BAB II

TINJAUAN UMUM TEORI DEMOKRASI, HAK ASASI MANUSIA, DAN HUKUM PROGRESIF

A. Demokrasi

1. Pengertian dan Hakikat Demokrasi

Demokrasi saat ini merupakan kata yang senantiasa mengisi perbincangan berbagai lapisan masyarakat, mulai dari masyarakat bawah sampai masyarakat kelas elit, seperti kalangan elit politik, birokrat pemerintahan, tokoh masyarakat, aktivis lembaga swadaya masyarakat (LSM), cendekiawan, mahasiswa, dan kaum profesional lainnya.[42] Pemahaman terkait hakikat demokrasi terlebih dahulu diawali dengan pengertian demokrasi itu sendiri. Di awal sudah ditegaskan bahwa demokrasi itu sendiri berasal dari bahasa Yunani, yang mempunyai arti rakyat berkuasa atau kekuasaan tertinggi berada dalam keputusan rakyat.

Secara terminologis, menurut Josefh A. Schmeter, demokrasi merupakan suatu perencanaan institusional untuk mencapai keputusan politik dimana individu-individu memperoleh kekuasaan untuk memutuskan dengan cara perjuangan kompetitif atas suara rakyat.[43] Sedangkan Sidney Hook mengatakan, bahwa demokrasi adalah bentuk pemerintahan dimana keputusan-keputusan

---

[42] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan Kewarganegaraan (Civic Education) : Demokrasi, HAM, & Masyarakat Madani*, IAIN Jakarta Press, Jakarta, 2000, hlm. 161

[43] *Ibid*., hlm. 162

pemerintah yang penting secara langsung atau tidak langsung didasarkan pada kesepakatan mayoritas yang diberikan secara bebas dari rakyat dewasa.[44]

James Mac Gregor memberikan pengertian terkait demokrasi yaitu "*a system of government in which those who have authority to make decisions (that have the force of law) acquire an retain this authority either directly or indirectly as the result of winning free elections in which the great majority of adult citizens are allowed to participate*".[45]

Dari pendapat para ahli di atas terdapat titik taut dan benang merah tentang pengertian demokrasi yaitu rakyat sebagai pemegang kekuasaan, pembuat dan penentu keputusan dan kebijakan tertinggi dalam penyelenggaraan negara dan pemerintahan serta pengontrol terhadap pelaksanaan kebijakannya baik yang dilakukan secara langsung oleh rakyat atau yang mewakilinya melalui lembaga perwakilan. Karena itu, negara yang menganut sistem demokrasi diselenggarakan berdasarkan kehendak dan kemauan rakyat mayoritas dan juga tidak mengesampingkan kaum minoritas.[46]

Demokrasi pertama-tama merupakan gagasan yang mengandaikan bahwa kekuasaan itu adalah dari, oleh, dan untuk rakyat. Dalam pengertian yang lebih partisipatif, demokrasi itu bahkan disebut sebagai konsep kekuasaan dari, oleh, untuk, dan bersama rakyat. Artinya, kekuasaan itu pada pokoknya diakui berasal dari rakyat, dan karena itu rakyatlah yang sebenarnya menentukan dan memberi

---

[44] *Ibid.*

[45] James Mac Gregor Burns at all, *Government By The People*, Thirteenth Alternate Edition, Prenntice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1989 yang dikutip dalam Saifudin, *Partisipasi Publik Dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, FH UII Press, Yogyakarta, 2009, hlm. 13

[46] A. Ubaidillah, et al, *Pendidikan...Op.Cit.*, hlm. 163

arah serta yang sesungguhnya menyelenggarakan kehidupan kenegaraan. Keseluruhan sistem penyelenggaraan negara itu pada dasarnya juga diperuntukkan bagi seluruh rakyat itu sendiri. Bahkan, negara yang baik diidealkan pula agar diselenggarakan bersama-sama dengan rakyat dalam arti dengan melibatkan masyarakat dalam arti yang seluas-luasnya.[47] Jadi tepat, bahwa demokrasi diberikan rumusan singkat sebagai "*a government of the people, by the people, for the people.*"

Berdasarkan pengertian para ahli di atas, maka hakikat demokrasi itu sendiri sesungguhnya merupakan sebuah sistem dimana rakyat memiliki kekuasaan tertinggi dalam suatu negara. Bahkan dengan kekuasaan itu, rakyat turut menjalankan roda pemerintahan. Sebagai pemegang kekuasaan tertinggi dan turut serta menjalankan roda pemerintahan, maka rakyat dapat bersama-sama ikut merumuskan dan menetapkan kebijakan negara. Ikutnya rakyat dalam merumuskan dan menetapkan kebijakan negara tentu dengan harapan bahwa ketika kebijakan untuk rakyat itu digulirkan, otomatis rakyat akan menaati dan menjalankan kebijakan itu secara konsekuen dan sungguh-sungguh, karena pada hakikatnya rakyatlah yang telah merumuskan dan membuat kebijakan itu sendiri.

Pemahaman tentang pengertian dan hakikat demokrasi di atas, sudah barang tentu mempunyai konsekuensi-konsekuensi yang harus diperhatikan. Dalam kaitan ini, Afan Gaffar memberikan lima hal yang merupakan elemen empirik sebagai konsekuensi dari demokrasi, yaitu[48] :

---

[47] Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 241

[48] Afan Gaffar, *Politik Indonesia Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2001, hlm. 15

a. Masyarakat menikmati apa yang menjadi hak-hak dasar mereka termasuk hak untuk berserikat, berkumpul (*freedom of assembly*), hak untuk berpendapat (*freedom of speech*), dan menikmati pers yang bebas (*freedom of the press*);
b. Adanya pemilihan umum yang dilakukan secara teratur di mana si pemilih bebas menentukan pilihannya tanpa unsur paksaan;
c. Sebagai konsekuensi kedua hal di atas, warga masyarakat dapat mengaktualisasikan dirinya secara maksimal di dalam kehidupan politik dengan melakukan partisipasi politik yang mandiri (*autonomous participation*) tanpa digerakkan;
d. Adanya kemungkinan rotasi berkuasa sebagai produk dari pemilihan umum yang bebas;
e. Adanya rekruitmen politik yang bersifat terbuka (*open recruitmen*) untuk mengisi posisi-posisi politik yang penting di dalam proses penyelenggaraan negara.

2. Prinsip-prinsip Demokrasi

Bagi negara-negara yang menganut demokrasi tentulah rakyat ditempatkan sebagai subjek yang sentral dalam menjalankan roda pemerintahan dengan garis dan prinsip dasar tertentu. Demokrasi sebagai sebuah sistem tentu memiliki prinsip-prinsip dasar. Prinsip-prinsip demokrasi menurut Masykuri Abdillah, terdiri dari persamaan, kebebasan, dan pluralisme. Prinsip persamaan memberikan penegasan, bahwa setiap warga negara baik rakyat biasa atau pejabat mempunyai persamaan kesempatan dan kesamaan kedudukan di muka hukum dan pemerintahan. Begitu pula dengan prinsip kebebasan, yang menegaskan bahwa setiap individu warga negara atau rakyat memiliki kebebasan menyampaikan pendapat dan membentuk perserikatan. Sedangkan prinsip pluralisme, memberikan penegasan dan pengakuan bahwa keragaman budaya, bahasa, etnis, agama, pemikiran dan sebagainya merupakan *conditio sine qua non* (sesuatu yang

tidak bisa terelakkan). Sedangkan menurut Inu Kencana, prinsip-prinsip demokrasi adalah sebagai berikut [49]:

a) Adanya pembagian kekuasaan (*sharing power*)
b) Adanya pemilihan umum yang bebas (*general election*)
c) Adanya manajemen pemerintahan yang terbuka
d) Adanya kebebasan individu
e) Adanya peradilan yang bebas
f) Adanya pengakuan hak minoritas
g) Adanya pemerintahan yang berdasarkan hukum
h) Adanya pers yang bebas
i) Adanya multi partai politik
j) Adanya musyawarah
k) Adanya persetujuan parlemen
l) Adanya pemerintahan yang konstitusional
m) Adanya ketentuan pendukung tentang sistem demokrasi
n) Adanya pengawasan terhadap administrasi publik
o) Adanya perlindungan HAM
p) Adanya pemerintahan yang bersih (*clean and good government*)
q) Adanya persaingan keahlian (profesionalitas)
r) Adanya mekanisme politik
s) Adanya kebijakan negara yang berkeadilan
t) Adanya pemerintahan yang mengutamakan tanggungjawab

Robert A. Dahl juga merumuskan prinsip-prinsip demokrasi yaitu : (1) kontrol atas keputusan-keputusan pemerintah; (2) para penjabat yang dipilih selalu dari proses pemilihan yang dilakukan secara jujur; (3) adanya hak untuk memilih; (4) adanya hak untuk dipilih; (5) kebebasan warga negara untuk mengeluarkan dan menyatakan pendapat tanpa ancaman; (6) warga negara mempunyai hak untuk mendapatkan sumber-sumber informasi; (7) warga negara mempunyai hak untuk membentuk perkumpulan-perkumpulan atau organisasi.[50]

---

[49] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan...Op.Cit.*, hlm. 168

[50] Robert A. Dahl, *Dilemmas Of Pluralist Democracy : Autonomy and Control*, Yale University Press, New Heaven and London, 1982, hlm. 18

Prinsip-prinsip demokrasi di atas tentu bisa dijadikan pedoman bagi negara-negara yang menganut sistem demokrasi. Dalam kaitannya dengan hal tersebut, Robert A. Dahl menggarisbawahi bahwa proses demokrasi yang ideal itu harus memenuhi 5 (lima) kriteria secara utuh, yaitu [51]:

a. Persamaan hak pilih (*equality in voting*)
   Dalam membuat keputusan kolektif yang mengikat, hak istimewa dari setiap warga negara seharusnya diperhatikan secara berimbang dalam menentukan keputusan terakhir.
b. Partisipasi efektif (*effective participation*)
   Dalam seluruh proses pembuatan keputusan secara kolektif, termasuk tahap penentuan agenda kerja, setiap warganegara harus mempunyai kesempatan yang sama dan memadai untuk menyatakan hak-hak istimewanya dalam rangka mewujudkan kesimpulan terakhir.
c. Mendapatkan pemahaman yang jernih (*gaining enlightened understanding*)
   Dalam waktu yang dimungkinkan, karena keperluan untuk suatu keputusan, setiap warganegara harus mempunyai peluang yang sama dan memadai untuk melakukan penilaian yang logis demi mencapai hasil yang paling diinginkan.
d. Melaksaknakan kontrol terakhir terhadap agenda (*exercising final control over the agenda*)
   Masyarakat harus mempunyai kekuasaan eksklusif untuk menentukan soal-soal mana yang harus dan tidak diputuskan melalui proses-proses yang memenuhi ketiga kriteria sebelumnya. Dengan cara lain, tidak memisahkan masyarakat dari hak kontrolnya terhadap agenda dan dapat mendelegasikan kekuasaan kepada orang-orang lain yang mungkin dapat membuat keputusan-keputusan lewat proses non demokratis.
e. Pencakupan orang dewasa (*inclusion of adults*)
   Masyarakat harus meliputi semua orang dewasa dalam kaitannya dengan hukum, kecuali pendatang sementara.

Bagi Robert A. Dahl, sulit untuk meyakini bagaimana orang-orang dapat memerintah dirinya jika proses pembuatan keputusan yang mereka anut tidak memenuhi lima kriteria di atas, dan sama sulitnya untuk memahami bagaimana

[51] *Ibid*., hlm. 10

mereka dapat dituduh tidak memerintah dirinya sendiri selama proses-proses politik mereka telah memenuhi lima kriteria di atas secara utuh. Proses pembuatan keputusan yang demokratis adalah dengan didasarkan lima kriteria di atas.[52] Jika salah satu saja diabaikan, maka demokratis atau tidaknya sebuah negara yang menganut demokrasi bisa dipersoalkan.

Adanya prinsip-prinsip tersebut di atas bisa dijadikan tolok ukur dalam melihat berbagai negara yang mengklaim sebagai negara demokrasi. Jadi, merujuk pada pendapat para ahli di atas, ketika kesempatan-kesempatan yang merupakan konsekuensi dari ukuran umum negara demokrasi tidak dijalankan, maka negara tersebut tidak dapat dikualifikasikan sebagai negara demokrasi. Bagi sebuah negara yang menganut demokrasi, prinsip-prinsip yang tersebut di atas wajib dipertimbangkan.

3. Sejarah Perkembangan Demokrasi

Pada permulaaan pertumbuhannya demokrasi telah mencakup beberapa asas dan nilai yang diwariskan kepadanya dari masa yang lampau, yaitu gagasan mengenai demokrasi dari kebudayaan Yunani Kuno, dan gagasan mengenai kebebasan beragama yang dihasilkan oleh aliran Reformasi serta perang-perang agama yang menyusulnya.[53]

Sistem demokrasi yang terdapat di negara-kota (*city-state*) Yunani Kuno (abad ke-6 sampai abad ke-3 S.M), merupakan demokrasi langsung (*direct democracy*), yaitu suatu bentuk pemerintahan dimana hak untuk membuat

---

[52] *Ibid*.

[53] Miriam Budiarjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, edisi Revisi, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2008, hlm. 108

keputusan-keputusan politik dijalankan secara langsung oleh seluruh warga negara yang bertindak berdasarkan prosedur mayoritas. Sifat langsung dari demokrasi Yunani dapat diselenggarakan secara efektif karena berlangsung dalam kondisi yang sederhana, wilayahnya terbatas (negara terdiri dari kota dan daerah sekitarnya), serta jumlah penduduk sedikit (300.000 penduduk dalam satu negara-kota). [54] Negara Yunani Kuno ini mempunyai tipe sebagai negara kota atau polis. Negara kota ini mempunyai wilayah sebesar kota yang dilingkari oleh tembok-tembok yang merupakan benteng pertahanan kalau ada serangan musuh dari luar. Penduduknya sedikit jumlahnya dan pemerintahannya demokratis.[55] Disebut demokratis karena salah satu alasannya yaitu seluruh rakyat bisa turut serta dalam merumuskan kebijakan negara.

