat, baik karena seketurunan maupun karena sama-sama memiliki kepentingan politik, ekonomi, sosial dan keamanan; memiliki susunan pengurus yang dipilih bersama; memiliki kekayaan dalam jumlah tertentu dan berhak menyelenggarakan urusan rumah tangga sendiri.¹⁹¹

Berdasarkan pada pengertian di atas maka dapat ditarik pemahaman bahwa Desa adalah suatu wilayah yang didiami oleh sejumlah penduduk yang saling mengenal atas dasar hubungan kekerabatan dan/atau kepentingan politik, sosial, ekonomi, dan keamanan yang dalam pertumbuhannya menjadi kesatuan masyarakat hukum berdasarkan adat sehingga tercipta ikatan lahir batin antara masing-masing warganya, dan secara administratif berada di bawah pemerintahan Kabupaten/Kota.

2. Dasar Hukum

Pembagian wilayah atau teritorial Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) diatur di dalam pasal 18 ayat (1) UUD 1945 disebutkan bahwa:

“Negara Kesatuan Republik Indonesia dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah-daerah provinsi itu dibagi atas

190. ¹⁹⁰ Y. Zakaria, 2005, *Pemulihan Kehidupan Desa dan UU No 22 Tahun 1999, Dalam Desentralisasi, Globalisasi, dan Demokrasi Lokal*, Jakarta: LP3S, hal. 332.

191. ¹⁹¹ *Loc. cit.*,

kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.”

Hal tersebut mengandung 2 (dua) pengertian bahwa: *pertama*, pembagian teritorial Negara Kesatuan Republik Indonesia terdiri atas daerah provinsi, dan Kabupaten/Kota. Dan *Kedua* bahwa setiap daerah memiliki pemerintahan daerahnya masing-masing. Hal ini menunjukkan bahwa pembagian wilayah dan pemerintahan di dalam Negara Kesatuan Republik Indonesia hanya sampai pada wilayah Kabupaten/Kota.

3. Sejarah Pembentukan Desa

a. Sejarah Desa

Berdasarkan sejarah, desa sudah dikenal sejak zaman kerajaan-kerajaan Nusantara sebelum kedatangan Belanda. Pada zaman tersebut, Desa adalah wilayah-wilayah yang mandiri di bawah taklukan kerajaan pusat. Dalam praktik penyelenggaraan pemerintahan, kerajaan pusat hanya menuntut loyalitas desa. Sedangkan bagaimana desa menyelenggarakan pemerintahannya, kerajaan pusat tidak mengatur melainkan menyerahkannya kepada desa yang bersangkutan untuk mengatur dan mengurusnya sesuai dengan adat istiadat dan tata caranya sendiri.¹⁹²

Menurut *Kern* dan *van Den Berg*, desa-desa di Jawa dibentuk atas pengaruh orang Hindu, karena mempunyai kesamaan dengan desa-desa yang ditemukan di India. Artinya, sejak kedatangan orang Hindu-lah desa mulai ada. Namun *Van Vollenhoven* dan *Brandes* menyatakan bahwa daerah hukum yang berada di Jawa, Bali dan Madura yang disebut desa itu adalah ciptaan orang Indonesia asli, karena lembaga ini juga terdapat di daerah-daerah

192. ¹⁹² *Ibid.*, hal. 4-5.

seberang dan juga di Filipina yang tak pernah mendapat pengaruh Hindu.¹⁹³

b. Asal Usul Desa

Sejarah perkembangan desa dimulai dari adanya seseorang yang mempunyai pengaruh besar sehingga dapat menggerakkan banyak orang untuk menjadi pengikutnya dan kemudian membuka hutan atau lahan kosong untuk dijadikan pemukiman baru. Mereka lalu tinggal di wilayah tersebut yang kemudian disebut sebagai desa. Setelah terbentuk, sang tokoh membentuk pemerintahannya, biasanya ia menjadi Kepala Desa pertama dengan dibantu kerabatnya.

Desa sebagaimana yang telah diuraikan di atas, apabila dilihat dari asal-usulnya desa dapat dilihat dari empat kategori, yaitu:¹⁹⁴

1. Desa yang lahir, tumbuh dan berkembang berdasarkan hubungan kekerabatan sehingga membentuk persekutuan hukum *geneologis* atau seketurunan;
2. Desa yang muncul karena adanya hubungan tinggal dekat sehingga membentuk persekutuan hukum teritorial;
3. Desa muncul karena adanya tujuan khusus seperti kebutuhan yang ditentukan oleh faktor-faktor ekologis;
4. Desa yang muncul karena adanya kebijakan dari atas seperti: titah raja, ordonansi pemerintah jajahan, atau undang-undang pemerintah desa seperti desa perdikan pada zaman kerajaan atau desa transmigrasi pada zaman sekarang.

Pada zaman dulu ada beberapa desa yang mempunyai sejarah dan perkembangan yang khas yang oleh raja kemudian diberi hak-hak istimewa. Perlakuan khusus raja terhadap desa ini biasanya karena Kepala Desa atau tokohnya berjasa kepada raja. Desa-desa yang mempunyai perlakuan khusus dari raja ini diantaranya yaitu: Desa Perdikan, Desa Mutihan, Desa Pakuncen dan Desa Mijen.

193. ¹⁹³ *Loc. cit.*,

194. ¹⁹⁴ *Ibid.*, hal. 5-6

c. Pemerintahan Desa

Sejarah pemerintahan Desa di Indonesia sudah ada sejak pemerintahan Kolonial Belanda dibuktikan dengan adanya Perundang-undangan yang mengatur tentang Desa pada zaman tersebut. Peraturan Perundang-undangan yang mengatur tentang Desa sudah mengalami beberapa kali perubahan sesuai dengan perkembangan zaman dan kebutuhan.

Sejak tahun 1906 hingga 1 Desember 1979 Pemerintahan Desa di Indonesia diatur oleh Perundang-undangan yang dibuat oleh penjajah Kolonial Belanda. Pada tahun 1965 sudah ada UU No. 19 Tahun 1965 tentang Desapraja tetapi dengan dikeluarkannya UU No. 6 Tahun 1969 yang menyatakan tidak berlakunya berbagai Undang-undang dan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang maka UU No. 19 Tahun 1965 dalam prakteknya tidak berlaku walaupun secara yuridis Undang-undang tersebut masih berlaku hingga terbentuknya Undang-undang yang baru yang mengatur tentang Pemerintahan Desa, baru setelah 34 tahun merdeka Negara Indonesia memiliki Undang-undang Pemerintahan Desa yang dibuat sendiri.¹⁹⁵

B. PERKEMBANGAN PRUNDANG-UNDANGAN TENTANG DESA

1. Masa Pemerintahan Kolonial Belanda

Sebelum lahirnya Undang-undang Pemerintahan Desa yang dibuat oleh Negara Indonesia, Peraturan tentang Pemerintahan Desa sebelumnya sudah ada sejak Indonesia dijajah oleh Belanda, di dalam Pemerintahan Kolonial Belanda Pemerintahan Desa diatur dengan:

- (a) *Inlandsche Gemeente Ordonnantie* (IGO) yang berlaku untuk Jawa dan Madura (Staatsblad 1936 Nomor 83).

195. ¹⁹⁵ Daeng Sudirwo, *Pokok-Pokok Pemerintahan Di Daerah dan Pemerintahan Desa*, Bandung: Angkasa, 1981, hal. 41.

- (b) *Inlandsche Gemeente Ordonnantie Buitengewesten* (IGOB) yang berlaku untuk Daerah luar Jawa dan Madura (Staatsblad 1938 Nomor 490 Juncto Staatsblad 1938 Nomor 81).
- (c) *Indische Staatsregeling* (IS) Pasal 728 ialah landasan peraturan yang menyatakan tentang wewenang warga masyarakat Desa untuk memilih sendiri kepada Desa disukai, sesuai masing-masing adat kebiasaan setempat.
- (d) *Herziene Indonesia Reglement* (HIR), Reglemen Indonesia Baru (RIB) isinya mengenai Peraturan tentang hukum acara perdata dan pidana pada pengadilan-pengadilan Negeri di Jawa dan Madura.
- (e) Sesudah kemerdekaan Peraturan-peraturan tersebut pelaksanaannya harus berpedoman pada Pancasila dan UUD 1945 yang dituangkan dalam Peraturan Pemerintah, Peraturan Daerah, keputusan rembug Desa, dan sebagainya.¹⁹⁶

2. Masa Pendudukan Militer Jepang

Berkaitan dengan peraturan tentang Desa, penguasa militer Jepang hanya mengeluarkan satu peraturan yaitu *Osamu Seirei* Nomor 7 Tahun 2604 (1944). Peraturan tersebut mengatur dan mengubah pemilihan Kepala Desa (*kuchoo*) yang menetapkan masa jabatan Kepala Desa menjadi (4) empat tahun.¹⁹⁷ Seperti diketahui bahwa pada masa pendudukan militer Jepang tidak ada perubahan yang berarti terhadap peraturan tentang Desa, kecuali hal-hal yang bertentangan dengan aturan pemerintahan militer Jepang.

3. Sejak Kemerdekaan

Sejak awal kemerdekaan kedudukan Desa di Negara Indonesia telah diakui keberadaannya dalam UUD 1945 dan peraturan yang mengatur tentang Desa telah mengalami banyak perubahan. Berdasarkan sejarah bahwa pengaturan Desa telah ditetapkan

196. ¹⁹⁶ *Loc. cit.*,

197. ¹⁹⁷ Amin Suprihatini, *Pemerintahan Desa dan Kelurahan*, Klaten: Cempaka Putih, 2007, hal. 13.

dalam beberapa peraturan, yaitu Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1948 tentang Pemerintahan Daerah, Undang-Undang No.1 Tahun 1957 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Daerah, Undang-Undang No. 18 Tahun 1965 tentang Desa Praja, Undang-Undang No 5 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Pemerintahan Di Daerah, Undang-Undang No 5 Tahun 1979 tentang Pemerintahan Desa, Undang-Undang No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah, dan terakhir dengan Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Yang dapat diuraikan sebagai berikut:

Undang-undang Dasar 1945

Pengakuan Indonesia terhadap kedudukan dan keberadaan Desa diatur dalam Pasal 18 UUD 1945 yang menyebutkan bahwa dalam teritori Negara Indonesia terdapat lebih kurang 250 *Zelfbesturnde landschappen dan Volksgemeenschappen*.

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1948 Tentang Pemerintahan Daerah

Dalam Pasal 1 menyebutkan bahwa Negara Indonesia disusun atas 3 tingkatan yaitu Provinsi, Kabupaten (Kota Besar), dan Desa (Kota Kecil, negeri, Marga dan sebagainya), yang berhak mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri. Artinya pasal ini memberikan Pengakuan terhadap Desa. Dalam aturan peralihan Pasal 46 UU No. 22 Tahun 1948 disebutkan bahwa “*segala daerah yang berhak mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri yang telah berdiri menurut UU No. 1 Tahun 1945 di antaranya Desa, Marga, Nagari, dan sebagainya berjalan terus sehingga diadakan pembentukan pemerintahan baru untuk daerah-daerah itu*”.

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1965

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1965 tentang Desapraja, yang dalam ketentuan Pasal 1 menyebutkan bahwa yang dimaksud dengan Desapraja adalah kesatuan masyarakat hukum yang

tertentu batas-batas daerahnya, berhak mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri, memilih penguasanya dan mempunyai harta benda sendiri.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1979

Pada tanggal 1 Desember 1979, UU No. 5 Tahun 1979 disahkan oleh Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat. Ketentuan-ketentuan yang ada di dalam UU No. 5 tahun 1979 ini didasarkan atas politik stabilitas dan sentralisasi, sehingga menghambat demokratisasi masyarakat desa.¹⁹⁸

UU No. 5 Tahun 1979 bertujuan untuk menciptakan kepastian hukum dan menyeragamkan kedudukan pemerintah Desa dan ketentuan adat-istiadat yang masih berlaku, maka secara otomatis semua kesatuan Pemerintahan Desa yang disebut marga dihapuskan dengan perangkat-perangkatnya yang ada dan sekaligus dibentuk Pemerintahan Desa dan lingkup kekuasaan wilayahnya.

Permasalahan yang timbul dalam UU No. 5 Tahun 1979 adalah karena penyeragaman (*uniformitas*) nama, bentuk, susunan, dan kedudukan pemerintahan Desa. Padahal dalam merumuskan arah kebijakan hukum pemerintahan Desa perlu pengakuan dan penghormatan terhadap asal usul yang bersifat istimewa pada eksistensi Desa, yakni dengan memperbolehkan penggunaan nama seperti dusun, marga, nagari, meunasah, gampong, negorij dan lain sebagainya yang mekanisme pemerintahan didasarkan pada adat istiadat masing-masing.¹⁹⁹

Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999

Desa menurut UU No 22 Tahun 1999 adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki kewenangan untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat berdasarkan asal usul dan adat istiadat setempat yang diakui dalam sistem

^{198.} ¹⁹⁸ Amin Suprihatini, *op.cit.*, hal. 15.

^{199.} ¹⁹⁹ *Ibid.*, hal. 32.

Pemerintahan Nasional dan berada di daerah Kabupaten. Sedangkan Peraturan Pemerintah No. 72 tahun 2005, Desa adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas-batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus kepentingan masyarakat setempat, berdasarkan asal-usul dan adat istiadat setempat yang diakui dan dihormati dalam sistem Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004

Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah mengatur di antaranya tentang:

- (1) Pengakuan dan penghormatan terhadap kesatuan-kesatuan masyarakat hukum adat beserta hak tradisionalnya.
- (2) Pengertian Desa dan kawasan perdesaan.
- (3) Pembentukan, pembangunan, dan/atau penghapusan desa.
- (4) Sistem penyelenggaraan pemerintahan desa dan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya.
- (5) Perangkat desa.
- (6) Keuangan desa.
- (7) Kerjasama desa.
- (8) Penyelenggaraan, pembinaan, dan pengawasan serta pemberdayaan masyarakat desa.

Salah satu yang menarik di dalam Undang-Undang No 32 Tahun 2004 adalah persyaratan bagi pemangku jabatan Sekretaris Desa harus diangkat menjadi Pegawai Negeri Sipil (PNS), sebuah persyaratan yang belum pernah dilakukan dalam sejarah hukum pemerintahan Desa di Indonesia, *mutatis mutandis* pada zaman Hindia Belanda dan masa penjajahan Jepang.²⁰⁰

C. TENGERTIAN UU NO. 6 TAHUN 2014 TENTANG DESA

1. Pengertian

²⁰⁰ Ateng Syafrudin dan Suprin Na'a, *loc cit.*,

Pada tanggal 18 Desember 2013 Presiden telah menandatangani pengesahan Undang Undang Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, yang telah mengalami pembahasan yang cukup lama (kurang lebih 7 tahun). Momentum UU Desa di penghujung tahun 2013 ini menjadi titik balik yang paling signifikan untuk mengkaji relasi antara negara kesejahteraan dan kebutuhan masyarakat Indonesia yang “Agraris” , sekaligus menjadi kado tahun baru 2014 bagi eksistensi desa sebagai institusi mandiri dalam rangka memperbaiki kesejahteraan masyarakat dalam sistem kehidupan di desa.

Lahirnya Undang-Undang No 6 Tahun 2014 tentang Desa ini membuat masyarakat di Desa telah mendapatkan payung hukum yang lebih kuat dibandingkan pengaturan Desa di dalam UU No. 22 Tahun 1999 maupun UU No. 32 Tahun 2004.