Dalam susunan pemerintahannya, rakyat langsung ikut serta dalam pemerintahan dan pemerintahan ini merupakan pemerintahan demokrasi langsung. Untuk melaksanakan demokrasi langsung itu rakyat harus memiliki pengetahuan yang cukup. Pengetahuan umum ini diajukan kepada rakyat agar rakyat dapat ikut serta dalam pemerintahan.[56] Akan tetapi, ketentuan-ketentuan demokrasi hanya berlaku untuk warga negara yang resmi, yang hanya merupakan bagian kecil saja dari penduduk. Untuk mayoritas yang terdiri atas budak belian dan pedagang asing, demokrasi tidak berlaku.

Pemerintahan yang dijalankan dalam negara Yunani Kuno itu, pemerintahannya diselenggarakan dengan mengumpulkan rakyat di suatu tempat yang disebut *eclesia*. Dalam forum itu dikemukakan kebijaksanaan-kebijaksanaan

---

[54] *Ibid*., hlm. 109
[55] Ni'matul Huda, *Ilmu negara*, Rajawali Pers, Jakarta, 2013, hlm. 84
[56] *Ibid*., hlm. 85

pemerintah, kesulitan-kesulitan yang dihadapi pemerintah untuk dipecahkan bersama, mengadakan perbaikan-perbaikan yang perlu diselenggarakan bersama. Dengan demikian, rakyat dapat ikut serta memecahkan kesulitan-kesulitan yang dialami oleh pemerintah dengan mengajukan usul-usul dan sebagainya.[57]

Tetapi bagaimanapun keadaannya, sistem demokrasi langsung ini belum pernah dapat dilaksanakan secara konsekuen dalam sejarah ketatanegaraan, sekalipun pada jaman Yunani Kuno itu sendiri. Pada jaman Yunani Kuno itupun kenyataannya yang berhak ikut memikirkan jalannya pemerintahan, lebih-lebih yang ikut memerintah, itu hanyalah orang-orang tertentu saja, yaitu orang-orang yang merdeka. Jadi misalnya : budak-budak belian, orang-orang yang sakit ingatan, anak-anak yang dianggap belum dewasa, orang-orang yang tidak mampu membayar pajak, bahkan juga orang-orang perempuan, itu tidak mempunyai hak kenegaraan sama sekali.[58]

Baru kemudian pada abad ke XVIII timbul suatu sistem demokrasi baru, yang memberikan kemungkinan untuk dapat dilaksanakan dalam negara-negara besar serta berkembang ke arah peradaban modern, karena dalam sistem demokrasi ini, tidaklah semua orang warga negara diikutsertakan secara langsung dalam pemerintahan, melainkan mereka itu memilih wakil-wakil mereka di antara mereka itu sendiri, yang kemudian duduk dalam badan-badan perwakilan.[59] Dalam negara modern, demokrasi tidak lagi bersifat langsung, tetapi merupakan demokrasi berdasarkan perwakilan (*representative democracy*).[60] Dalam

---

[57] *Ibid.*
[58] Soehino, *Ilmu Negara*, Liberty, Yogyakarta, Cet 7, 2005, hlm. 209
[59] *Ibid*., hlm. 210
[60] *Ibid*., hlm. 109

demokrasi perwakilan, di dalam praktiknya yang menjalankan kedaulatan rakyat itu adalah wakil-wakil rakyat yang duduk di lembaga parlemen. Para wakil rakyat itu bertindak atas nama rakyat, dan wakil-wakil rakyat itulah yang menentukan corak dan cara bekerjanya pemerintahan, serta tujuan apa yang hendak dicapai baik dalam jangka panjang maupun dalam jangka waktu yang relatif pendek. Agar wakil-wakil rakyat benar-benar dapat bertindak atas nama rakyat, wakil-wakil rakyat itu harus ditentukan sendiri oleh rakyat yaitu melalui pemilu (*general election*).[61] Dalam banyak hal, sistem demokrasi perwakilan ini, individu mendapatkan kebebasan seluas-luasnya dalam lapangan pemerintahan. Dalam arti dapat ikut menentukan jalannya pemerintahan secara bebas. Wakil-wakil rakyat dituntut untuk memberikan akses yang luas terhadap rakyat yang diwakilinya, seperti informasi ataupun aspirasi.

Gagasan demokrasi Yunani boleh dikatakan hilang dari muka dunia Barat waktu bangsa Romawi, yang sedikit banyak masih kenal kebudayaan Yunani, dikalahkan oleh suku bangsa Eropa Barat dan benua Eropa memasuki abad pertengahan (600-1400). Masyarakat abad pertengahan dicirikan oleh struktur sosial yang feodal (hubungan antara *vassal* dan *lord*); yang kehidupan sosial serta spiritualnya dikuasai oleh Paus dan pejabat-pejabat agama lainnya; yang kehidupan politiknya ditandai oleh perebutan kekuasaan antara bangsawan satu sama lain. Dilihat dari sudut perkembangan, demokrasi Abad Pertengahan menghasilkan suatu dokumen penting, yaitu Magna Charta 1215.[62]

---

[61] Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm. 414

[62] Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar...Op.Cit*., hlm. 109

Sebelum abad pertengahan berakhir dan pada permulaan abad ke-16 di Eropa Barat muncul negara-negara nasional (*nation state*) dalam bentuk yang modern. Eropa Barat mengalami beberapa perubahan sosial dan kultural yang mempersiapkan jalan untuk memasuki zaman yang lebih modern dimana akal dapat memerdekakan diri dari pembatasan-pembatasannya. Dua kejadian ini ialah Renaissance (1350-1600) yang terutama berpengaruh di Eropa Selatan seperti Italia, dan Reformasi (1500-1650) yang mendapat banyak pengikutnya di Eropa Utara, seperti Jerman dan Swiss.[63]

Kedua aliran pikiran yang tersebut di atas mempersiapkan orang Eropa Barat dalam masa 1650-1800, menyelami masa *Aufklarung* (Abad Pemikiran) beserta rasionalisme, suatu aliran pikiran yang ingin memerdekakan pikiran manusia dari batas-batas yang ditentukan oleh gereja dan mendasarkan pemikiran atas akal (*ratio*) semata-mata. Kebebasan berpikir membuka jalan untuk meluaskan gagasan ini di bidang politik. Timbullah gagasan bahwa manusia mempunyai hak-hak politik yang tidak boleh diselewengkan oleh raja, yang menurut pola yang sudah lazim pada masa itu mempunyai kekuaan tak terbatas.[64]

Pendobrakan terhadap kedudukan raja-raja absolut ini didasarkan atas suatu teori rasionalistis yang umumnya dikenal sebagai *social contract* (kontrak sosial). Pada hakikatnya teori-teori kontrak sosial merupakan usaha untuk mendobrak dasar dari pemerintahan absolut dan menetapkan hak-hak politik rakyat. Filusuf-filusuf yang mencetuskan gagasan ini antara lain John Locke dari

---

[63] *Ibid.*
[64] *Ibid*., hlm. 111

Inggris (1632-1704) dan Montesquieu dari Prancis (1689-1755).[65] Sebagai akibat dari pergolakan tersebut, maka pada akhir abad ke-19 gagasan mengenai demokrasi mendapat wujud yang konkret sebagai program dan sistem politik. Demokrasi pada tahap ini semata-mata bersifat politis dan mendasarkan dirinya atas asas-asas kemerdekaan individu, kesamaan hak (*equal rights*), serta hak pilih untuk semua warga negara (*universal suffrage*).[66]

Di zaman modern sekarang ini, hampir semua negara mengklaim menjadi penganut paham demokrasi. Seperti dapat diketahui dari penelitian-penelitian Amos. J Peaslee pada tahun 1950, dari 83 UUD negara-negara yang diperbandingkannya, terdapat 74 negara yang konstitusinya secara resmi menganut prinsip kedaulatan rakyat (90%).[67] Samuel Huntington menyatakan, bahwa dunia kini tengah berada dalam sebuah era yang disebut sebagai gelombang demokrasi ketiga. Hal ini dibuktikan dengan banyaknya jumlah negara-negara yang mengaku sebagai "negara demokrasi".[68] Demokrasi dipilih karena demokrasi selalu memberikan posisi penting bagi rakyat. Dalam pandangan tertentu, titik berat demokrasi adalah partisipasi sebesar-besarnya oleh rakyat dalam menjalankan kekuasaan negara.

Robert A. Dahl melihat, bahwa demokrasi memiliki keunggulan dibandingkan dengan sistem ketatanegaraan yang lain. Dahl mengidentifikasi paling tidak terdapat sepuluh keunggulan demokrasi: 1) menghindari tirani; 2)

---

[65] *Ibid.*

[66] *Ibid*., hlm. 112

[67] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Sinar Grafika Offset, Jakarta, 2011, hlm. 140

[68] Samuel Huntington, *The Third Wave: Democratization In The Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Oklahoma, 1991.

menjamin hak asasi; 3) menjamin kebebasan umum; 4) menentukan nasib sendiri; 5) otonomi moral; 6) menjamin perkembangan manusia; 7) menjaga kepentingan pribadi yang utama; 8) persamaan politik; 9) menjaga perdamaian; dan 10) mendorong kemakmuran.[69] Soekarno juga mengatakan bahwa esensi dari demokrasi adalah bisa mencerminkan 'kebersamaan' dan 'keadilan sosial', dua istilah ini yang perlu digarisbawahi karena menjadi kata-kata kunci dari gagasan demokrasi yang hendak dicari.[70]

Sekarang, konsep demokrasi itu dipraktekkan di seluruh dunia secara berbeda-beda dari satu negara ke negara lain. Setiap negara dan bahkan setiap orang menerapkan definisi dan kriterianya sendiri-sendiri mengenai demokrasi itu. Sampai sekarang, negara komunis seperti Kuba dan RRC juga tetap mengaku sebagai negara demokrasi. Ia sudah menjadi paradigma dalam bahasa komunikasi dunia mengenai sistem pemerintahan dan sistem politik yang dianggap ideal, meskipun dalam praktekknya setiap orang menerapkan standar yang berbeda-beda, sesuai kepentingannya masing-masing.

4. Demokrasi Konstitusional

Di antara sekian banyak aliran pemikiran yang dinamakan demokrasi, ada dua kelompok aliran yang paling penting, yaitu demokrasi konstitusional dan satu kelompok aliran yang menamakan dirinya demokrasi, tetapi yang pada hakikatnya mendasarkan dirinya atas komunisme. Perbedaan fundamental di antara kedua aliran itu ialah bahwa demokrasi konstitusional mencita-citakan sebuah

---

[69] Veri Junaidi, *Mahkamah Konstitusi Bukum Mahkamah Kalkulator*, Themis Books, Cetakan Kedua, Jakarta, 2013, hlm. 15

[70] Moh. Yamin, *Naskah BPUKPI, Undang-Undang Dasar 1945*, Cetakan Pertama, 1959, hlm. 79

pemerintahan yang terbatas kekuasaannya, yaitu negara hukum *(rechstaat)* yang tunduk pada *rule of law*. Sebaliknya, demokrasi yang mendasarkan dirinya atas komunisme, mencita-citakan pemerintah yang tidak boleh dibatasi kekuasaannya *(machsstaat)* dan yang bersifat totaliter.[71]

Gagasan demokrasi sebagaimana terlihat dalam kenyataan beragamnya cara orang mempraktekkannya, seringkali ditafsirkan secara sepihak oleh pihak yang berkuasa. Bahkan di sepanjang sejarah, corak penerapannya juga terus berkembang dari waktu ke waktu. Karena itu, konsepsi demokrasi itu terus menerus mendapatkan atribut tambahan dari waktu ke waktu, seperti "*welfare democracy*", "*people democracy*", "*social democracy*", "*participatory democracy*", dan sebagainya. Puncak perkembangan gagasan demokrasi itu yang paling diidealkan di zaman modern sekarang ini adalah gagasan demokrasi yang berdasar atas hukum yang dalam bahasa Inggris diistilahkan dengan perkataan "*constitutional democracy*".[72]

Gagasan demokrasi konstitusional itu, hukum menempati posisi yang sentral. Demokrasi yang diidealkan haruslah diletakkan dalam koridor hukum. Tanpa hukum, demokrasi justru dapat berkembang ke arah yang keliru karena hukum dapat ditafsirkan secara sepihak oleh penguasa atas nama demokrasi.

Bersamaan dengan pemikiran tentang demokrasi, sejarah pemikiran kenegaraan juga mengembangkan gagasan mengenai negara hukum yang terkait

---

[71] Ni'matul Huda, *Hukum Tata Negara Indonesia*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 243

[72] Jimly Asshiddiqie, *Hukum...Op.Cit.*, hlm. 244

dengan kedaulatan hukum. Konsep negara hukum itu sendiri mulai berkembang dengan pesat sejak akhir abad ke 19 dan awal abad ke 20. Di Eropa Barat Kontinental, Immanuel Kant dan Friedrich Julius Stahl menyebutnya dengan istilah *Rechtsstaat*, sedangkan di negara-negara *Anglo Saxon*, A.V. Dicey menggunakan istilah *Rule of Law*. Menurut F.J Stahl, konsep negara hukum yang disebutnya dengan istilah *rechststaat* itu mencakup empat elemen penting, yaitu :

1. Perlindungan terhadap hak asasi manusia
2. Pembagian kekuasaan
3. Pemerintahan berdasarkan undang-undang
4. Peradilan tata usaha negara[73]

Sedangkan unsur-unsur *rule of law* menurut A.V Dicey[74] adalah sebagai berikut :

1. Supremasi aturan-aturan hukum *(the absolute supermacy or predominace of regular law)*
2. Kedudukan yang sama dihadapan hukum *(equality before the law, or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administrated by ordinary law courts)*
3. Adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia *(a formula expressing the fact with us the law of contitution, the rules wich in foreigh countries naturally from parts of a contituational code, are not the cource but the conseque of the rights of individuals as defined and enforced by the countries)*

Terdapat persamaan yang mendasar terhadap kedua jenis negara hukum tersebut, keduanya saling menginginkan adanya perlindungan dan penghormatan hak asasi manusia yang telah diimpikan sejak berabad-abad lamanya dengan perjuangan dan pengorbanan yang besar. Faktor utama yang menjadi sebab timbulnya penindasan dan pelanggaran terhadap hak asasi manusia adalah karena terpusatnya kekuasaan negara secara mutlak pada satu tangan, yakni raja atau

[73] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan...,Op.Cit*., hlm. 152
[74] *Ibid.*

negara *(absolute).* Karena itu adanya keinginan untuk memisahkan atau membagikan kekuasaan kepada beberapa badan atau lembaga negara lainnya, merupakan salah satu cara untuk menghindari terjadinya pelanggaran terhadap hak-hak asasi manusia. Demikian harapan agar pemerintahan dijalankan berdasarkan hukum atas dasar persamaan di hadapan hukum, terkandung maksud untuk mewujudkan pemerintah bukan oleh manusia tetapi oleh hukum.