Menurut UU No. 6 tahun 2014, yang dimaksud dengan Desa adalah Desa dan Desa Adat atau yang disebut dengan nama lain, selanjutnya disebut Desa, adalah kesatuan masyarakat hukum yang memiliki batas wilayah yang berwenang untuk mengatur dan mengurus urusan pemerintahan, kepentingan masyarakat setempat berdasarkan prakarsa masyarakat, hak asal usul, dan/atau hak tradisional yang diakui dan dihormati dalam sistem pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia.

Pengertian tentang Pemerintah Desa di dalam Undang-undang ini terdapat di dalam Pasal 25 yang bunyinya: *“Pemerintah Desa sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 adalah Kepala Desa atau yang disebut dengan nama lain dan yang dibantu oleh Perangkat Desa atau yang disebut dengan nama lain”*.

2. Sistematika UU Desa

Undang Undang tentang Desa yang baru saja ditetapkan ini merupakan bagian dari revisi UU No 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah menjadi tiga undang-undang yaitu:

(Undang-Undang tentang Pemerintahan Daerah yang kemudian dijabarkan dalam Peraturan Pemerintah Nomer 72 Tahun 2005, Undang-Undang tentang Pemilihan Kepala Daerah dan Undang-Undang tentang Desa).

UU Desa ini Terdiri dari 16 bab dan 121 pasal, yang akan mengubah cara pandang mengenai pembangunan kesejahteraan dan kemakmuran ekonomi bangsa Indonesia yang seharusnya dimulai dari desa, tidak hanya terjadi di perkotaan. Karena sebagian besar penduduk Indonesia beserta segala permasalahannya ada di desa. Sehingga diharapkan nantinya Desa dapat menjadi bagian terdepan dari upaya gerakan pembangunan yang berasal dari prakarsa masyarakat dalam rangka mencapai kesejahteraan

UU DESA mempunyai 16 bab sebagai berikut:

- BAB I : Ketentuan Umum (terdapat 4 Pasal)
- BAB II : Kedudukan dan Jenis Desa (terdapat 2 Pasal)
- BAB III : Penataan Desa (terdapat 11 Pasal)
- BAB IV : Kewenangan Desa (terdapat 5 Pasal)
- BAB V : Penyelenggaraan Pemerintahan Desa (terdapat 44 Pasal)
- BAB VI : Hak dan Kewajiban Desa dan Masyarakat Desa (terdapat 2 Pasal)
- BAB VII : Peraturan Desa (terdapat 2 Pasal)
- BAB VIII : Keuangan Desa dan Aset Desa (terdapat 7 Pasal)
- BAB IX : Pembangunan Desa dan Pembangunan Kawasan Perdesaan (ada 9 Pasal)
- BAB X : Badan Usaha Milik Desa (terdapat 4 Pasal)
- BAB XI : Kerja Sama Desa (terdapat 3 Pasal)
- BAB XII : Lembaga Kemasyarakatan Desa dan Lembaga Adat Desa (2 Pasal)
- BAB XIII : Ketentuan Khusus Desa Adat (terdapat 16 Pasal)

- BAB XIV : Pembinaan dan Pengawasan (terdapat 4 Pasal)
- BAB XV : Ketentuan Peralihan (terdapat 3 Pasal)
- BAB VI : Ketentuan Penutup (terdapat 4 Pasal)

Adapun tujuan dari disahkannya UU Desa ini antara lain:

- a) memberikan pengakuan dan penghormatan atas desa yang sudah ada dengan keberagamannya sebelum dan sesudah terbentuknya Negara Kesatuan Republik Indonesia;
- b) memberikan kejelasan status dan kepastian hukum atas desa dalam sistem ketatanegaraan Republik Indonesia demi mewujudkan keadilan bagi seluruh rakyat Indonesia;
- c) melestarikan dan memajukan adat, tradisi, dan budaya masyarakat desa;
- d) mendorong prakarsa, gerakan, dan partisipasi masyarakat desa untuk pengembangan potensi dan aset desa guna kesejahteraan bersama;
- e) membentuk pemerintahan desa yang profesional, efisien dan efektif, terbuka, serta bertanggung jawab;
- f) meningkatkan pelayanan publik bagi warga masyarakat desa guna mempercepat perwujudan kesejahteraan umum;
- g) meningkatkan ketahanan sosial budaya masyarakat desa guna mewujudkan masyarakat desa yang mampu memelihara kesatuan sosial sebagai bagian dari ketahanan nasional;
- h) memajukan perekonomian masyarakat desa serta mengatasi kesenjangan pembangunan nasional; dan
- i) memperkuat masyarakat desa sebagai subjek pembangunan.

Sedangkan Asas pengaturan dalam UU Desa ini adalah:

- a) rekognisi, yaitu pengakuan terhadap hak asal usul;

- b) subsidiaritas, yaitu penetapan kewenangan berskala lokal dan pengambilan keputusan secara lokal untuk kepentingan masyarakat desa;
- c) keberagaman, yaitu pengakuan dan penghormatan terhadap sistem nilai yang berlaku di masyarakat desa, tetapi dengan tetap mengindahkan sistem nilai bersama dalam kehidupan berbangsa dan bernegara;
- d) kebersamaan, yaitu semangat untuk berperan aktif dan bekerja sama dengan prinsip saling menghargai antara kelembagaan di tingkat desa dan unsur masyarakat desa dalam membangun desa;
- e) kegotongroyongan, yaitu kebiasaan saling tolong-menolong untuk membangun desa;
- f) kekeluargaan, yaitu kebiasaan warga masyarakat desa sebagai bagian dari satu kesatuan keluarga besar masyarakat desa;
- g) musyawarah, yaitu proses pengambilan keputusan yang menyangkut kepentingan masyarakat desa melalui diskusi dengan berbagai pihak yang berkepentingan;
- h) demokrasi, yaitu sistem pengorganisasian masyarakat desa dalam suatu sistem pemerintahan yang dilakukan oleh masyarakat desa atau dengan persetujuan masyarakat desa serta keluhuran harkat dan martabat manusia sebagai makhluk tuhan yang maha esa diakui, ditata, dan dijamin;
- i) kemandirian, yaitu suatu proses yang dilakukan oleh pemerintah desa dan masyarakat desa untuk melakukan suatu kegiatan dalam rangka memenuhi kebutuhannya dengan kemampuan sendiri.

Kewenangan Desa terbagi sebagai berikut:

	Jenis Kewenangan	URAIAN
	Kewenangan	Hak asal-usul adalah hak yang merupakan warisan yang masih hidup dan prakarsa Desa

	<p>berdasarkan hak asal-usul</p>	<p>atau prakarsa masyarakat Desa sesuai dengan perkembangan masyarakat.</p> <p>Kewenangan ini antara lain:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Penataan system organisasi & kelembagaan masyarakat adat - Pranata hukum adat - Pengelolaan tanah kas desa adat - Pengelolaan tanah ulayat - Kesepakatan dalam kehidupan masyarakat desa adat - Pengisian jabatan kepala desa adat dan perangkat desa adat - Masa jabatan kepala desa adat (Asas rekognisi)
	<p>Kewenangan local berskala desa</p>	<p>Meliputi: bidang pemerintahan desa, pembangunan desa, ke masyarakatan desa, dan pemberdayaan masyarakat desa.</p> <p>Kewenangan ini paling sedikit terdiri atas kewenangan:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pengelolaan tambatan perahu; - Pengelolaan pasar Desa; - Pengelolaan tempat pemandian umum; - Pengelolaan jaringan irigasi; - Pengelolaan lingkungan permukiman masyarakat desa; - Pembinaan kesehatan masyarakat dan pengelolaan posyandu - Pengembangan dan pembinaan

		<p>sanggar seni dan belajar;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Pengelolaan perpustakaan desa dan taman bacaan; - Pengelolaan embung desa; - Pengelolaan air minum berskala desa; dan - Pembuatan jalan desa antarpemukiman ke wilayah pertanian. (Asas rekognisi dan asas subsidiaritas)
	<p>Kewenangan yg ditugaskan oleh pemerintah</p>	<p>Kewenangan sisa (residu) yang dilimpahkan oleh pemerintah kabupaten/kota.</p>
	<p>Kewenangan lain yg ditugaskan oleh pemerintah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan</p>	<p>Kewenangan sisa (residu) yang dilimpahkan oleh pemerintah kabupaten/kota yang diatur oleh peraturan perundang-undangan</p>

3. Latar Belakang Lahirnya UU Desa

Undang-Undang No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, khususnya Bab XI yang mengatur mengenai Desa, telah berhasil menyempurnakan berbagai aturan tentang Desa yang sebelumnya diatur dalam Undang-Undang No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah.