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 jaman sekarang makin dirasakan mutlak diperlukan dalam setiap negara demokrasi. Prinsip-prinsip yang dianggap penting dalam negara hukum menurut *The International Commission of Jurist* itu adalah (1) Negara harus tunduk pada hukum; (2) Pemerintah menghormati hak-hak individu; dan (3) Peradilan yang bebas dan tidak memihak.[75]

Adanya prinsip peradilan bebas dan tidak memihak tentu menjadi penting dalam setiap negara demokrasi dan negara hukum. berkaitan dengan hal tersebut, dalam menjalankan tugas judisialnya, hakim tidak boleh dipengaruhi oleh siapapun juga, baik karena kepentingan jabatan (politik) maupun kepentingan uang (ekonomi). 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

[75] *Ibid.*

putusan, hakim harus menghayati nilai-nilai keadilan yang hidup ditengah-tengah masyarakat. Hakim tidak hanya bertindak sebagai mulut undang-undang atau peraturan perundang-undangan, melainkan juga mulut keadilan yang menyuarakan perasaan keadilan yang hidup ditengah-tengah masyarakat.[76]

Dianutnya sistem demokrasi konstitusional di kebanyakan negara-negara dunia, berangkat dari pandangan bahwa demokrasi itu bertalian dengan hubungan antara penguasa dan rakyat, dalam pengertian adalah sejauh mana peran serta rakyat di dalam menetapkan kekuasaan pemerintah di dalam suatu negara (di satu sisi berhadapan dengan hak-hak dan kekuasaan pemerintah terhadap rakyat pada sisi lain). Artinya, ada hubungan antara yang memerintah dan yang diperintah. Kesepakatan mengenai hal-hal tersebut pada umumnya dituangkan di dalam konstitusi sebagai undang-undang dasar tertulis.[77] Kesepakatan itulah yang nantinya menjadi pedoman dalam penyelenggaraan negara.

Ciri khas dari demokrasi konstitusional ialah gagasan bahwa pemerintah yang demokratis adalah pemerintah yang terbatas kekuasaannya dan tidak dibenarkan bertindak sewenang-wenang terhadap warga negaranya. Sebagaimana dikemukakan sebelumnya, bahwa pembatasan-pembatasan atas kekuasaan pemerintah tercantum dalam konstitusi, maka dari itu sering disebut pemerintah berdasarkan konstitusi (*constitutional government*). Gagasan bahwa kekuasaan pemerintah perlu dibatasi pernah dirumuskan oleh ahli sejarah Inggris, Lord Acton yang mengemukakan *power tends to corrupt, but absolute power corrupt*

---

[76] *Ibid*., hlm. 159

[77] Muhammad Alim, *Demokrasi dan Hak Asasi Manusia Dalam Konstitusi Madinah dan UUD 1945*, UII Press, Yogyakarta, 2001, hlm. 1

absolutely (manusia yang mempunyai kekuasaan cenderung untuk menyalahgunakan kekuasaan itu, tetapi manusia yang mempunyai kekuasaan tak terbatas pasti akan menyalahgunakannya secara tak terbatas pula).[78]

Pada waktu demokrasi konstitusional muncul sebagai suatu program dan sistem politik yang konkret, yaitu pada akhir abad ke-19, dianggap bahwa pembatasan atas kekuasaan negara sebaiknya diselenggarakan dengan suatu konstitusi tertulis, yang dengan tegas menjamin hak-hak asasi dari warga negara. Disamping itu, kekuasaan dibagi sedemikian rupa sehingga kesempatan penyalahgunaan diperkecil, yaitu dengan cara menyerahkannya kepada beberapa orang atau badan dan tidak memusatkan kekuasaan pemerintahan dalam tangan satu orang atau satu badan. Perumusan yuridis dari prinsip-prinsip ini terkenal dengan istilah Negara Hukum *Rechstaat* dan *Rule of Law*.[79] Dua konsep negara hukum inilah yang menjadi cikal bakal lahirnya demokrasi konstitusional yang sekarang banyak dianut oleh negara-negara di dunia.

Negara yang mempunyai kecenderungan menganut paham demokrasi konstitusional menempatkan Pemilu sebagai proses yang bertujuan agar kehendak rakyat dapat diwujudkan ke dalam sebuah pola kekuasaan tanpa menggunakan kekerasan. Pemilu merupakan wujud dari demokrasi itu sendiri. Proses Pemilu tidak hanya akan dinilai dengan berpatokan kepada kerangka hukum yang ada seperti undang-undang, melainkan juga mengacu pada tata tertib penyelenggaraan pemilu dan pelaksanaannya pun perlu kiranya diuji dan disesuaikan, dengan tujuan untuk mengetahui apakah undang-undang, tata tertib yang ada telah sesuai

---

[78] Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar...Op.Cit*., hlm . 107
[79] *Ibid*., hlm. 107-108

dengan tujuan utama dan esensi penyelenggaraan Pemilu atau tidak. Selain itu, dalam penyelenggaraan pemilu harus memperhatikan seperti hak-hak yang dimiliki oleh tiap-tiap individu maupun kelompok.

Secara ideal, tujuan penyelenggaraan pemilu ialah untuk memungkinkan terjadinya peralihan kepemimpinan pemerintahan secara tertib dan damai; untuk memungkinkan terjadinya pergantian pejabat yang akan mewakili kepentingan rakyat di lembaga perwakilan; melaksanakan prinsip kedaulatan rakyat dan prinsip hak-hak asasi warga negara.[80]

Di Indonesia, sebagai pelaksanaan demokrasi konstitusional, dalam pemilu yang dipilih tidak saja wakil rakyat yang akan duduk di lembaga perwakilan rakyat atau parlemen, tetapi juga para pemimpin yang duduk di kursi eksekutif. Di cabang kekuasaan legislatif, para wakil rakyat itu ada yang duduk di Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), ada yang duduk di Dewan Perwakilan Daerah (DPD), dan ada pula yang akan duduk di Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (DPRD), baik di tingkat provinsi ataupun ditingkat kabupaten atau kota. Sementara itu, di cabang kekuasaan eksekutif, para pemimpin yang dipilih secara langsung oleh rakyat adalah Presiden dan Wakil Presiden, Gubernur dan Wakil Gubernur, Bupati dan Wakil Bupati, serta Walikota dan Wakil Walikota. Pemilu tersebut diselenggarakan secara teratur dan berkala sebagai proses rotasi kepemimpinan.

Mengacu berbagai uraian di atas, maka demokrasi harus dibangun dalam batas nomokrasi, sebab demokrasi tidak mungkin diwujudkan tanpa adanya *rule*

[80] Jimly Asshiddiqie, *Pengantar...Op.Cit.*, hlm. 419

of law. Demokrasi membutuhkan aturan main yang jelas dan harus dipatuhi secara bersama, tanpa hal tersebut demokrasi tidak akan mencapai tujuan substansialnya. Dalam implementasi prinsip nomokrasi, maka konsep negara hukum demokratis diatur dan dibatasi oleh aturan hukum, sedangkan hukum itu sendiri ditentukan melalui cara-cara demokrasi berdasarkan konstitusi. Dengan demikian, aturan dasar penyelenggara negara, dengan segenap politik hukumnya harus didasarkan kembali secara konsisten kepada konstitusi.

Titik temu antara gagasan kedaulatan rakyat (demokrasi) dan kedaulatan hukum (nomokrasi), adalah bagaimana negara hukum yang demokratis bertemu demokrasi dan nomokrasi yang mengandung makna demokrasi yang dibatasi kesepakatan yang dilakukan oleh rakyat sendiri dalam aturan hukum dengan konstitusi sebagai puncaknya. Bagaimana kedaulatan disalurkan, diselenggarakan, dan dijalankan dibatasi aturan yang disepakati bersama.[81] Jadi, sesungguhnya gagasan demokrasi dan nomokrasi berjalin berkelindan saat ini.

Praktik demokrasi di Indonesia, sebagaimana ditegaskan pada Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 menegaskan, bahwa konsep kedaulatan rakyat yang sekarang dianut oleh bangsa Indonesia bukanlah kedaulatan rakyat dalam arti yang sebebas-bebasnya. Pelaksanaan kedaulatan rakyat dibatasi dan harus tunduk pada aturan hukum. Bagaimanapun kedaulatan rakyat *(democratie)* tetaplah mempunyai kelemahan-kelemahan, salah satunya bahwa jika tidak terkontrol dengan baik, maka akan menimbulkan tindakan yang anarkis. Oleh karena itu, dalam Pasal 1

[81] Janedri M. Gaffar, *Demokrasi Konstitusional*, Cetakan Pertama, Konpress, Jakarta, 2012, hlm. 120.

ayat (2) ditegaskan bahwa kedaulatan rakyat dilaksanakan menurut UUD menunjukkan bahwa pelaksaanaan kedaulatan rakyat disalurkan dan diselenggarakan menurut prosedur konstitusional yang ditetapkan dalam hukum dan konstitusi *(constitutional democracy).*

Dianutnya kedaulatan rakyat menghendaki bahwa pemilik kekuasaan tertinggi yang sesungguhnya dalam negara Indonesia adalah rakyat. Kekuasaan itu harus disadari berasal dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat. Bahkan kekuasaan hendaklah diselenggarakan bersama-sama dengan rakyat.[82] Dalam menyalurkan hak kedaulatannya, warga negara dapat melakukan berbagai cara, antara lain melalui hak berserikat dan berkumpul, seperti yang tercantum dalam UUD Pasal 28 (kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan sebagaimana ditetapkan dengan UU), Pasal 28 C ayat (2) (Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya), dan Pasal 28 D ayat (3) (setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan).

Hadirnya Pasal 1 ayat (3) yang menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari rumusan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945. Konsekuensi rumusan negara hukum adalah bahwa segala hal dalam kehidupan berbangsa dan bernegara, termasuk pelaksanaan kedaulatan rakyat haruslah dibarengi dengan aturan hukum. Antara kedaulatan rakyat dan prinsip negara hukum harus dilaksanakan secara beriringan. Untuk itulah Undang-

[82] *Ibid.*

Undang Dasar Republik Indonesia hendaklah menganut pengertian bahwa negara Republik Indonesia adalah negara hukum yang demokratis *(democratische rechststaat)* dan sekaligus adalah negara demokrasi yang berdasar atas hukum *(constitutional democracy*) yang tidak terpisahkan satu sama lain.[83]

Dianut dan dipraktekkannya prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat yang menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan kenegaraan, membawa implikasi bahwa setiap peraturan perundang-undangan yang ditetapkan dan ditegakkan mencerminkan nilai-nilai keadilan yang hidup di tengah masyarakat. Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku, tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/atau hanya untuk kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi. Karena hukum tidak dimaksudkan hanya menjamin kepentingan segelintir orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan akan rasa adil bagi semua orang tanpa kecuali.

5. Nilai-nilai Demokrasi

Sebagai sebuah sistem, selain memiliki prinsip-prinsip dasar, demokrasi juga memiliki nilai-nilai yang harus menjadi jiwa sebuah sistem. Nilai-nilai demokrasi harus menjadi basis dalam menyelenggarakan demokrasi. Nilai-nilai demokrasi seperti yang dijelaskan oleh ilmuwan politik Henri B. Mayo dirumuskan sebagai berikut [84]:

---

[83] Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan...,Op.Cit*., hlm.58
[84] Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar...Op.Cit*., hlm . 118

1. Menyelesaikan perselisihan dengan damai dan secara melembaga (*institutionalized peacefull settlement of conflict*); dalam setiap masyarakat terdapat perselisihan pendapat serta kepentingan, yang dalam alam demokrasi dianggap wajar untuk diperjuangkan. Perselisihan-perselisihan ini harus dapat diselesaikan melalui perundingan serta dialog terbuka dalam usaha untuk mencapai kompromi, konsensus atau mufakat. Kalau golongan-golongan yang berkepentingan tidak mampu mencapai kompromi, maka ada bahaya bahwa keadaan semacam ini akan mengundang kekuatan-kekuatan dari luar untuk campur tangan dan memaksakan dengan kekerasan tercapainya kompromi atau mufakat. Dalam rangka ini dapat dikatakan bahwa setiap pemerintah mempergunakan persuasi (*persuasion*) serta paksaan (*coercion*). Dalam beberapa negara perbedaaan antara dukungan yang dipaksakan dan dukungan yang diberikan secara sukarela hanya terletak dalam intensitas dari pemakaian paksaan dan persuasi tadi. Intensitas ini dapat diukur dengan misalnya memperhatikan betapa sering kekuasaan dipakai, saluran apa yang tersedia untuk mempengaruhi orang lain atau untuk mengadakan perundingan dan dialog.
2. Menjamin terselenggaranya perubahan secara damai dalam suatu masyarakat yang sedang berubah (*peaceful change in achanging society*); dalam setiap masyarakat yang memordenisasikan diri terjadi perubahan sosial, yang disebabkan oeh faktor-faktor seperti misalnya majunya tekonologi, perubahan-perubahan dalam pola kepadatan penduduk, dalam pola-pola perdagangan, dan sebagainya. pemerintah harus dapat menyesuaikan kebijaksanaannya dengan perubahan-perubahan ini, dan sedapat mungkin membinanya jangan sampai tidak terkendalikan lagi. Sebab kalau hal ini terjadi, ada kemungkinan sistem demokratis tidak dapat berjalan, sehingga timbul sistem diktator.
3. Menjalankan pergantian kepemimpinan secara teratur (*orderly succesion of rulers*); pergantian atas dasar keturunan, atau dengan jalan mengangkat diri sendiri, ataupun melalui *coup d'etat*, dianggap tidak wajar dalam suatu demokrasi.
4. Membatasi pemakaian kekerasan sampai minimum (*minimum of coercion*); golongan-golongan minoritas yang sedikit banyak akan kena paksaan akan lebih menerimanya kalau diberi kesempatan untuk turut serta dalam diskusi-diskusi yang terbuka dan kreatif; mereka akan lebih terdorong untuk memberikan dukungan sekalipun bersyarat, karena merasa turut bertanggungjawab.
5. Mengakui dan menganggap wajar adanya keragaman (*diversity*) yang tercermin lewat perbedaan pendapat, kepentingan, dan tingkah laku; untuk hal ini perlu terselenggaranya suatu masyarakat yang terbuka (*open society*) serta kebebasan-kebebasan politik (*political liberties*) yang memungkinkan timbulnya fleksibilitas dan tersedianya alternatif dalam jumlah yang cukup banyak. Dalam hubungan ini demokrasi sering disebut sebagai suatu gaya hidup (*way of life*). Tetapi

keanekaragaman perlu dijaga jangan sampai melampaui batas, sebab di samping keanekaragaman diperlukan juga persatuan serta integrasi.