Di dalam pelaksanaan selama beberapa tahun ini UU No 32 Tahun 2004 menimbulkan berbagai permasalahan diantaranya:.

Pertama, Desain kelembagaan pemerintahan Desa yang tertuang dalam UU No. 32 Tahun 2004 juga belum sempurna sebagai visi dan kebijakan untuk membangun kemandirian, demokrasi dan kesejahteraan Desa. Isu keragaman, misalnya, selalu mengundang pertanyaan tentang format dan disain kelembagaan Desa. Meskipun UU No. 22 Tahun 1999 dan UU No. 32 Tahun 2004 mengedepankan keragaman, tetapi banyak kalangan menilai bahwa disain yang diambil tetap desa baku (*default village*), sehingga kurang memberi ruang bagi *optional village* yang sesuai dengan keragaman lokal. Format bakunya adalah Desa administratif (*the local state government*) atau disebut orang Bali sebagai Desa Dinas, yang tentu bukan Desa Adat yang mempunyai otonomi asli (*self governing community*) dan bukan juga Desa otonom (*local self government*) seperti daerah otonom. UU No. 32 Tahun 2004 tidak menempatkan Desa pada posisi yang otonom, dan tidak membolehkan terbentuknya Desa Adat sendirian tanpa kehadiran Desa administratif. Baik UU No. 22 Tahun 1999 maupun UU No. 32 Tahun 2004 menempatkan Desa sebagai bagian (sub sistem) pemerintahan Kabupaten/Kota. Posisi Desa administratif itu membawa konsekuensi atas keterbatasan kewenangan Desa, terutama pada proses perencanaan dan keuangan. Kewenangan asal-usul (asli) susah diterjemahkan dan diidentifikasi karena keberagamannya. Kewenangan dalam bidang-bidang pemerintahan yang diserahkan oleh/dari kabupaten lebih banyak bersifat kewenangan sisa yang tidak dapat dilaksanakan oleh Kabupaten/Kota dan mengandung banyak beban karena tidak disertai dengan pendanaan yang semestinya. Misalnya kewenangan Desa untuk memberikan rekomendasi berbagai surat administratif, di mana Desa hanya memberi rekomendasi sedangkan keputusan

berada di atasnya. Keterbatasan kewenangan itu juga membuat fungsi Desa menjadi terbatas dan tidak memberikan ruang gerak bagi Desa untuk mengurus Tata Pemerintahannya sendiri. Demikian juga dalam hal perencanaan pembangunan. Desa hanya menjadi bagian dari perencanaan daerah yang secara normatif-metodologis ditempuh secara partisipatif dan berangkat dari bawah (*bottom up*). Setiap tahun Desa diwajibkan untuk menyelenggarakan Musrenbangdes untuk mengusulkan rencana kepada kabupaten. Praktik empiriknya proses itu tidak menjadikan perencanaan yang partisipatif, di mana perencanaan Desa yang tertuang dalam Musrenbang, hanya menjadi dokumen kelengkapan pada proses Musrenbang tingkat Kabupaten/Kota.

Kedua, UU No. 32 Tahun 2004 belum secara jelas mengatur tata kewenangan antara Pemerintah, Pemerintah daerah dan Desa. Berdasarkan prinsip desentralisasi dan otonomi luas yang dianut oleh UU No. 32 Tahun 2004, Pemerintah hanya menjalankan enam kewenangan (politik luar negeri, pertahanan, keamanan, yustisi, moneter dan fiscal nasional, serta agama), dan di luar itu menjadi kewenangan daerah. Dengan demikian konsepsi dasar yang dianut UU No. 32 Tahun 2004, otonomi berhenti di Kabupaten/Kota. Kosekuensinya, pengaturan lebih lanjut tentang Desa dilakukan oleh Kabupaten/Kota, di mana kewenangan Desa adalah kewenangan Kabupaten/Kota yang diserahkan kepada Desa. Semangat UU No. 32 Tahun 2004 yang meletakkan posisi Desa yang berada di bawah Kabupaten tidak koheren dan konkrue dengan nafas lain dalam UU No. 32 Tahun 2004 yang mengakui dan menghormati kewenangan asli yang berasal dari hak asal-usul. Pengakuan pada kewenangan asal-usul ini menunjukkan bahwa UU No. 32 Tahun 2004 menganut prinsip pengakuan (*rekognisi*). Kosekuensi dari pengakuan atas otonomi asli adalah Desa memiliki hak mengatur dan mengurus rumah tangganya sendiri berdasarkan

asal-usul dan adat-istiadat setempat (*self governing community*), dan bukan merupakan kewenangan yang diserahkan pemerintahan atasan pada Desa.

Sejak lahirnya UU No. 22 Tahun 1999, otonomi (kemandirian) Desa selalu menjadi bahan perdebatan dan bahkan menjadi tuntutan riil di kalangan asosiasi Desa (sebagai representasi Desa), dan pemerrhati desa. Munculnya UU No. 32 Tahun 2004 menggantikan UU No. 22 Tahun 1999 ternyata belum menjawab tuntutan dimaksud. Ketidak-jelasan kedudukan dan kewenangan Desa dalam UU No. 32 Tahun 2004 membuat UU No. 32 Tahun 2004 belum kuat mengarah pada pencapaian cita-cita Desa yang mandiri, demokratis dan sejahtera.

Ada banyak kalangan menilai bahwa otonomi Desa berdasar otonomi asli, yang berarti Desa mengurus sendiri sesuai dengan kearifan dan kapasitas lokal, tanpa intervensi dan tanggung jawab negara. Namun ada banyak pandangan bahwa otonomi asli itu sudah hilang manakala semua urusan pemerintahan sudah menjadi milik negara; tidak ada satupun urusan pemerintahan yang luput dari pengaturan negara.

UU No. 32 Tahun 2004 mengusung nilai demokrasi substansial yang bersifat universal seperti akuntabilitas, transparansi dan partisipasi. Tentu banyak pihak menerima nilai-nilai universal ini, mengingat Desa sekarang telah menjadi institusi modern. Tetapi tidak sedikit orang yang selalu bertanya: apakah nilai-nilai universal itu cocok dengan kondisi lokal, apakah orang-orang lokal mampu memahami roh akuntabilitas, transparansi dan partisipasi dengan cara pandang lokal, atau adakah nilai-nilai dan kearifan lokal yang bisa diangkat untuk memberi makna dan simbol akuntabilitas, transparansi dan partisipasi. Sementara perdebatan pada aras demokrasi prosedural terletak pada pilihan: permusyawaratan yang dipimpin atau perwakilan yang populis.

Dari sisi kesejahteraan, UU No. 32 Tahun 2004 memang telah membawa visi kesejahteraan melalui desain kelembagaan otonomi daerah. Semua pihak mengetahui bahwa tujuan besar desentralisasi dan otonomi daerah adalah membangun kesejahteraan rakyat. Pemerintah daerah mempunyai kewajiban dan tanggung jawab besar meningkatkan kesejahteraan rakyat melalui kewenangan besar dan keuangan yang dimilikinya. Tetapi visi kesejahteraan belum tertuang secara jelas dalam pengaturan mengenai Desa.

Ketiga, Desain UU No. 32 Tahun 2004 tentang Desa terlalu umum sehingga dalam banyak hal pasal-pasal tentang Desa baru bisa dijalankan setelah lahir Peraturan Pemerintah dan Perda. Kecenderungan ini membuat implementasi kewenangan ke Desa sangat tergantung pada kecepatan dan kapasitas Pemerintah dan Pemerintah Daerah dalam membuat pengaturan lebih lanjut tentang Desa. Berdasarkan UU No. 32 Tahun 2004 dan PP No. 72/2004 mengamanatkan sebanyak 18 buah Peraturan Daerah dan dua Peraturan Bupati/Walikota yang harus dibentuk oleh Kabupaten/Kota. Banyaknya aturan pelaksana yang harus dibuat oleh Pemerintah dan Pemerintah Daerah membuat proses implementasi otonomi Desa tidak bisa berjalan dengan optimal, karena Kabupaten/Kota selalu akan menunggu lahirnya peraturan di atasnya. Hal ini ditambah dengan pemahaman atas desain kelembagaan UU No. 32 Tahun 2004 yang masih terbatas, serta menimbulkan masalah yang begitu kompleks dalam implementasi (pelaksanaan). Pemerintah pusat (melalui Ditjen PMD Depdagri) sudah membuat berbagai panduan standar maupun melakukan sosialisasi dan koordinasi dengan para pejabat daerah pengelola Desa. Namun Pejabat daerah mengalami kesulitan dalam meyakinkan atasannya (termasuk bupati) dan memberikan sosialisasi lebih lanjut kepada Desa. Karena itu implementasi regulasi itu sangat beragam. Sebagai contoh, di banyak kabupaten

(NAD, Kalimantan Barat, Bali, Maluku) sampai sekarang belum membentuk BPD versi UU No. 22 Tahun 1999 dan BPD versi UU No. 32 Tahun 2004. Juga lebih banyak kabupaten yang belum menjalankan kebijakan Alokasi Dana Desa (ADD), apalagi melaksanakan Permendagri No. 30/2006 tentang tata cara penyerahan urusan kewenangan Desa. Pendek kata, implementasi UU No. 32 Tahun 2004 dan PP No. 72/2004 masih jauh dari harapan. Penyebabnya bermacam-macam: pemahaman lokal yang terbatas, keengganan daerah untuk menjalankan, daerah merasa rugi, tarik-menarik antara kabupaten dan Desa, dan lain-lain.

Penyerahan ketiga urusan/kewenangan dari Kabupaten/Kota kepada Desa sebenarnya tidak dikenal dalam teori desentralisasi. Karena itu jika UU Desa disusun terpisah dari UU Pemda, hal ini akan semakin mempertegas amanat dan makna Pasal 18 UUD 1945, sekaligus akan semakin memperjelas posisi (kedudukan) dan kewenangan Desa atau memperjelas makna otonomi Desa.

Dengan berlakunya UU No. 6 tahun 2014 tentang Desa, Kementerian Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal dan Transmigrasi telah merencanakan Nawa Kerja Prioritas yang akan menjadi target utama dalam masa jabatan tahun 2014-2019. Yakni:

- (1) Program Gerakan Desa Mandiri di 3.500 desa tahun 2014;
- (2) pendampingan dan penguatan kapasitas kelembagaan dan aparatur desa tahun 2015;
- (3) pembentukan dan pengembangan 5.000 Badan Usaha Milik Desa (BUM Desa);
- (4) melakukan revitalisasi pasar desa yg ditargetkan dilakukan di 5.000 desa/kawasan pedesaan;
- (5) pembangunan infrastruktur jalan pendukung pengembangan produk unggulan di Desa Mandiri;
- (6) persiapan implementasi penyaluran Dana Desa senilai Rp. 1,4 miliar untuk setiap desa secara bertahap;

- (7) penyaluran modal bagi koperasi serta usaha mikro, kecil, dan menengah di 5.000 desa;
- (8) pembangunan proyek percontohan sistem pelayanan publik jaringan koneksi *online* di desa; dan
- (9) selamatkan desa (*save villages*) perbatasan, pulau terdepan dan terluar.²⁰¹

Dalam UU No. 32 Tahun 2004 hanya menyebutkan masyarakat hukum adat, tidak secara tegas menyebut Desa Adat. Sedangkan dalam UU Desa terdapat ketentuan khusus mengenai Desa Adat, penataan Desa Adat, kewenangan Desa Adat, pemerintah Desa Adat dan peraturan Desa Adat. Artinya dalam UU Desa ini, dihormati kekhasan masing-masing daerah di mana dalam aturan sebelumnya itu tidak diatur secara tegas.

Lebih lanjut, dalam aturan sebelumnya kewenangan pemerintahan yang menjadi kewenangan desa mencakup urusan pemerintahan yang sudah ada berdasarkan hak asal-usul desa, urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Kabupaten/Kota yang diserahkan pengaturannya kepada desa, tugas pembantuan dari pemerintah, pemerintah provinsi dan atau pemerintah Kabupaten/Kota, urusan pemerintahan lainnya yang oleh peraturan perundang-undangan diserahkan kepada desa. Dalam UU No. 6 Tahun 2014 tentang Desa, kewenangan desa meliputi:

- a. kewenangan berdasarkan hak asal-usul;
- b. kewenangan lokal berkala desa;
- c. kewenangan yang ditugaskan pemerintahan daerah provinsi, pemerintah kota/kabupaten; dan

201. ²⁰¹ Sambutan Menteri Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, dan Transmigrasi (Menteri Desa, PDT, dan Trans) Marwan Jafar saat memimpin rapat perdana Kementerian Desa, Pembangunan Daerah Tertinggal, dan Transmigrasi di Gedung Transmigrasi, Jakarta, Selasa (11/11/2014).

d. kewenangan lain yang ditugaskan oleh pemerintah Kabupaten/Kota sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Berkenaan dengan kewenangan-kewenangan tersebut, Pemerintah Desa juga berwenang untuk mendirikan Badan Usaha Milik Desa (BUM Desa) yang dikelola dengan semangat kekeluargaan dan gotong-royong. BUM Desa itu bisa bergerak di bidang ekonomi, perdagangan, pelayanan jasa maupun pelayanan umum lainnya sesuai ketentuan umum peraturan perundang-undangan.

Dalam penjelasan UU Nomor 6 Tahun 2014 tentang Desa, disebutkan bahwa BUM Desa ini secara spesifik tidak bisa disamakan dengan badan hukum seperti perseroan terbatas, CV atau koperasi karena tujuan dibentuknya adalah untuk mendayagunakan segala potensi ekonomi, sumber daya alam dan sumber daya manusia untuk kesejahteraan masyarakat desa.

Dengan kata lain, orientasi BUM Desa tidak hanya berorientasi pada keuntungan keuangan. Melainkan juga mendukung peningkatan kesejahteraan masyarakat desa. Sumber pendanaan BUM Desa juga dibantu oleh pemerintah, pemerintah daerah provinsi, pemerintah daerah Kabupaten/Kota, dan pemerintah desa. Pemerintah mendorong BUM Desa dengan memberikan hibah dan atau akses permodalan, melakukan pendampingan teknis dan akses ke pasar, dan memprioritaskan BUM Desa dalam pengelolaan sumber daya alam di desa.