6. Menjamin tegaknya keadilan. Dalam suatu demokrasi umumnya pelanggaran terhadap keadilan tidak akan terlalu sering terjadi karena golongan-golongan terbesar diwakili dalam lembaga-lembaga perwakilan, tetapi tidak dapat dihindarkan bahwa beberapa golongan akan merasa diperlakukan tidak adil. Maka yang dapat dicapai secara maksimal ialah suatu keadilan yang relatif (*relative justice*). Keadilan yang dapat dicapai barangkali lebih bersifat keadilan dalam jangka panjang.

Nilai-nilai demokrasi di atas dirumuskan oleh Mayo dengan harapan bahwa demokrasi yang hendak dijalankan haruslah mengacu pada nilai-nilai yang ada didalamnya. Selanjutnya, Mayo merumuskan bahwa untuk melaksanakan nilai-nilai demokrasi perlu diselenggarakan beberapa lembaga sebagai berikut[85] :

1. Pemerintahan yang bertanggungjawab
2. Suatu dewan perwakilan rakyat yang mewakili golongan-golongan dan kepentingan-kepentingan dalam masyarakat dan yang dipilih dengan pemilihan umum yang bebas dan rahasia atas dasar sekurang-kurangnya dua calon untuk setiap kursi
3. Suatu organisasi politik yang mencakup satu atau lebih partai politik
4. Pers dan media massa yang bebas untuk menyatakan pendapat
5. Sistem peradilan yang bebas untuk menjamin hak-hak asasi dan mempertahankan keadilan

Berkaitan dengan nilai-nilai demokrasi yang dikemukakan oleh Mayo, Adnan Buyung Nasution juga menekankan pentingnya sebuah nilai dalam penyelenggaraan demokrasi yang menegaskan bahwa [86] :

> "Demokrasi bukan hanya cara, alat, atau proses, tetapi adalah nilai-nilai atau norma-norma yang harus menjiwai dan mencerminkan keseluruhan proses kehidupan kita bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara. Demokrasi bukan hanya kriteria di dalam merumuskan cara atau proses untuk mencapai tujuan, melainkan tujuan itu sendiri haruslah mengandung nilai-nilai atau norma demokrasi. Tegasnya demokrasi bukan hanya cara,

[85] Ni'matul Huda, *Ilmu....Op.Cit*., hlm. 219

[86] Adnan Buyung Nasution, *Pikiran & Gagasan Demokrasi Konstitusional*, PT Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2011, hlm 3-4

tetapi juga tujuan yang harus kita bangun terus-menerus sebagai suatu proses yang pasti akan memakan waktu."

Lebih lanjut, Buyung Nasution menegaskan, jika hal tersebut di atas dipahami, maka demokrasi tidak pernah boleh dinomorduakan di bawah tujuan yang luhur sekalipun (peningkatan dan pencapaian kesejahteraan rakyat), sebab hal itu berarti tidak/kurang memahami makna demokrasi, bahkan dapat menyesatkan dan membuka peluang bagi kembalinya cara-cara otoriter dan totaliter bahkan fasisme. Sejarah politik dan ketatanegaraan di Indonesia yaitu Orde Lama (1959-1966) dan Orde Baru (1966-1998), telah memberikan pelajaran dari pengalaman empiris bangsa Indonesia untuk tidak lagi diperbodoh dengan alasan demi mencapai tujuan yang luhur, sebab ternyata tujuan yang luhur itulah yang dijadikan alasan pembenaran terhadap cara-cara otoriter dan represif yang digunakan pihak penguasa terhadap rakyatnya, yaitu tujuan menghalalkan segala cara (*the end justifies the means*). Sejarah itulah contoh betapa salahnya pemikiran bahwa demokrasi hanyalah cara semata yang bisa dinomorduakan di bawah tujuan utama.[87]

Apa yang dijelaskan oleh Mayo dan Buyung Nasution, mempunyai titik taut dalam hal berdemokrasi. Intinya dalam berdemokrasi, semua harus menjunjung tinggi nilai-nilai demokrasi itu sendiri, karena dengan mengerti, memahami, dan kemudian menjalankan nilai-nilai demokrasi itulah maka secara otomatis demokrasi menjadi sehat dan produktif. Tentunya ini cocok jika

[87] *Ibid.*

ditanamkan dan diterapkan dalam sistem demokrasi di Indonesia. Penganut paham demokrasi tentu tidak akan membantah hal tersebut.

Bagaimana mungkin sebuah bangsa berdemokrasi tanpa memegang dan mengamalkan dengan teguh nilai-nilai demokrasi. Jika demokrasi dalam praktiknya masih diwarnai kekerasan, perebutan kekuasaan, anarkisme, dan lain sebagainya, maka demokrasi yang dijalankan dapat dikatakan sebagai demokrasi yang miskin dengan nilai bahkan dapat lebih parah yaitu demokrasi tanpa nilai. Demokrasi yang dijalankan tanpa nilai akan melahirkan demokrasi yang semu yang jauh dari nilai-nilai falsafah yang dianut oleh setiap bangsa.

Tentunya nilai-nilai tersebut diatas sangat relevan untuk ditanamkan ke dalam sistem demokrasi manapun, termasuk di Indonesia. Nilai-nilai itulah yang akan memandu gerak dan langkah demokrasi menemukan tujuannya yaitu mewujudkan kesejahteraan rakyat. Di samping nilai-nilai itu, demokrasi memiliki roh atau inti yang tidak lain adalah hak-hak dasar dan asasi manusia, yang merupakan kriteria obyektif dan universal untuk menilai kemajuan peradaban sesuatu bangsa tidak terkecuali Indonesia.[88]

[88] *Ibid*., hlm. 5

B. Hak Asasi Manusia

1. Pengertian Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki manusia yang telah diperoleh dan dibawanya bersamaan dengan kelahiran atau kehadirannya di dalam kehidupan masyarakat. Hak-hak ini dimiliki manusia tanpa perbedaan bangsa, ras, agama, atau kelamin, karenanya bersifat asasi dan universal.[89] Jan Materson memberikan definisi tentang HAM, yaitu "*human rights could be generally defined as those rights which are inherent in our nature and without which cannot live as human beings*."[90] Sedangkan Peter R. Baehr mendefinisikan, "*human rights are internationally agreed values, standards or rules regulating teh conduct of states towards their own citizens and towards non-citizens.*"[91] Pasal 1 angka (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang HAM memberikan definisi "HAM adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia."[92]

Berdasarkan definisi di atas, hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki manusia semata-mata karena ia manusia. Umat manusia memilikinya bukan

---

[89] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan...Op.Cit.*, hlm. 210

[90] Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM dan Hukum Humaniter*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2015, hlm. 55

[91] *Ibid*.

[92] Lihat juga dalam Pasal 1 angka (1) Undang-undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia

karena diberikan kepadanya oleh masyarakat atau berdasarkan hukum positif, melainkan semata-mata berdasarkan martabatnya sebagai manusia. Dalam arti ini, maka meskipun setiap orang terlahir dengan warna kulit, jenis kelamin, bahasa, budaya, dan kewarganegaraan yang berbeda-beda, ia tetap mempunyai hak-hak tersebut. Hak asasi manusia merupakan karunia Tuhan dan bukan pemberian dari manusia, penguasa, ataupun negara. Keberlakuan hak asasi manusia ini bersifat universal yang bermakna bahwa eksistensi hak asasi manusia tidak dibatasi oleh sekat-sekat geografis. Dari sini, dapat dikatakan bahwa dimana ada manusia disitulah ada hak asasi yang menyertainya.

2. Sejarah Perkembangan Hak Asasi Manusia

Asal-usul gagasan mengenai hak asasi manusia bersumber dari teori hak kodrati (*natural rights theory*). Teori kodrati mengenai hak itu bermula dari teori hukum kodrati (*natural law theory*), yang terakhir ini dapat dirunut kembali sampai jauh ke belakang hingga ke zaman kuno, dengan filsafat Stoika hingga ke zaman modern melalui tulisan-tulisan hukum kodrati Thomas Aquinas.[93] Hugo de Groot, seorang ahli hukum Belanda yang dinobatkan sebagai "bapak hukum internasional" atau yang lebih dikenal dengan nama latinnya Grotius, mengembangkan lebih lanjut teori hukum kodrati Aquinas dengan memutus asal-usulnya yang teistik dan membuatnya menjadi produk pemikiran yang sekuler yang rasional. Dengan landasan inilah kemudian, pada perkembangan selanjutnya, salah seorang kaum terpelajar pasca-Renaisans, John Locke, mengajukan pemikiran mengenai teori-teori hak kodrati. Gagasan Locke mengenai hak-hak

[93] Dalam teori hukum kodratinya, Thomas Aquinas berpijak pada pandangan thomistik yang mempotulasi hukum kodrati sebagai bagian dari hukum Tuhan yang sempurna dan dapat diketahui melalui penggunaan nalar manusia

kodrati inilah yang melandasi munculnya revolusi hak dalam revolusi yang meletup di Inggris, Amerika Serikat, dan Perancis pada abad ke-17 dan ke-18.[94]

Paham HAM lahir di Inggris pada abad ke-17. Inggris memiliki tradisi perlawanan yang lama terhadap segala usaha raja untuk mengambil kekuasaan mutlak.[95] Sementara *Magna Charta* (1215) sering keliru dianggap sebagai cikal bakal kebebasan warga negara Inggris. Piagam tersebut sesungguhnya hanyalah kompromi pembagian kekuasaan antara Raja John dan para bangsawannya, dan baru dalam *Bill of Rights* (1689) muncul ketentuan-ketentuan untuk melindungi hak-hak atau kebebasan individu.

Dalam proses sejarah, telah lahir beberapa naskah HAM yang mendasari kehidupan manusia, dan yang bersifat universal dan asasi. Naskah-naskah tersebut adalah, *Pertama*, *Magna Charta* (Piagam Agung 1215) : suatu dokumen yang mencatat beberapa hak yang diberikan oleh Raja John dari Inggris kepada beberapa bangsawan bawahannya atas tuntutan mereka. Naskah ini sekaligus membatasi kekuasaan Raja John itu.[96]

Kedua, Bill of Rights (Undang-Undang Hak 1689) : suatu undang-undang yang diterima oleh parlemen Inggris sesudah berhasil dalam tahun sebelumnya, mengadakan perlawanan terhadap Raja James II dalam suatu revolusi hak berdarah yang dikenal dengan istilah *The Glorious Revolution of 1688*.[97] Adanya *Bill of Rights* ini timbul kebebasan untuk berbicara (*speech*) dan berdebat

---

[94] Rhona K.M Smith, *et.al*, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Cet 2, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2010, hlm. 12

[95] Franz Magnis Suseno, *Etika Politik Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, Gramedia, Jakarta, 1994, hlm. 123

[96] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan...Op.Cit.*, hlm. 210-211

[97] *Ibid.*

(*debate*), sekalipun hanya untuk anggota parlemen dan untuk digunakan di dalam gedung parlemen.[98]

Ketiga, Declaration des Droits de I'homme et du citoyen (pernyataan hak-hak manusia dan warga negara, 1789) : suatu naskah yang dicetuskan pada permulaan revolusi Prancis, sebagai perlawanan terhadap kewenangan rezim lama.[99] Deklarasi ini membedakan antara hak-hak yang dimiliki oleh manusia secara kodrati yang dibawa ke dalam masyarakat dan hak-hak yang diperoleh manusia sebagai warga negara. Beberapa hak yang disebutkan dalam Deklarasi, antara lain yaitu : hak atas kebebasan, hak milik, hak atas keamanan, hak untuk melawan penindasan.[100]

Keempat, Bill of Rights (undang-undang hak) : suatu naskah yang disusun oleh rakyat Amerika pada tahun 1769 dan kemudian menjadi bagian dari undang-undang dasar pada tahun 1791. Materi *Bill of Rights* ini memuat daftar hak-hak individu.[101] Hal ini terjadi melalui sejumlah amandemen konstitusi. Di antara amandemen-amandemen yang terkenal adalah amandemen pertama, yang melindungi kebebasan beragama, kebebasan pers, kebebasan menyatakan pendapat dan hak berserikat; amandemen kelima yang menetapkan larangan memberatkan diri sendiri dan hak atas proses hukum yang benar.[102]

Kelima, Universal Declaration of Human Rights (Deklarasi Universal HAM) : suatu naskah internasional yang berisi rumusan hak-hak asasi manusia yang dideklarasikan pada 10 Desember 1948. Lahirnya Deklarasi Universal HAM

---

[98] Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM...Op.Cit.*, hlm. 4
[99] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan...Op.Cit.*, hlm. 211
[100] Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM...Op.Cit.*, hlm.5
[101] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan...Op.Cit.*, hlm. 211
[102] Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM...Op.Cit.*, hlm.5

ini merupakan reaksi atas kejahatan keji kemanusiaan yang dilakukan oleh kaum sosialis nasional di Jerman selama 1933 sampai 1945.[103] Lahirnya Deklarasi Universal HAM diawali dengan terbentuknya Perserikatan Bangsa Bangsa (PBB) sebagai organisasi internasional pada tahun 1945. Kehadiran PBB tidak dapat dipungkiri memiliki pengaruh yang sangat besar bagi perkembangan HAM di kemudian hari. Hal itu, antara lain, ditandai dengan adanya pengakuan di dalam piagam PBB (*United Nations Charters*) akan eksistensi HAM dan tujuan didirikannya PBB yaitu dalam rangka untuk mendorong penghormatan terhadap HAM secara internasional.[104]

Dalam pengertian hukum yang sempit, Deklarasi Universal HAM mengindikasikan pendapat internasional. Dengan kata lain, ia tidak mengikat secara hukum. Walaupun tidak mengikat secara yuridis, namun Deklarasi ini ternyata mempunyai pengaruh moral, politik, dan edukatif yang tiada taranya. Sebagai lambang "komitmen moral" dunia internasional pada perlindungan hak asasi manusia, Deklarasi ini menjadi acuan di banyak negara dalam undang-undang dasar, undang-undang, serta putusan-putusan hakim.[105] Pada akhirnya, semua negara menyetujui teks akhir dari DUHAM. Setiap negara yang ingin masuk ke dalam keanggotaan PBB juga harus menyepakati syarat-syarat di dalamnya. Semua anggota PBB sepakat untuk menghormati hak asasi manusia ketika mereka masuk ke dalam organisasi ini.[106]

---

[103] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan...Op.Cit.,* hlm
[104] Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM...Op.Cit.,* hlm.6
[105] Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar...Op.Cit*., hlm .219
[106] Rhona K. M. Smith, *et.al*, *Hukum Hak Asasi...Op.Cit.,* hlm.89

Deklarasi Universal HAM dimaksudkan sebagai pedoman sekaligus standar minimum yang dicita-citakan oleh seluruh umat manusia. Maka dari itu berbagai hak dan kebebasan dirumuskan secara sangat luas, seolah-olah bebas tanpa batas. Satu-satunya pembatasan tercantum dalam pasal terakhir, yakni pasal 29. Adapun hak dan kebebasan yang tercantum dalam DUHAM mencakup sekumpulan hak yang lengkap baik itu hak sipil, politik, budaya, ekonomi, dan sosial tiap individu maupun beberapa hak kolektif. Hubungan dengan kewajiban juga dinyatakan dalam pasal 29 ayat (1) : "semua orang memiliki kewajiban kepada masyarakat di mana hanya di dalamnya perkembangan kepribadiannya secara bebas dan sepenuhnya dimungkinkan."