Jadi, kewenangan desa adalah kewenangan yang dimiliki desa, meliputi kewenangan di bidang penyelenggaraan pemerintahan desa, pelaksanaan pembangunan desa, pembinaan kemasyarakatan

desa, dan pemberdayaan masyarakat desa, berdasarkan prakarsa masyarakat, hak asal-usul dan adat istiadat desa.²⁰²

Melalui UU No. 6 Tahun 2014, negara mengakui adanya kewenangan desa. Yang diatur dalam Permendes No.1/2015 secara eksplisit dijelaskan bahwa ruang lingkup kewenangan berdasarkan hak asal usul Desa meliputi:

- 1). sistem organisasi perangkat Desa;
- 2). sistem organisasi masyarakat adat;
- 3). pembinaan kelembagaan masyarakat;
- 4). pembinaan lembaga dan hukum adat;
- 5). pengelolaan tanah kas Desa;
- 6). pengelolaan tanah Desa atau tanah hak milik Desa yang menggunakan sebutan setempat;
- 7). pengelolaan tanah bengkok;
- 8). pengelolaan tanah pecatu;
- 9). pengelolaan tanah titisara; dan
- 10). pengembangan peran masyarakat Desa.

Selain menjelaskan soal kewenangan hak asal usul desa, pada Pasal 3 (Permendes No. 1/2015), juga dijelaskan soal kewenangan berdasarkan hak asal usul Desa Adat meliputi:

- (1) penataan sistem organisasi dan kelembagaan masyarakat adat;
- (2) pranata hukum adat;
- (3) pemilikan hak tradisional;
- (4) pengelolaan tanah kas Desa Adat;
- (5) pengelolaan tanah ulayat;
- (6) kesepakatan dalam kehidupan masyarakat Desa Adat;
- (7) pengisian jabatan Kepala Desa Adat dan perangkat Desa Adat; dan
- (8) masa jabatan Kepala Desa Adat.

4. Isu-isu Penting UU Desa

202. ²⁰² Tim Visi Yustisia, 2015, *Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2014 Tentang Desa dan Peraturan Terkait*, Jakarta: Visimedia, hal. 10.

Ada beberapa isu penting dari UU No. 6 Tahun 2014 tentang Desa yang perlu dicermati, antara lain sebagai berikut:

Dana milyaran rupiah akan masuk ke Desa

Dengan disahkannya UU Desa maka tiap Desa akan mendapatkan kucuran dana dari pemerintah pusat melalui APBN lebih kurang 1 milyar per tahun. Ini bisa kita baca pada pasal 72 ayat (1) mengenai sumber pendapatan desa, dalam huruf d disebutkan sumbernya berasal dari: “*alokasi dana desa yang merupakan bagian dari dana perimbangan yang diterima Kabupaten/Kota*”. Selanjutnya dalam ayat (4) pasal yang sama disebutkan, “*Alokasi dana desa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) huruf d paling sedikit 10% (sepuluh per seratus) dari dana perimbangan yang diterima Kabupaten/Kota dalam Anggaran Pendapatan dan Belanja Daerah setelah dikurangi Dana Alokasi Khusus*”.

Penghasilan Kepala Desa

Selain dana milyaran rupiah, isu penting berikutnya adalah menyangkut penghasilan tetap Kepala Desa. Menurut Pasal 66 Kepala Desa atau yang disebut lain (Nagari) memperoleh gaji dan penghasilan tetap setiap bulan. Penghasilan tetap Kepala Desa dan Perangkat Desa bersumber dari dana perimbangan dalam APBN yang diterima oleh Kabupaten/Kota dan ditetapkan oleh APBD. Selain penghasilan tetap yang dimaksud, Kepala Desa dan Perangkat Desa juga memperoleh jaminan kesehatan dan penerimaan lainnya yang sah.

Kewenangan Kepala Desa

Selain dua hal sebagaimana tersebut diatas, dalam UU Desa tersebut akan ada pembagian kewenangan tambahan dari pemerintah daerah yang merupakan kewenangan untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat yaitu adanya peluang desa

untuk mengatur penerimaan yang merupakan pendapatan desa yaitu sebagaimana diatur dalam Pasal 72 UU Desa.

Syarat Pendidikan Calon Kepala Desa

Di dalam UU Desa, Pemerintahan Desa diselenggarakan oleh Pemerintah Desa yang terdiri atas Kepala Desa dan Perangkat Desa. Di dalam Bab V Bagian Ketiga diatur secara terperinci tentang mekanisme Pemilihan Kepala Desa berikut syarat-syarat untuk menjadi Kepala Desa. Berbeda dengan Perangkat Desa yang mensyaratkan pendidikan paling rendah sekolah menengah umum atau yang sederajat, syarat Calon Kepala Desa berpendidikan paling rendah tamat sekolah menengah pertama atau sederajat.

Masa Jabatan Kepala Desa bertambah

Undang-Undang Desa mengatur masa jabatan Kepala Desa adalah 6 tahun dan dapat dapat menjabat paling banyak 3 (tiga) kali masa jabatan secara berturut-turut atau tidak secara berturut-turut (Pasal 39). Demikian juga dengan masa jabatan Badan Permusyawaratan Desa (BPD), mereka bisa menjabat paling banyak 3 (tiga) kali masa jabatan, baik secara berturut turut maupun tidak berturut-turut. Hal Ini berbeda dengan Undang-Undang yang berlaku sebelumnya yaitu UU No. 32 Tahun 2004 di mana Kepala Desa dan BPD hanya bisa menjabat paling banyak 2 (dua) kali masa jabatan.

Penguatan Fungsi Badan Permusyawaratan Desa

Menurut Pasal 55 UU Desa, Badan Permusyawaratan Desa (BPD) mempunyai fungsi:

- 1). membahas dan menyepakati Rancangan Peraturan Desa bersama Kepala Desa;
- 2). menampung dan menyalurkan aspirasi masyarakat Desa; dan
- 3). melakukan pengawasan kinerja Kepala Desa.

Di sini ada penambahan fungsi BPD yaitu pada huruf c yaitu melakukan pengawasan kinerja Kepala Desa. Hal ini berbeda

dengan UU No. 32 Tahun 2004, di mana dalam pasal 209 disebutkan BPD hanya berfungsi menetapkan peraturan desa bersama Kepala Desa, menampung dan menyalurkan aspirasi masyarakat.

***Kewenangan Desa menurut UU No. 32/2004
dan UU No. 6/2014***

	UU No. 32/2004	UU No. 6/2014
	Urusan pemerintahan yang sudah ada berdasarkan hak asal-usul desa	Kewenangan berdasarkan hak asal usul
	Urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Kabupaten/Kota yang diserahkan pengaturannya kepada desa	Kewenangan lokal berskala Desa
	Tugas pembantuan dari Pemerintah, pemerintah provinsi, dan/atau pemerintah Kabupaten/Kota	Kewenangan yang ditugaskan oleh Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, atau Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota
	Urusan pemerintahan lainnya yang oleh peraturan perundang-undangan diserahkan kepada desa	Kewenangan lain yang ditugaskan oleh Pemerintah, Pemerintah Daerah Provinsi, atau Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan

Dengan menggunakan pendekatan tersebut di atas, maka penulis menyimpulkan bahwa kewenangan yang dimiliki desa merupakan proses *delegation of authority* dan proses *decentralization of power* melalui langkah-langkah konstitusional.

Perubahan pengaturan tentang kewenangan desa antara UU No. 32 Tahun 2004 dan UU No. 6 Tahun 2014. *Pertama*, UU No. 32 Tahun 2004 menegaskan urusan pemerintahan yang sudah ada

berdasarkan asal-usul desa, sedangkan UU No. 6 Tahun 2014 menyatakan kewenangan berdasarkan hak asal-usul. Pada dasarnya kedua pengaturan ini mengandung isi yang sama, hanya saja UU No. 32 Tahun 2004 secara tersurat membatasi pada urusan pemerintahan. *Kedua*, UU No. 32 Tahun 2004 menyatakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan Kabupaten/Kota yang diserahkan pengaturannya kepada desa, sedangkan UU No. 6 Tahun 2014 menegaskan kewenangan lokal berskala desa. Jenis kewenangan kedua inilah yang membedakan secara jelas diantara kedua UU tersebut.

Empat kewenangan yang dimandatkan dalam UU No. 6 Tahun 2014 menjadi wajib diketahui oleh pemerintah desa. Karena tanpa mengetahui beberapa wewenang di atas pemerintah desa akan kebingungan dalam menentukan sikap dan membuat peraturan-peraturan pada tingkat desa.

5. Problem Perkembangan Desa di Masa Akan Datang

Lemahnya *Check and Balance System* di Pemerintahan Desa. Di dalam UU ini, BPD tak memiliki fungsi pengawasan terhadap akuntabilitas Kepala Desa. Karena pertanggung-jawaban akhir tahun anggaran dan akhir masa jabatan Kepala Desa disampaikan kepada Kepala Daerah bukan kepada BPD, jadi BPD berada di luar batasan pengertian pemerintahan desa, yang meskipun salah satu fungsinya adalah menilai kinerja Kepala Desa.

Tugas BPD sebagai lembaga pemerintahan hanya melakukan pembahasan dan menerima laporan dari masyarakat, tanpa kewenangan yang bersifat *punishment*. Kondisi semacam itu dapat melemahkan BPD sekaligus pada saat yang sama menguatkan Kepala Desa (*executive heavy*). Tidak berjalannya *check and balance system* pada ujungnya akan membuka peluang maraknya korupsi di Desa sebagaimana yang banyak dikhawatirkan oleh banyak kalangan.

Rendahnya kapasitas SDM penyelenggara Pemerintahan Desa. Terdapat dua masalah yang dihadapi, *pertama*, Kepala Desa dan Perangkat Desa yang ada saat ini merupakan tinggalan masa lalu yang tidak disiapkan sedari awal untuk menjalankan kewenangan baru sebagaimana yang diatur dalam UU No. 6 Tahun 2014. Ini ada masalah klasik dalam masa transisi. *Kedua*, syarat pendidikan Calon Kepala Desa terlalu rendah, hanya tamat sekolah menengah pertama atau sederajat. Meski kepemimpinan tidak bisa disandarkan kepada daya intelektual, namun seorang pemimpin membutuhkan kecakapan dasar untuk menjalankan kepemimpinannya. Syarat yang rendah/mudah, adanya penghasilan Kepala Desa, akan berdampak pada terbukanya kontestasi menjadi Calon Kepala Desa yang kontra produktif dengan semangat otonomi desa.

Kekacauan administratif. Adanya pengaturan pendapatan desa di mana akan ada penganggaran dan pengalokasian dana ke desa dalam jumlah milyaran, maka posisi/status desa menjadi penting dan menarik. Ini akan memicu dua kemungkinan, *pertama*, terjadi peralihan status Kelurahan menjadi Desa atau status Desa menjadi Desa Adat. *Kedua*, terjadi pemecahan/pemekaran Desa. Dua kemungkinan tersebut (peralihan status dan pemekaran) terbuka lebar karena memang diatur dalam UU No. 6 Tahun 2014. Ini akan memicu ledakan jumlah desa sebagaimana dulu pernah terjadi ledakan jumlah Kabupaten/Kota saat diberlakukannya otonomi daerah. Ledakan inilah yang akan menyebabkan terjadinya kekacauan administratif.

Pelanggaran kekuasaan di Desa. Kewenangan yang luas, adanya sumber keuangan, peran BPD yang lemah, serta masa jabatan Kepala Desa 6 tahun dan bisa menjabat 3 periode berturut-turut akan berpotensi terjadinya pelanggaran kekuasaan di Desa. Polemik tentang “politik dinasti” di tingkat daerah justru bisa

menjadi kenyataan di Desa. Ini didukung dengan pola hubungan *patron-client* sangat kental di Desa.

Sebagai akhir dari ulasan tentang Desa maka tentunya undang-undang ini tidak dengan serta merta berlaku penuh sejak ditetapkan. Pada Pasal 120 ayat (2) “Peraturan Pelaksana Undang-Undang ini harus ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak Undang-Undang ini ditetapkan”. Sebagai saran mengingatkan kepala desa tidak memiliki kapasitas dan kemampuan dalam menghadapi audit BPK maka nantinya Pemerintah khususnya Menteri Dalam Negeri perlu melakukan peningkatan kapasitas dan kemampuan para kepala desa sehingga mereka mampu membuat laporan dan mempertanggungjawabkan kepada BPK

UU Desa ini akan berfungsi dengan baik jika semua hal di dalam undang-undang tersebut dijalankan dengan sebaik-baiknya oleh semua pihak. Jika hal itu terjadi, jelas akan menguntungkan desa secara signifikan. Jika sungguh-sungguh diterapkan sesuai tujuan, UU Desa akan mampu menciptakan perubahan yang signifikan terhadap kemajuan dan kesejahteraan di desa. Dan dalam pelaksanaannya perlu dikawal, dievaluasi dan diberi masukan untuk perbaikan kedepan. []

DAFTAR PUSTAKA

- Andi Widjajanto**, *Transnasionalisasi Masyarakat Sipil*, Yogyakarta: LKIS, 2007.
- Affan Gaffar**, *Politik Indonesia Transisi menuju Demokrasi*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2006.
- A.M. Fatwa**, *Potret Konstitusi Pasca Amandemen UUD 1945*, Jakarta: Kompas Media Nusantara, 2009.
- Adnan Buyung Nasution**, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional di Indonesia, Studi Sosio-Legal atas Konstituante 1956–1959*, Jakarta: Grafiti, 1995.
- Astim Riyanto**, *Teori Konstitusi*, Bandung: Yapemdo, 2006.
- Amin Suprihatini**, *Pemerintahan Desa dan Kelurahan*, Klaten: Cempaka Putih, 2007.
- Achmad Ali**, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicial Prudence); Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Vol I, Jakarta: Prenada Media Group, 2009.
- Bambang Sugiharto**, *Postmodernisme Tantangan Bagi Filsafat*, Jakarta: Kanisius, 2000.
- Bagir Manan**, *Konvensi Ketatanegaraan*, Bandung: Armico, 1987.

- Bagir Manan**, *Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia*, Bandung: Pusat Penerbitan Universitas LPPM Universitas Islam Bandung, 1995.
- Benny K. Harman**, *Konstitusionalisme Peran DPR Judicial Review*, Jakarta: Yayasan LBH Indonesia & JARIM, 1991.
- Carl Joachim Friedrich**, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Bandung: Nuansa dan Nusamedia, 2004.
- Deliar Noer**, *Perkembangan Demokrasi Kita—dalam Demokrasi dan Proses Politik*, Jakarta: LP3ES, 1986.
- Djokosoetono**, *Hukum Tata Negara*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 1982.
- Dede Ismatullah**, *Ilmu Negara Dalam Multi Perspektif, Masyarakat, Hukum dan Agama*, Bandung: Pustaka STIA, 2007.
- Ellydar Khaidir**, *Hukum dan Teori Konstitusi*, Yogyakarta: Total Media, 2007.
- Ellydar Chaidir** dan **Sudi Fahmi**, *Hukum Perbandingan Konstitusi*, Yogyakarta: Total Media, 2010.
- Francis Fukuyama**, *The End History and The Last Man*, Yogyakarta: Qalam, 2004.
- Fransisco Budi Hardiman**, *Kritik Ideologi;Pertautan Pengetahuan dan Kepentingan*, Kanisius, 1990.
- Georg Sorensen**, *Demokrasi dan Demokratisasi,-Proses dan Prospeknya dalam Sebuah Dunia yang Sedang Berubah*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2003.
- Gerald F. Gaus, Chandran Kukhatas** (Penyusun), *Handbook Teori Politik*, Bandung: Nusa Media, 2012.
- Green Mind Community**, *Teori dan Politik Hukum Tata Negara*, Yogyakarta: Total Media, 2009.
- H. Alwi Wahyudi**, *Hukum Tata Negara Indonesia dalam Perspektif Pancasila Pasca Reformasi*. Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2012.