Dalam bahasa Franz Magnis Suseno, Deklarasi Universal HAM tidak hanya memuat hak-hak asasi yang diperjuangkan oleh liberalisme dan sosialisme, melainkan juga mencerminkan pengalaman penindasan oleh rezim-rezim fasis dan nasionalis-nasionalis tahun dua puluh sampai empat puluhan.[107]

Pada perkembangannya, Deklarasi Universal HAM berkembang menjadi dua kovenan internasional yang mengikat secara hukum, yaitu (1) Kovenan Internasional tentang Hak-hak Sipil dan Politik (*International Covenant on Civil and Political Rights*/ICCPR) dan Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya (*International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights*/ICESCR).

Berdasarkan pemaparan sejarah HAM secara singkat seperti telah diuraikan di atas, terlihat bahwa pengertian HAM mengalami perubahan atau

[107] Franz Magnis Suseno, *Etika...Op.Cit*., hlm. 123

perkembangan dari waktu ke waktu. HAM yang pada awalnya hanya dimaksudkan untuk melindungi individu dari kesewenang-wenangan negara yang dalam hal ini diwakili oleh hak-hak sipil dan politik, kemudian beralih untuk mendorong kondisi sosial dan ekonomi yang kondusif bagi individu yang dalam hal ini diwakili oleh hak-hak ekonomi sosial dan budaya. Berdasarkan hal tersebut kita dapat menyimpulkan bahwa HAM senantiasa berkembang dan bersifat dinamis

3. Prinsip-prinsip Hak Asasi Manusia

Sesungguhnya hakikat perlindungan hak asasi manusia, ialah mewujudkan dan memelihara keseimbangan. Keseimbangan antara hak dan kewajiban, dan keseimbangan antara kepentingan perseorangan dengan kepentingan umum. Dalam bahasa Baharuddin Lopa, seorang memperoleh nafkah (upah) hendaklah seimbang dengan jerih payahnya. Janganlah hendaknya seorang bekerja keras memperoleh upah yang jauh di bawah dari hasil kerjanya (jerih payahnya). Hal seperti ini melanggar hak asasinya (melanggar hak hidupnya).[108] Itulah yang dimaksud dengan keseimbangan antara hak dan kewajiban.

Di samping hakikat hak asasi manusia adalah mewujudkan dan memelihara keseimbangan, ada pula prinsip-prinsip hak asasi manusia yang menyertai konsep hak asasi manusia itu sendiri. Berbicara mengenai prinsip-prinsip HAM dalam konteks hukum HAM internasional, maka akan terkait dengan prinsip-prinsip umum hukum internasional (*general principles of law*), yang juga merupakan salah satu sumber hukum internasional yang utama

[108] Baharuddin Lopa, *Kejahatan Korupsi dan Penegakan Hukum*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2001, hlm. 156

(*primer*), di samping perjanjian internasional (*treaty*), hukum kebiasaaan internasional (*customary international law*), yurisprudensi dan doktrin.[109] Agar suatu prinsip dapat dikategorikan sebagai prinsip-prinsip umum hukum internasional diperlukan dua hal, yaitu adanya penerimaan (*acceptance*) dan pengakuan (*recognition*) dari masyarakat internasional. Dengan demikian, prinsip-prinsip HAM yang telah memenuhi kedua syarat tersebut memiliki kategori sebagai prinsip-prinsip umum hukum. Pada kenyataannya, hal itu kemudian dielaborasi ke dalam berbagai instrumen hukum HAM internasional, misalnya perjanjian internasional.[110]

Beberapa prinsip telah menjiwai hak asasi manusia internasional. Prinsip-prinsip terdapat di hampir semua perjanjian internasional dan diaplikasikan ke dalam hak-hak yang lebih luas. Prinsip kesetaraan, pelarangan diskriminasi dan kewajiban positif yang dibebankan kepada setiap negara digunakan untuk melindungi hak-hak tertentu.[111]

Pertama, prinsip kesetaraan. Hal yang sangat fundamental dari hak asasi manusia kontemporer adalah ide yang meletakkan semua orang terlahir bebas dan memiliki kesetaraan dalam hak asasi manusia. Kesetaraan mensyaratkan adanya perlakuan yang setara, di mana pada situasi sama harus diperlakukan dengan sama, dan dengan perdebatan, di mana pada situasi yang berbeda diperlakukan dengan berbeda pula.[112]

---

[109] Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM...Op.Cit.,* hlm .10
[110] *Ibid*. hlm. 11
[111] Rhona K. M. Smith, *et.al*, *Hukum Hak Asasi...Op.Cit.,* hlm. 39
[112] *Ibid*.

Masalah muncul ketika seseorang berasal dari posisi yang berbeda tetapi diperlakukan secara sama. Jika perlakuan yang sama ini terus diberikan, maka tentu saja perbedaan ini akan terjadi terus-menerus walaupun standar hak asasi manusia telah ditingkatkan. Karena itulah, penting untuk mengambil langkah selanjutnya guna mencapai kesetaraan. Tindakan afirmatif mengizinkan negara untuk memperlakukan secara lebih kepada kelompok tertentu yang tidak terwakili. Misalnya, jika seorang laki-laki dan perempuan dengan kualifikasi dan pengalaman yang sama melamar untuk pekerjaan yang sama, tindakan afirmatif dapat dilakukan dengan mengizinkan perempuan untuk diterima hanya dengan alasan karena lebih banyak laki-laki yang melamar di lowongan pekerjaan tersebut daripada perempuan.[113] Prinsip kesetaraan ini menekankan bahwa manusia berkedudukan setara menyangkut harkat dan martabatnya. Manusia memiliki kesetaraan dalam HAM. Berbagai perbedaan yang melekat pada diri manusia tidak menyebabkan kedudukan manusia menjadi tidak setara, karena begitu tetaplah ia sebagai manusia.[114]

Kedua, prinsip diskriminasi. Pelarangan terhadap diskriminasi adalah salah satu bagian penting prinsip kesetaraan. Jika semua orang setara, maka seharusnya tidak ada perlakuan yang diskriminatif (selain tindakan afirmatif yang dilakukan untuk mencapai kesetaraan). Diskriminasi adalah kesenjangan perbedaan perlakuan dari perlakuan yang seharusnya sama/setara.[115]

---

[113] *Ibid*., hlm. 40
[114] Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM...Op.Cit.,* hlm.11
[115] Rhona K. M. Smith, *et.al*, *Hukum Hak Asasi...Op.Cit.,* hlm.40

Adapun diskriminasi terbagi dalam dua jenis, yaitu diskriminasi langsung dan diskriminasi tidak langsung. Diskriminasi langsung, adalah ketika seseorang baik langsung maupun tidak langsung diperlakukan berbeda (*less favourable*) daripada lainnya. Diskriminasi tidak langsung, muncul ketika dampak dari hukum atau dalam praktek hukum merupakan bentuk diskriminasi, walaupun hal itu tidak ditujukan untuk tujuan diskriminasi. Misalnya pembatasan pada hak kehamilan jelas akan berpengaruh lebih besar kepada perempuan daripada kepada laki-laki.[116] Pada praktiknya, diskriminasi ini menjadi musuh besar dalam penegakan hak asasi manusia dimanapun berada. Praktik diskriminasi selalu mendapatkan perlawanan dan bahkan tidak pernah mendapatkan tempat untuk bersinggah.

Hukum HAM internasional telah memperluas alasan diskriminasi. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia menyebutkan beberapa alasan diskriminasi antara lain, ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau opini lainnya, nasional atau kebangsaan, kepemilikan akan suatu benda (*property*), kelahiran atau status lainnya. Semua hal itu merupakan alasan yang tidak terbatas dan semakin banyak pula instrumen yang memperluas alasan diskriminasi termasuk di dalamnya orientasi seksual umur dan cacat tubuh.[117] Prinsip pelarangan diskriminasi ini dikenal pula dengan nama prinsip non-diskriminasi. Dalam "*International Bill of Human Rights"*, yaitu UDHR, ICCPR, maupun ICESCR, prinsip ini telah dimuat secara tegas.

Prinsip *ketiga*, kewajiban positif untuk melindungi hak-hak tertentu. Menurut hukum HAM internasional, suatu negara tidak boleh secara mengabaikan

---

[116] *Ibid*.
[117] *Ibid*. hlm. 40

hak-hak dan kebebasan-kebebasan. Sebaliknya negara diasumsikan memiliki kewajiban positif untuk melindungi secara aktif dan memastikan terpenuhinya hak-hak dan kebebasan-kebebasan.[118] Prinsip kewajiban positif negara timbul sebagai konsekuensi logis dari adanya ketentuan menurut hukum HAM internasional bahwa individu adalah pihak yang memegang HAM (*right bearer*), sedangkan negara berposisi sebagai pemegang kewajiban (*duty bearer*) terhadap HAM, yaitu kewajiban untuk : melindungi (*protect*), menjamin (*ensure*), dan memenuhi (*fulfill*) HAM setiap individu.[119] Prinsip inilah yang kemudian mendasari adanya jaminan hak asasi manusia oleh negara terhadap rakyatnya yang dalam praktiknya diatur dalam konstitusi negara.

Malahan, menurut hukum internasional, kewajiban di atas merupakan kewajiban yang bersifat *erga omnes* atau kewajiban bagi seluruh negara jika menyangkut norma-norma HAM yang berkategori sebagai *jus cogens* (*peremptory norms*). Misalnya, larangan untuk melakukan perbudakan *genocide* dan penyiksaan.[120] Untuk kebebasan berekspresi, sebuah negara boleh memberikan kebebasan dengan memberikan sedikit pembatasan. Satu-satunya pembatasan adalah suatu hal yang secara hukum disebut sebagai pembatasan-pembatasan. Terkait hak untuk hidup, negara tidak boleh menerima pendekatan yang pasif. Negara wajib membuat aturan hukum dan mengambil langkah-langkah guna melindungi hak-hak dan kebebasan secara positif yang dapat diterima oleh negara. Karena alasan inilah, maka negara berkewajiban membuat aturan hukum yang melarang pembunuhan untuk mencegah aktor non negara (*non*

[118] Rhona K. M. Smith, *et.al*, *Hukum Hak Asasi...Op.Cit.*, hlm. 40
[119] Andrey Sujatmoko, *Hukum HAM...Op.Cit.*, hlm.12
[120] *Ibid*.

state actor) melanggar hak untuk hidup. Penekannya adalah bahwa negara harus bersifat proaktif dalam menghormati hak untuk hidup dan bukan bersifat pasif.[121]

Secara konkret kewajiban negara menyangkut HAM diwujudkan dengan melindungi HAM setiap individu dari penyalahgunaan kekuasaan negara, menjamin eksistensi HAM setiap individu dalam ketentuan hukum maupun di dalam pelaksanannya dan memenuhi HAM setiap individu.

4. Hak Asasi Manusia Dalam Islam

Islam sebagai agama universal mengandung prinsip-prinsip hak asasi manusia. sebagai sebuah konsep ajaran, Islam menempatkan manusia pada kedudukan yang sejajar dengan manusia lainnya. Menurut ajaran Islam, perbedaan antara satu individu dengan individu lain terjadi bukan karena haknya sebagai manusia, melainkan didasarkan keimanan dan ketaqwaannya. Adanya perbedaan itu tidak menyebabkan perbedaan dalam kedudukan sosial.[122] Kaitannya dengan HAM ini, Islam juga memerintahkan manusia untuk menunaikan hak-hak pribadinya dan berlaku adil terhadap dirinya sendiri. Islam juga memerintahkan kepada manusia untuk memenuhi hak-hak pribadinya tanpa merugikan hak-hak orang lain. Islam juga mengajarkan bahwa tugas dan kewajiban manusia terhadap sesamanya meliputi kewajiban antara suami isteri, orang tua dan anak serta kewajiban terhadap masyarakat dan lingkungannya.[123] Bagi Islam, perbedaan merupakan rahmat dari Tuhan. Hal ini merupakan dasar yang sangat kuat dan

---

[121] Rhona K. M. Smith, *et.al*, *Hukum Hak Asasi...Op.Cit.*, hlm. 41

[122] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan...Op.Cit.*, hlm. 215

[123] Muntoha, *Fiqh Siyasah : Doktrin, Sejarah, dan Pemikiran Islam Tentang Hukum Tata Negara*, Adicita Karya Nusa, Yogyakarta, 1998, hlm. 16

tidak dapat dipungkiri telah memberikan konstribusi pada perkembangan prinsip-prinsip hak asasi manusia di dalam masyarakat internasional.