- H.L.A. Hart**, *The Concept of Law*, New York; Clarendon, Press-Oxford, 1997.
- Henry Schmandt**, *Filsafat Politik: Kajian Historis Dari Zaman Yunani Kuno Sampai Zaman Modern*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2009.
- Immanuel Kant**, *Kritik Atas Akal Budi Praktis*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2005.
- Juniarto**, *Selayang Pandang Tentang Sumber-sumber Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Balai Pustaka, 1990.
- John T. Ishiyama** dan **Marijke Breuning** (Editor), *Ilmu Politik Dalam Paradigma Abad Ke-21*, Jilid I, Jakarta: Kencana Prenada Media Grup, 2013.
- Jimly Ashidique**, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Jakarta: Mahkamah Konstitusi RI dan Pusat Studi Hukum Tata Negara FH-UI, 2004.
- Jean Jacques Rousseau**, *Du Contract Social*, Jakarta: Transmedia Pustaka, 2009.
- Jimly Asshidiqie**, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2009.
- Lawrence M. Friedman**, *Sistem Hukum; Perspektif Ilmu Sosial*, Bandung: Nusa Media, 2011.
- Lusia Indrastuti** dan **Susanto Polamolo**, *Hukum Tata Negara dan Reformasi Konstitusi Di Indonesia; Refleksi Proses Dan Prospek Di Persimpangan*, Yogyakarta: Total Media, 2013.
- Louis Leahy**, *Manusia Sebuah Misteri; sintesa filosofis makhluk paradoks*, Jakarta: Gramedia, 1985.
- Mohtar Mas'ood**, *Negara Kapital dan Demokrasi*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2003.
- Mahfud MD**, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Yogyakarta: Gama Media, 1999.

- Mahfud MD**, *Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Yogyakarta: UII Press, 1993.
- Munir Fuady**, *Aliran Hukum Kritis, Paradigma Ketidakberdayaan Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003.
- Munir Fuady**, dalam *Teori Negara Hukum Modern (Rechstaat)*, Bandung: Refika Aditama, 2009.
- Moh. Kusnardi** dan **Harmaily Ibrahim**, *Pengantar Hukum Tata Negara*, Cet-kelima, Jakarta: Pusat Studi Hukum Tata Negara, FH-UI, 1983.
- Miriam Budiardjo**, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Jakarta: Gramedia, 1989.
- Ni'matul Huda**, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2005.
- Nugroho Nototsusanto**, *Tercapainya Konsensus Nasional 1966–1969*, Jakarta: Balai Pustaka, 1985.
- Rafael Raga Maran**, *Pengantar Sosiologi Politik*, Jakarta: Rineka Cipta, 2001.
- Richhard Harland**, *Superstrukturalisme: Pengantar komprehensif kepada semiotika, strukturalisme dan poststrukturalisme*, Yogyakarta: Jalasutra, 2006.
- Roger Simon**, *Gagasan Politik Gramsci*, Yogyakarta: Insist bekerjasama dengan Pustaka Pelajar, 2004.
- Regen B.S.**, *Politik Hukum*, Bandung: CV Utomo, 2006.
- Sri Soemantri**, *Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan dan Kehidupan Politik Indonesia*, Jakarta: Sinar Harapan, 1993.
- Sjahran Basah**, *Hukum Tata Negara Perbandingan*, Bandung: Alumni, 2012.
- Satjipto Rahardjo**, *Ilmu Hukum*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2012.
- Soehino**, *Hukum Tata Negara; Sumber-Sumber Hukum Tata Negara Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 2005.

- Soetanto Soepiadhy**, *UUD 1945–Kekosongan Politik Makro*, Jakarta: KEPEL PRESS, 2004.
- Sri Soemantri**, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konstitusi*, Bandung: Alumni, 2006.
- Syaiful Bakhri**, *Ilmu Negara dalam Konteks Negara Hukum Modern*, Yogyakarta: Total Media, 2010.
- Teguh Prasetyo** dan **Abdul Halim Barkatullah**, *Ilmu Hukum & Filsafat Hukum-Studi Pemikiran Ahli Hukum Sepanjang Zaman*, Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2011.
- Taufiqurrochman**, *Prosedur Perubahan Konstitusi (Perubahan UUD Negara RI 1945 dan Perbandingannya dengan Konstitusi Negara Lain)*, Disertasi, Jakarta: FH-UI, 2003.
- Taufiqurrohman Syahuri**, *Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum*, Jakarta: Kencana, 2011.
- Titik Triwulan Tutik**, *Konstruksi Tata Negara Indonesia Pasca Amandemen UUD 1945*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2010.
- Muhammad Hardani**, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Pustaka Eureka, Surabaya, 2003.
- Yahya A. Muhaimin**, *Perkembangan Militer dalam Politik di Indonesia 1945–1966*, Yogyakarta: Gadjah Mada University Press, 1982.
- Y. Zakaria**, 2005, *Pemulihan Kehidupan Desa dan UU No 22 Tahun 1999, Dalam Desentralisasi, Globalisasi, dan Demokrasi Lokal*, Jakarta: LP3S.
- Daeng Sudirwo**, *Pokok-Pokok Pemerintahan Di Daerah dan Pemerintahan Desa*, Bandung: Angkasa, 1981.



Dr. Lusia Indrastuti, S.H., M.Si, M.H.

Lahir di Surakarta, Jawa Tengah pada tahun 1960. Lulus Strata 1 (Sarjana Hukum) dari Universitas Diponegoro Semarang pada tahun 1986. Menamatkan S2 di Universitas Sebelas Maret UNS Surakarta pada tahun 2001. Lulusan program doktorai UNTAG Surabaya ini pernah bertugas sebagai Mantan PD II Fak Hukum (1997-2002), dan Pembantu Rektor I Universitas Slamet Riyadi Surakarta (2002- 2010). Disela mengajar, Dekan Fakultas Hukum Universitas Slamet Riyadi Surakarta (2016-2018) ini juga aktif melakukan penelitian pelbagai persoalan hukum baik lokal maupun nasional.

Hukum tata negara merupakan salah satu disiplin ilmu hukum yang perkembangannya terus melaju pesat di Indonesia, seiring dengan perubahan-perubahan tipikal struktur politik, dan struktur sosial masyarakat yang kian mengalami pergeseran signifikan. Keilmuan hukum tata negara dituntut untuk mampu membaca proses dan proses yang berlangsung tersebut, dan menghadirkannya secara ilmiah baik ke hadapan publik akademik, maupun khalayak umum.

Buku ini terbagi ke dalam delapan Bab.

- Bab I, mengulas tentang lingkup kajian hukum tata negara, pengertian, dan perbedaan-perbedaannya.
- Bab II, membahas tentang sumber-sumber hukum tata negara secara umum.
- Bab III, membahas tentang konsepsi negara hukum, asas dan prinsip-prinsipnya.
- Bab IV mengulas tentang konstitusi.
- Bab V mengulas konstitusi di Indonesia, sejarah, dan reformasi konstitusi.
- Bab VI membahas problematika reformasi konstitusi di Indonesia secara spesifik.
- Bab VII mengenai praktik demokrasi dan problem tolak-tarik politik hukum di Indonesia.
- Bab VIII membahas pengantar memahami konsep pemerintahan desa dan problematikanya.

Penerbit:
Kreasi Total Media
Kauman GM 17/332 RT 46 RW 12 Yogyakarta 55122
Telp./Faks: 0274-375314; e-mail: totalmedia_publisher@yahoo.co.id

ISBN 978-602-19601-8-9



9 786021 960189