Dalam sejarah Islam, dua deklarasi yang memuat hak-hak asasi manusia yang dikenal yaitu Piagam Madinah dan Deklarasi Cairo (*Cairo Declaration*). Piagam Madinah ini merupakan salah satu siasat Rasul sesudah hijrah ke Madinah, yang dimaksudkan untuk membina kesatuan hidup berbagai golongan warga Madinah. Dalam piagam tersebut dirumuskan kebebasan beragama, hubungan antar kelompok, kewajiban mempertahankan kesatuan hidup, dan lain-lain. Berdasarkan isi piagam Madinah itulah warga Madinah yang majemuk, secara politis dibina dibawah pimpinan Muhammad Saw.[124]

Jika mengkaji materi muatan Piagam Madinah, kita akan mendapatkan gambaran tentang karakteristik masyarakat (*ummah*) terutama kaitannya dengan hak asasi manusia. Piagam Madinah lahir ditengah-tengah masyarakat majemuk yang terdiri atas berbagai suku dan agama. Beberapa muatan yang menyangkut dengan HAM, bisa melihat pasal 12 dan 16 piagam Madinah : "semua warga negara mempunyai kedudukan yang sama, wajib saling menghormati dan wajib kerjasama antara sesama mereka, serta tidak seorang pun yang diperlakukan secara buruk. Bahkan orang yang lemah di antara mereka harus dilindungi dan dibantu (pasal 11)."[125]

Selain itu, ada jaminan kebebasan beragama yaitu negara mengakui, melindungi, dan menjamin kebebasan menjalankan ibadah dan agama baik bagi

---

[124] Dahlan Thaib, *et al*, *Teori dan Hukum Konstitusi*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 31

[125] *Ibid*. hlm. 38

orang-orang muslim maupun non-muslim (pasal 25-33).[126] Kaum Yahudi mendapatkan jaminan kebebasan memeluk agama dan untuk golongan Yahudi lainnya serta orang-orang dekat dan sekutu serta teman kepercayaan mereka mendapatkan jaminan yang sama sebagaimana ditegaskan dalam pasal 26 sampai dengan pasal 35.[127] Setiap warga negara mempunyai kedudukan yang sama di depan hukum (pasal 34, 40). Semua warga negara mempunyai hak dan kewajiban yang sama terhadap negara. Mereka berkewajiban membela dan mempertahankan negara dengan harta, jiwa mereka, dan mengusir agresor yang menggangu stabilitas negara (pasal 24, 36, 37, 38).[128]

Piagam Madinah menjadi alat legitimasi Muhammad Saw untuk menjadi pemimpin bukan saja kaum muslimim (*Muhajirin* dan *Anshar*), tetapi bagi seluruh penduduk Madinah (pasal 23-24). Secara substansial, piagam ini bertujuan untuk menciptakan keserasian politik dan mengembangkan toleransi sosio-religius dan budaya seluas-luasnya. Piagam ini bersifat revolusioner, karena menentang tradisi kesukuan orang-orang Arab pada saat itu. Tidak ada satu sukupun yang memiliki keistimewaan atau kelebihan dengan suku lain, jadi dalam piagam tersebut sangat ditekankan asas kesamaan dan kesetaraan (*equality*).[129]

Berbeda halnya dengan Deklarasi Kairo tentang HAM dalam Islam (*Cairo Declaration on Human Rights in Islam*). Deklarasi ini merupakan salah satu instrumen HAM di tingkat regional. Deklarasi ini ditetapkan dalam forum *The Nineteenth Islamic Conference of Foreign Ministers* (dalam sesi dengan tema

---

[126] *Ibid*., hlm. 38
[127] Muhammad Alim, *Demokrasi...Op.Cit*., hlm. 64
[128] Dahlan Thaib, *et al*, *Teori...Op.Cit*., hlm.38
[129] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan...Op.Cit.*, hlm 216

:Peace, Interdependence, and Development") yang diselenggarakan di Kairo, Mesir, pada tanggal 31 Juli – 5 Agustutus 1990.[130] Deklarasi ini dimotori oleh negara-negara Islam yang tergabung dalam *Organization of The Islamic Conference* (OIC/OKI).

Latar belakang munculnya Deklarasi tersebut tidak lepas dari perhatian umat Islam tentang isu pelaksanaan HAM, apalagi mayoritas negara-negara Islam adalah tergolong ke dalam barisan negara-negara dunia ketiga yang banyak merasakan perlakuan ketidakadilan negara-negara barat dengan atas nama HAM. Dalam pandangan negara-negara Islam, HAM Barat tidak sesuai dengan pandangan ajaran Islam yang telah ditetapkan Allah SWT.[131] Naskah final Deklarasi Kairo ini terdiri dari 25 Pasal yang tentunya menyangkut hak asasi manusia yang berdasarkan prinsip-prinsip Al-Qur'an dan Sunnah.

Dalam implementasinya, Deklarasi Kairo memiliki beberapa persamaan dengan Deklarasi Universal HAM yang dideklarasikan oleh PBB pada tahun 1948. Pasal-pasal yang terdapat dalam deklarasi Kairo mencakup beberapa persoalan pokok, antara lain :

1) Hak persamaan dan kebebasan
2) Hak hidup
3) Hak memperoleh perlindungan
4) Hak kehormatan pribadi
5) Hak menikah dan berkeluarga
6) Hak wanita sederajat dengan pria
7) Hak anak-anak dari orang tua
8) Hak memperoleh pendidikan dan berperan serta perkembangan ilmu pengetahuan
9) Hak kebebasan memilih agama
10) Hak kebebasan bertindak dan mencari suaka

---

[130] Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik Di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara FH UI, Jakarta, 2005, hlm. 87

[131] A. Ubaidillah, *et al*, *Pendidikan...Op.Cit.*, hlm 217

11) Hak-hak untuk bekerja
12) Hak untuk memperoleh kesempatan yang sama
13) Hak milik pribadi
14) Hak menikmati hasil atau produk ilmu
15) Hak tahanan dan narapidana

Rincian hak-hak di atas dirumuskan dengan mengacu pada surat-surat dalam Al-Qur'an dan Hadist yang tentunya relevan dengan persoalan-persoalan hak asasi manusia sekarang ini. Deklarasi Kairo ini bisa menjadi salah satu acuan dalam konsep penegakan hak asasi manusia di dunia.

5. Hak Asasi Manusia di Indonesia

Wacana hak asasi manusia bukanlah wacana yang asing dalam diskursus politik dan ketatanegaraan di Indonesia. Kita bisa menemuinya dengan gamblang dalam perjalanan sejarah pembentukan bangsa ini, dimana perbincangan mengenai hak asasi manusia menjadi bagian daripadanya. Jauh sebelum kemerdekaan, para perintis bangsa ini telah memercikkan pikiran-pikiran untuk memperjuangkan harkat dan martabat manusia yang lebih baik. Percikan pikiran tersebut dapat dibaca dalam surat-surat R.A Kartini yang berjudul "*Habis Gelap Terbitlah Terang*", karangan-karangan politik yang ditulis H.O.S Cokroaminoto, Agus Salim, Douwes Dekker, Soewardi Soeryaningrat, petisi yang dibuat oleh Sutardjo di Volksraad atau pledoi Soekarno yang berjudul "*Indonesia Menggugat*" dan Hatta dengan judul "*Indonesia Merdeka*" yang dibacakan di pengadilan Hindia-Belanda. Percikan-percikan pemikiran pada masa pergerakan kemerdekaan itu, yang terkristalisasi dengan kemerdekaan Indonesia, menjadi sumber inspirasi ketika konstitusi mulai diperdebatkan di Badan Penyelidik

Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI). Disinilah terlihat bahwa para pendiri bangsa sudah menyadari pentingnya hak asasi manusia sebagai fondasi negara.[132]

Pada waktu menyusun konstitusi, terjadi perdebatan apakah hak-hak warga negara perlu dicantumkan dalam pasal undang-undang dasar. Soekarno dan Soepomo mengajukan pendapat, bahwa hak-hak warga negara tidak perlu dicantumkan dalam pasal-pasal konstitusi. Sebaliknya, Mohammad Hatta dan Muhammad Yamin tegas berpendapat perlunya mencantumkan pasal mengenai kemerdekaan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pikiran dengan lisan maupun tulisan di dalam undang-undang dasar. Perdebatan dalam sidang-sidang BPUPKI sangat penting dalam diskursus hak asasi manusia di Indonesia, yang memberi pijakan bagi perkembangan wacana hak asasi manusia pada periode-periode selanjutnya.[133]

Penolakan Soekarno dan Soepomo tersebut didasarkan pada pandangan mereka mengenai dasar negara, yang dalam istilah Soekarno disebut dengan *Philosofische Grondslag* atau dalam istilah Soepomo disebut *Staatside*, yang tidak berlandaskan pada faham liberalisme dan kapitalisme. Menurut pandangan Soekarno, jaminan perlindungan hak warga negara itu yang berasal dari Revolusi Prancis, merupakan basis dari faham liberalisme dan individualisme yang telah menyebabkan lahirnya imperialisme dan peperangan antar manusia dengan manusia. Soekarno menginginkan negara yang mau didirikan itu didasarkan pada

---

[132] Rhona K. M. Smith, *et.al*, *Hukum Hak Asasi...Op.Cit.*, hlm. 237
[133] *Ibid.*

asas kekeluargaan atau gotong royong, dan karena itu tidak perlu dijamin hak warga negara di dalamnya.[134]

Sedangkan Soepomo, menolak dicantumkannya hak warga negara dalam pasal-pasal undang-undang dasar dengan alasan yang berbeda. Penolakan Soepomo didasarkan pada pandangannya mengenai ide negara integralistik (*staatside* integralistik) yang menurutnya cocok dengan sifat dan corak masyarakat Indonesia. Menurut faham tersebut, negara harus bersatu dengan seluruh rakyatnya, yang mengatasi seluruh golongan-golongan dalam lapangan apapun. Dalam negara yang demikian itu, tidak ada pertentangan antara susunan hukum negara dan susunan hukum individu, karena individu tidak lain ialah suatu bagian dari organik *Staat*. Makanya hak individu menjadi tidak relevan dalam paham negara integralistik, yang justru relevan adalah kewajiban asasi kepada negara. [135]

Sebaliknya, mengapa Hatta dan Yamin bersikeras menuntut dicantumkannya hak warga negara dalam pasal-pasal konstitusi. Hatta setuju dengan penolakan terhadap liberalisme dan individualisme, tetapi ia kuatir dengan keinginan untuk memberikan kekuasaan yang seluas-luasnya kepada negara, bisa menyebabkan negara yang ingin didirikan itu terjebak dalam otoritarianisme. Begitu juga dengan Yamin, ia menolak dengan keras argumen-argumen yang membela tidak dicantumkannya hak warga negara dalam Undang-Undang dasar. “supaya aturan kemerdekaan warga negara dimasukkan dalam Undang-undang Daasar seluas-luasnya. Saya menolak segala alasan-alasan yang dimajukan untuk

[134] *Ibid*. hlm. 238
[135] *Ibid*., hlm. 239

tidak memasukannya. Aturan dasar tidaklah berhubungan dengan liberalisme, melainkan semata-mata satu kesemestian perlindungan kemerdekaan, yang harus diakui dalam Undang-undang Dasar.[136]

Perbedaan pandangan mengenai HAM tersebut, terutama seperti yang terlihat dalam perdebatan antara Hatta-Yamin di satu pihak dengan Soekarno-Soepomo di pihak lain, pada pokoknya mencerminkan perbedaan pemikiran mengenai konsep negara kekeluargaan. Soekarno-Soepomo menekankan corak kolektivisme. Meskipun Hatta-Yamin menerima kolektivisme, mereka mengharuskan adanya imbangan unsur individualisme paham HAM, yang dianggap sebagai perlindungan yang sudah seharusnya dijamin dalam UUD untuk menghindarkan kemungkinan menjadi negara kekuasaan. Mereka menuntut HAM ini tetap dimuat dalam UUD.[137]

Percikan perdebatan yang dipaparkan di atas berakhir dengan suatu kompromi. Hak Warga Negara yang diajukan Hatta-Yamin diterima untuk dicantumkan dalam UUD, tetapi dengan terbatas. Keterbatasan itu bukan hanya dalam arti bahwa hak-hak tersebut lebih lanjut akan diatur oleh undang-undang, tetapi juga dalam arti konseptual. Konsep yang digunakan adalah "Hak Warga Negara" (*rights of the citizens*) bukan "Hak Asasi Manusia" (*human rights*). Penggunaan konsep "hak warga negara" itu berarti bahwa secara implisit tidak diakui paham *natural rights* yang menyatakan bahwa hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki oleh manusia karena ia lahir sebagai manusia.[138]

---

[136] *Ibid*., hlm. 240
[137] Ni'matul Huda, *Hukum...Op.Cit*., hlm. 85
[138] Rhona K. M. Smith, *et.al*, *Hukum Hak Asasi...Op.Cit.,* hlm.

Konsep jaminan hak warga negara di atas pada perkembangannya mendasari materi muatan UUD 1945. Dalam UUD 1945 hanya empat pasal yang memuat ketentuan - ketentuan tentang hak asasi, yakni pasal 27, 28, 29 dan 31. Meskipun dmnikian bukan berarti HAM kurang mendapat perhatian. Jaminan HAM dalam UUD 1945 adalah merupakan inti-inti dasar kenegaraan.

Dari keempat pasal tersebut, terdapat lima pokok mengenai hak- hak asasi manusia yang terdapat dalam batang tubuh UUD 1945. *Pertama*, tentang kesamaan kedudukan dan kewajiban warga negara di dalam hukum dan di muka pemerintahan(Pasal 27 ayat 1). *Kedua*, hak setiap warga negara atas pekerjaan dan penghidupan yang layak (Pasal 27 ayat 2). *Ketiga*, kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang – undang (Pasal 28). *Keempat*, kebebasan asasi untuk memeluk agama bagi penduduk di jamin oleh negara (Pasal 29 ayat 2). *Kelima*, hak atas pengajaran (Pasal 31 ayat 1).

Sedangkan pasca amandemen, jaminan hak asasi manusia tampak lebih dipertegas (dieksplisitkan) dan lebih terinci. Hal ini dapat di lihat dalam UUD 1945 pasca amandemen, jaminan hak asasi manusia dibuatkan bab tersendiri yakni Bab X A yang terdiri atas pasal 28A sampai dengan pasal 28 J. Macam - macam hak asasi manusia yang dijamin dalarn UUD 1945 pasca amandemen yaitu :

1. hak hidup (pasal 28A)
2. hak membentuk keluarga (pasal 28B)
3. hak mengembangkan diri (pasal 28C)
4. hak atas hukum, hak bekerja, hak atas pemerintahan, dan hak atas status kewarganegaraan (pasal 28D);

5. hak beragama, hak atas kepercayaan, hak atas kebebasan berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pendapat (pasal 28E)
6. hak. untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi (pasal 28F)
7. hak atas perlindungan pribadi dan keluarga (pasal 28G)
8. hak atas kesejahteraan lahir bathin (pasal 28H)
9. jaminan pemenuhan/tidak dapat dikurangi hak asasi manusia dalam keadaan apapun (yaitu hak hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak diakui sebagai pribadi di depan hukum, dan hak tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut);
   -hak bebas dari perlakuan diskriminatif
   -hak atas identitas budaya
   -hak atas masyarakat tradisional
   -kewajiban pemerintah untuk melakukan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia (pasal 281)
10. kewajiban bagi setiap orang untuk menghormati hak asasi orang lain (pasal 28J).

Penambahan rumusan HAM serta jaminan penghormatan, perlindungan, pelaksanaan, dan pemajuannya ke dalam UUD 1945 bukan semata-mata karena kehendak untuk mengakomodasi perkembangan pandangan mengenai HAM yang dianggap semakin penting sebagai isu global, melainkan karena hal itu merupakan salah satu syarat negara hukum. HAM sering dijadikan salah satu indikator untuk mengukur tingkat peradaban, tingkat demokrasi, dan tingkat kemajuan suatu negara.[139] Dengan dilengkapinya jaminan dan perlindungan Hak Asasi Manusia dalam UUD 1945 hasil perubahan, maka dapat dikatakan bahwa cita negara Indonesia adalah demokrasi konstitusional.

Selain penambahan rumusan HAM dalam amandemen UUD, berbagai kebijakan hukum yang terkait dengan penguatan, penghormatan, dan perlindungan HAM juga dilakukan seperti mencabut peraturan perundang-

[139] Ni'matul Huda, *Hukum...Op.Cit.*, hlm. 87

undangan yang melanggar atau tidak sejalan dengan HAM; membuat peraturan perundang-undangan yang seluruhnya baru, yang ditujukan kepada perlindungan HAM; dan meratifikasi konvensi HAM internasional. Pemerintah juga memperbaiki dan membentuk lembaga-lembaga baru yang didasarkan pada perspektif penghormatan dan perlindungan HAM.[140]

Mengenai produk hukum di era reformasi, ada yang bersifat hukum umum yang substansinya merupakan kondisional bagi penghormatan dan perlindungan HAM dan ada yang langsung ditujukan kepada perlindungan HAM. Hukum umum yang dimaksud misalnya peraturan perundang-undangan di bidang politik, keamanan, penataan peran, kewenangan dan hubungan TNI/Polri, serta bidang kehakiman (yudisial). Sementara itu hukum HAM adalah peraturan perundang-undangan yang secara khusus memuat pasal penghormatan, pemenuhan, dan perlindungan HAM.[141]

Menyangkut penegakan hukum HAM di Indonesia, secara kelembagaan ada banyak institusi yang mempunyai peran sangat penting. Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas HAM) dan pengadilan HAM mempunyai peranan penting, terutama jika dikaitkan dengan masalah pelanggaran berat HAM (*gross violations of human rights*). Lembaga lain yang berfungsi untuk melindungi HAM ialah Mahkamah Konstitusi, Komisi Perlindungan Anak Indonesia, Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan, dan Ombudsman Republik Indonesia.

---

[140] Suparman Marzuki, *Politik Hukum Hak Asasi Manusia*, Erlangga, Jakarta, 2014, hlm. 120

[141] *Ibid.*

Lembaga-lembaga lain, meskipun tugas dan fungsinya tidak secara tegas menyebutkan soal perlindungan HAM, akan tetapi seluruh lembaga-lembaga yang ada wajib untuk melindungi dan menghormati HAM sebagaimana perintah konstitusi yang dijadikan pedoman dalam penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara.

C. Hukum Progresif

1. Gagasan Hukum Progresif

Gagasan hukum progresif di Indonesia muncul pertama kali dicetuskan oleh Satjipto Rahardjo. Gagasan yang ditawarkan oleh Satjipto Rahardjo ini adalah tentang perspektif, spirit, dan cara baru mengatasi kelumpuhan hukum di Indonesia. Gagasan hukum progresif muncul karena keprihatinan terhadap keadaan hukum di Indonesia. Para pengamat, termasuk pengamat internasional, sudah mengutarakannya dalam berbagai ungkapan yang negatif, seperti sistem hukum Indonesia termasuk yang terburuk di dunia. Tidak hanya pengamat, tetapi umumnya rakyat juga berpendapat demikian, kendatipun mereka tidak mengutarakannya sebagai suatu tuturan yang jelas, melainkan melalui pengalaman konkret mereka dengan hukum sehari-hari, seperti kelemahan mereka saat berhadapan dengan hukum dan keunggulan orang kuat yang cenderung lolos dari hukum.[142] Dengan bahasa lain, hukum tumpul ke atas dan justru tajam ke bawah. Kepada masyarakat yang lemah hukum selalu berlaku, sedangkan untuk masyarakat "tertentu" hukum sama sekali tidak berlaku.

[142] Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif, Sebuah Sintesa Hukum Indonesia*, Genta Press, Yogyakarta, 2009, hlm. 3

Realitasnya, keadaan hukum dan penegakan hukum di Indonesia dirasakan jauh dari ideal. Konstatasi tersebut sudah menjadi rahasia umum dan hampir setiap saat dapat dibaca dan dilihat dalam media massa maupun elektronik. Berkaitan dengan keadaan hukum yang sangat memprihatinkan ini, Satjipto Rahardjo menyebutkan bahwa gambaran hitam penegakan hukum itu bergelayut dalam peradilan pidana yang umumnya berkaitan dengan korupsi atau komodifikasi peradilan dan pengadilan.[143]

Gagasan hukum progresif bertolak dari pandangan bahwa hukum harus dilihat sebagai suatu ilmu. Oleh karenanya, hukum tidak hanya dianggap selesai setelah tersusun sebagai peraturan perundang-undangan dengan kalimat-kalimat yang sangat rapi dan sistematis, namun hukum harus selalu mengalami proses pemaknaan sebagai sebuah pendewasaan atau pematangan. Dengan proses inilah, maka hukum dapat menampakkan jati dirinya sebagai sebuah ilmu, yaitu selalu berproses untuk mencari kebenaran. Dalam pengertian ini, hukum juga harus dilihat secara utuh menyeluruh yang menekankan pada sifat substantif dan trasendental dengan mendasarkan pada fakta sosial yang tidak lepas dari nilai-nilai agama, etik dan moral, bukan hanya dalam wujud norma-norma tertulis.[144]

Ditinjau dari konteks keilmuan, hukum progresif melampaui pikiran sesaat dan memiliki nilai ilmiah tersendiri. Hukum progresif dapat diproyeksikan dan dibicarakan dalam konteks keilmuan secara universal. Oleh karena itu, hukum

---

[143] Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum : Esai-esai Terpilih*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010, hlm. 65

[144] Turiman, "Memahami Hukum Progresif Satjipto Rahardjo dalam Paradigma Thawaf" yang dikutip dalam Mahrus Ali, *Membumikan Hukum Progresif*, Aswaja Pressindo, Yogyakarta, 2013, hlm. 7

progresif dihadapkan pada dua medan sekaligus, yaitu Indonesia dan dunia. Ini didasarkan pada argumen bahwa ilmu hukum tidak dapat bersifat steril dan mengisolasi diri dari perubahan yang terjadi di dunia. Ilmu pada dasarnya harus selalu mampu memberi pencerahan terhadap komunitas yang dilayani. Untuk memenuhi peran itu, maka ilmu hukum dituntut menjadi progresif. Ilmu hukum normatif yang berbasis negara dan pikiran abad ke 19 misalnya, tidak akan berhasil mencerahkan masyarakat abad ke-20 dengan sekalian perubahan dan perkembangannya.[145]

Bagi Satjipto Rahardjo, hukum bukanlah suatu skema yang final (*finite scheme*), namun terus bergerak, berubah, mengikuti dinamika kehidupan manusia. Oleh karena itu, hukum harus terus dibedah dan digali melalui upaya-upaya progresif untuk menggapai terang cahaya kebenaran dalam menggapai keadilan.

Manusia selaku aktor penting dan utama di belakang kehidupan hukum, tidak hanya dituntut mampu menciptakan dan menjalankan hukum (*making the law*), tetapi juga keberanian mematahkan dan merobohkannya (*breaking the law*), manakala hukum tidak sanggup menghadirkan roh dan substansi keberadaannya, yakni menciptakan keharmonisan, kedamaian, ketertiban, dan kesejahteraan masyarakat. Realita yang ada selama ini, hukum dipahami hanya sebatas rumusan undang-undang, kemudian diimplementasinya sekadar menerapkan silogisme. Aparat penegak hukum dipaksa bahkan ada yang demi aman, sengaja menempatkan diri hanya menjadi corong undang-undang tanpa ada ruang dan

[145] Satjipto Rahardjo, "Hukum Progresif Sebagai Dasar Pembangunan Ilmu Hukum Indonesia", yang dikutip dalam M. Syamsudin, *Kontruksi Baru Budaya Hukum Hakim Berbasis Hukum Progresif*, Penerbit Kencana, Jakarta, 2012, hlm. 104

kemauan untuk bertindak progresif.[146] Dengan keadaan penegakan hukum yang hanya berpusat pada undang-undang, maka akan sangat sulit keadilan hukum dapat ditegakkan dan terwujud. Padahal esensi penegakan hukum adalah bagaimana keadilan dapat terwujud untuk masyarakat.

Bermula dari pemikiran-pemikiran di atas, maka Satjipto Rahardjo menggagas gerakan hukum progresif, karena dengan kekuatan hukum progresif ini keadilan hukum masyarakat akan lebih dapat diwujudkan. Secara singkat, kekuatan hukum progresif merupakan kekuatan untuk menolak dan mematahkan *status quo*. Mempertahankan *status quo*, ini berarti mempertahankan norma-norma yang telah ada tanpa ada kritik apapun, sehingga norma-norma tersebut selalu diterapkan apa adanya dalam keadaan dan kondisi apapun. Hampir tidak ada usaha untuk melakukan perbaikan, yang ada hanya menjalankan hukum seperti apa adanya dan secara biasa-biasa saja (*business as usual*). Hakim lebih cenderung mengambil posisi aman dengan menjalankan *status quo* tanpa berpikir untuk melakukan perubahan dan pembaruan.[147] Beberapa hakim yang berusaha untuk berpikir progresif selalu mendapatkan perlawanan yang keras dari pro *status quo*. Pada akhirnya hakim yang menolak berbuat tidak baik akan dikucilkan bahkan diisolasi karena dianggap melawan.

Hukum progresif dan Ilmu Hukum Progresif, menyediakan wadah agar hukum bisa mengalir dengan cukup lancar, sehingga tidak malah menjadi

---

[146] Satjipto Rahardjo, *Penegakan Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2010, hlm. viii

[147] Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Editor I Gede A.B Wiranata, Joni Emirzon, Firman Muntaqo, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2006, hlm. 115

persoalan tersendiri, karena kehadirannya yang justru banyak menghambat proses-proses yang adil dan produktif (dalam) masyarakat. Di sini hukum progresif berperan sebagai institusi yang membebaskan, agar segala sesuatunya kembali menjadi lancar.[148] Hukum progresif dan ilmu hukum progresif tidak bisa disebut sebagai suatu tipe hukum yang khas dan selesai (*distinct type and a finite scheme*), melainkan lebih merupakan gagasan yang mengalir, yang tidak mau terjebak ke dalam *status quo*, sehingga mandek (*stagnant*). Hukum progresif selalu ingin setia pada asas besar, "hukum adalah untuk manusia". Hukum progresif bisa diibaratkan sebagai papan penunjuk yang selalu memeringatkan, hukum harus terus-menerus merobohkan, mengganti, membebaskan hukum yang mandek, karena tidak mampu melayani lingkungan yang berubah. Itulah sebabnya hukum selalu mengalir, karena kehidupan manusia memang penuh dengan dinamika dan berubah dari waktu ke waktu. Kehidupan manusia tersebut tidak bisa diwadahi secara ketat ke dalam satu atau lain bagan yang selesai dan tidak boleh diubah (*finite scheme*). Bagan tersebut harus terbuka, karena bukan manusia untuk hukum, melainkan sebaliknya. Bentuk, solusi, teori, harus ikut mengalir untuk menjaga keagungan kehidupan manusia.[149]

Hukum progresif melihat, mengamati, dan ingin menemukan cara berhukum yang mampu memberi jalan dan panduan bagi kenyataan seperti tersebut di atas. Pengamatan dan pengalaman terhadap peta perjalanan dan kehidupan hukum yang demikian itu menghasilkan keyakinan, bahwa hukum itu sebaiknya bisa membiarkan semua mengalir secara alami saja. Hal tersebut bisa

[148] Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif...Op.Cit.,* hlm. 84
[149] *Ibid*., hlm. 84-85

tercapai, apabila setiap kali hukum bisa melakukan pembebasan terhadap sekat dan penghalang yang menyebabkan hukum menjadi mandek dan tidak mengalir. Tidak lagi mengalir, berarti kehidupan dan manusia tidak memperoleh pelayanan yang baik dari hukum.[150] Padahal berkali-kali dikatakan, bahwa hukum tidak ada untuk dirinya sendiri, tetapi untuk manusia.

Akhirnya dapat dikemukakan, bahwa hukum progresif adalah cara berhukum yang selalu gelisah untuk membangun diri, sehingga berkualitas untuk melayani dan membawa rakyat kepada kesejahteraan dan kebahagiaan. Idealita tersebut dilakukan dengan aktivitas yang berkesinambungan antara merobohkan hukum yang mengganjal dan menghambat perkembangan (*to arrest development*) untuk membangun yang lebih baik. Kalau boleh diringkas, hukum progresif itu sesungguhnya sederhana, yaitu melakukan pembebasan, baik dalam cara berpikir maupun bertindak dalam hukum, sehingga mampu membiarkan hukum itu mengalir saja untuk menuntaskan tugasnya mengabdi kepada manusia dan kemanusiaan.[151]

Atas dasar hal tersebut di atas, semua aspek yang berhubungan dengan hukum progresif, dipadatkan ke dalam konsep 'progresivisme'. Progresivisme bertolak dari pandangan kemanusiaan, bahwa manusia pada dasarnya adalah baik, memiliki sifat-sifat kasih sayang serta kepedulian terhadap sesama. Hal tersebut menjadi modal penting untuk membangun kehidupan berhukum dalam masyarakat. Hukum menjadi alat untuk menjabarkan kemanusiaan tersebut.

---

[150] Satjipto Rahardjo, *Penegakan...Op.Cit.*, hlm. 69
[151] *Ibid*.

Hukum bukan raja, tetapi alat saja yang berfungsi memberikan rahmat kepada dunia dan manusia. Oleh karena itu, hukum progresif memuat kandungan moral yang sangat kuat. Progresivisme tidak ingin menjadikan hukum sebagai teknologi yang tidak bernurani, melainkan suatu institusi yang bermoral, dalam hal ini moral kemanusiaan sebagaimana disebutkan di atas.[152]

2. Karakteristik Hukum Progresif

Menurut Satjipto Rahardjo, hukum bukanlah *detergent* yang bisa mencuci sendiri, hukum hanyalah konsep jika tidak dijalankan, oleh karena itu hukum sebetulnya hanya macan kertas bila manusia tidak turun tangan menggerakkannya. Tidak mengherankan bila eksistensi hukum progresif bertumpu pada manusia, membawa konsekuensi pentingnya kreativitas. Kreativitas dalam konteks penegakan hukum selain untuk mengatasi ketertinggalan hukum, mengatasi ketimpangan hukum, juga dimaksudkan untuk membuat terobosan-terobosan hukum. Terobosan hukum inilah yang diharapkan dapat mewujudkan tujuan kemanusiaan melalui bekerjanya hukum, yang menurut Satjipto Rahardjo diistilahkan dengan hukum yang membuat bahagia.[153]

Hukum progresif memiliki karakteristik yang membedakannya dengan yang lain. Memberi warna dan cara pandang baru di dalam memahami hukum dan penegakannya. Karakteristik itu antara lain sebagai berikut[154] :

---

[152] Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif...Op.Cit.,* hlm. 47
[153] Mahrus Ali, *Membumikan ..Op.cit*., hlm. 24
[154] *Ibid*., hlm. 24-25

1. Pertama, paradigma dalam hukum progresif adalah, bahwa "hukum adalah untuk manusia". Pegangan, optik atau keyakinan dasar ini tidak melihat hukum sebagai sesuatu yang sentral dalam berhukum, melainkan manusialah yang berada di titik pusat perputaran hukum. Hukum itu berputar disekitar manusia sebagai pusatnya. Hukum ada untuk manusia, bukan manusia untuk hukum. Apabila kita berpegangan pada keyakinan bahwa manusia itu adalah untuk hukum, maka manusia itu akan selalu diusahakan, mungkin juga dipaksakan, untuk bisa masuk ke dalam skema-skema yang telah dibuat oleh hukum. Manusia atau perbuatan manusia selalu merupakan suatu *unikum*. Kendati demikian, karakteristik itu tidak mendapatkan tempat dalam hukum. Disini hukum sudah bekerja seperti mesin yang tinggal memencet tombol saja, ibarat mesin tomat (*subsumptie automaat*). Sementara itu, hukum harus bekerja dengan rumusan-rumusan hukum dalam perundang-undangan, yang telah menyempitkan atau mereduksi perbuatan manusia yang unik itu ke dalam skema atau standar tertentu.
2. Kedua, hukum progresif menolak untuk mempertahankan *status quo* dalam berhukum. Mempertahankan *status quo* memberikan efek yang sama, seperti pada waktu orang berpendapat, bahwa hukum adalah tolok ukur semuanya, dan manusia adalah untuk hukum. Cara berhukum yang demikian itu sejalan dengan cara positivistik, normatif, dan legalistik. Sekali undang-undang mengatakan atau merumuskan seperti itu, kita tidak bisa berbuat banyak, kecuali hukumnya dirubah lebih dulu. Dalam hubungan dengan ini, ada hal lain yang berhubungan dengan penolakan terhadap cara berhukum yang pro *status quo* tersebut, yaitu berkaitan dengan perumusan-perumusan masalah ke dalam perundang-undangan. Substansi undang-undang itu berangkat dari gagasan tertentu dalam masyarakat yang kemudian bergulir masuk ke lembaga atau badan legislatif.
3. Ketiga, apabila diakui bahwa peradaban hukum yang akan memunculkan sekalian akibat dan risiko yang ditimbulkan, maka cara kita berhukum sebaiknya juga mengantisipasi tentang bagaimana mengatasi hambatan-hambatan dalam menggunakan hukum tertulis. Secara ekstrim kita tidak dapat menyerahkan masyarakat untuk sepenuhnya tunduk kepada hukum yang tertulis itu. Menyerahkan bulat-bulat seperti itu adalah sama dengan membiarkan diri kita diatur oleh teks formal tertulis yang belum tentu benar-benar berisi gagasan asli yang ingin dituangkan ke dalam teks tersebut dan yang memiliki risiko bersifat kriminogen.
4. Keempat, hukum progresif memberikan perhatian besar terhadap peranan perilaku manusia dalam hukum. Ini bertentangan secara diametral dengan paham, bahwa hukum itu hanya urusan peraturan. Peranan manusia disini merupakan konsekuensi terhadap pengakuan, bahwa sebaiknya kita tidak berpegangan secara mutlak kepada teks formal suatu peraturan. Di atas telah dijelaskan betapa besar risiko dan akibat yang akan dihadapi apabila kita "menyerah bulat-bulat" kepada peraturan. Cara berhukum yang penting untuk mengatasi kemandegan atau stagnasi adalah dengan

membebaskan diri dari dominasi yang membuta kepada teks undang-undang. Cara seperti ini bisa dilakukan, apabila kita melibatkan unsur manusia atau perbuatan manusia dalam berhukum. Karena pada dasarnya *the life of the law has not been logic, but experience*.

Selain karakteristik di atas, wajah hukum progresif dapat diidentifikasikan sebagai berikut :

1. Kajian hukum progresif berusaha mengalihkan titik berat kajian hukum yang semula menggunakan optik hukum menuju perilaku.
2. Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat.
3. Hukum progresif berbagi paham dengan *legal realism* karena hukum tidak dipandang dari kacamata hukum itu sendiri, melainkan dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai dan akibat yang timbul dari bekerjanya hukum.
4. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *sociological jurisprudence* dari Roscoe Pound yang mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan tetapi keluar dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum.
5. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan teori hukum alam, karena peduli terhadap hal-hal yang "meta-juridical".
6. Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *critical legal studies* namun cakupannya lebih luas.[155]

Dalam hukum progresif, proses perubahan tidak lagi berpusat pada peraturan, akan tetapi pada kreativitas pelaku hukum mengaktualisasikan hukum dalam ruang dan waktu yang tepat. Para pelaku hukum progresif dapat melakukan perubahan dengan melakukan pemaknaan yang kreatif terhadap peraturan yang ada, tanpa harus menunggu perubahan peraturan. Peraturan yang buruk tidak harus menjadi penghalang bagi para pelaku hukum progresif untuk menghadirkan

[155] *Ibid*., hlm. 93-94

keadilan bagi rakyat dan pencari keadilan, karena mereka dapat melakukan interpretasi secara baru setiap kali terhadap suatu peraturan.[156]

Sebagaimana prinsip-prinsip hukum yang terkandung dalam berbagai teori hukum atau aliran hukum, hukum progresif juga memiliki prinsip utama, yaitu "hukum adalah untuk manusia dan bukan sebaliknya"dan hukum itu tidak ada untuk dirinya sendiri, melainkan untuk sesuatu yang lebih luas, yaitu untuk harga diri manusia. Konsekuensi dari prinsip ini adalah bahwa hukum tidak menjadi sesuatu yang mutlak dan final, tetapi selalu "dalam proses menjadi" (*law as process, law in the making*) dalam rangka menuju hukum yang berkeadilan, yakni hukum yang mampu mewujudkan kesejahteraan atau hukum yang mampu mewujudkan kesejahteraan atau hukum yang peduli terhadap rakyat.[157]

Berdasarkan asumsi dasar tersebut, Yudi Kristiana menyusun karakteristik dasar hukum progresif seperti dalam tabel berikut ini [158]:

Tabel 1.2
Karakteristik Hukum Progresif

Asumsi Dasar	• Hukum untuk manusia bukan sebaliknya manusia untuk hukum. • Hukum bukan institusi yang mutlak dan final, karena hukum selalu berada dalam proses untuk terus-menerus menjadi (*law as process, law in the making*).
Tujuan Hukum	• Kesejahteraan dan kebahagiaan manusia.
Spirit	• Pembebasan terhadap tipe, cara

[156] M. Syamsudin, Kecenderungan Paradigma Berfikir Hakim Dalam Memutus Perkara Korupsi, *Jurnal Media Hukum*, Vol.15, No.2, Tahun 2008, hlm. 202

[157] Mahrus Ali, *Membumikan...Op.Cit*., hlm. 108

[158]Yudi Kristiana, "Rekonstruksi Birokrasi Kejaksaan dengan Pendekatan Hukum Progresif, Studi Penyelidikan, Penyidikan, dan Penuntutan Tindak Pidana Korupsi", yang dikutip dalam dalam M. Syamsudin, *Kontruksi Baru...Op.Cit*., hlm. 108

	berpikir, asas, dan teori yang selama ini dipakai yang dominatif (legalistik dan positivistik). • Pembebasan terhadap kultur penegakan hukum yang dirasa tidak memberikan keadilan substantif.
Arti progresivitas	• Hukum selalu dalam proses menjadi (*law in the making*). • Hukum harus peka terhadap perubahan yang terjadi di masyarakat, baik lokal, nasional, maupun global. • Menolak *status quo* manakala menimbulkan dekadensi suasana korup dan sangat merugikan kepentingan rakyat, sehingga menimbulkan perlawanan dan pemberontakan yang berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum.
Karakter	• Kajian hukum progresif berusaha mengalihkan titik berat kajian hukum yang semula menggunakan optik hukum menuju ke perilaku. • Hukum progresif secara sadar menempatkan kehadiran-kehadirannya dalam hubungan erat dengan manusia dan masyarakat, meminjam istilah Nonet & Selznick bertipe responsif. • Hukum progresif berbagi paham dengan *legal realism* karena hukum tidak dipandang dari kacamata hukum itu sendiri, tetapi dilihat dan dinilai dari tujuan sosial yang ingin dicapai dan akibat yang timbul dari bekerjanya hukum. • Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *Sociological Jurisprudence* dari Roscoe Pound yang mengkaji hukum tidak hanya sebatas pada studi tentang peraturan, tetapi keluar dan melihat efek dari hukum dan bekerjanya hukum. • Hukum progresif memiliki kedekatan dengan teori hukum alam, karena peduli terhadap hal-hal yang metayuridis (keadilan).

	• Hukum progresif memiliki kedekatan dengan *Critical Legal Studies* (CLS) namun cakupannya lebih luas.

Hukum progresif selalu peka terhadap perubahan-perubahan yang terjadi dalam masyarakat, baik lokal, nasional, maupun global. Berhadapan dengan perubahan-perubahan tersebut hukum progresif terpanggil untuk tampil melindungi rakyat menuju kepada ideal hukum. Suatu karakteristik penting pada hukum progresif adalah wataknya yang menolak keadaan *status quo*, apabila keadaan tersebut menimbulkan dekadensi, suasana korup dan sangat merugikan kepentingan rakyat. Watak tersebut membawa hukum progresif kepada "perlawanan" dan "pemberontakan", yang akhirnya berujung pada penafsiran progresif terhadap hukum.[159] Hukum progresif tidak ingin mempertahankan *status quo* dan memiliki watak pembebasan yang kuat. Paradigma "hukum untuk manusia" membuatnya merasa bebas untuk mencari dan menemukan format, pikiran, asas serta aksi-aksi yang tepat untuk mewujudkannya.[160]

3. Penegakan Hukum Progresif

Ide atau gagasan penegakan hukum progresif muncul sebagai konsekuensi logis dari konsep hukum progresif. Pada saat hukum progresif dijabarkan dalam tataran praksis, maka hukum progresif mempunyai agenda untuk membebaskan kultur penegakan hukum yang selama ini berkuasa, yang dianggap menghambat usaha untuk menyelesaikan persoalan dan tidak memadai lagi. Maka lahirlah konsep penegakan hukum progresif yang dilawankan dengan konsep penegakan

[159] Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif...Op.Cit.,* hlm. 48
[160] *Ibid*.

hukum konvensional.[161] Penegakan hukum progresif ini tentunya lahir mengingat penegakan hukum konvensional yang terjadi selama ini, masih jauh dari tataran keadilan. Penegakan hukum progresif ini menjadi sangat penting jika diemban ke dalam konsep penegakan hukum di Indonesia.

Berkaca pada sejarah, penegakan hukum progresif muncul di tengah kegalauan dan keterpurukan bangsa Indonesia yang memuncak pada masa reformasi, termasuk didalamnya krisis dalam penegakan hukum. Oleh karena itu, diperlukan pemikiran yang komprehensif untuk mencari jalan keluar dari keterpurukan. Penyelenggaraan hukum dengan cara-cara konvensional tidak banyak menolong upaya keluar dari krisis hukum, bahkan penegakan hukum seolah-olah berjalan ditempat. Oleh karena itu, diperlukan upaya luar biasa untuk mengentaskan Indonesia keluar dari krisis penegakan hukum, yaitu penegakan hukum progresif.[162]

Ide penegakan hukum progresif menghendaki penegakan hukum tidak sekadar menjalankan peraturan perundang-undangan, tetapi menangkap kehendak hukum masyarakat. Oleh karena itu, ketika suatu peraturan dianggap membelenggu penegakan hukum, maka dituntut kreativitas dari penegak hukum itu sendiri agar mampu menciptakan produk hukum yang mengakomodasi kehendak masyarakat yang bertumpu pada nilai-nilai yang hidup di masyarakat. Oleh sebab itu, ide penegakan hukum progresif merupakan letupan dari situasi

[161] M. Syamsudin, *Konstruksi Baru...Op.Cit.*, hlm. 109
[162] *Ibid.*

penegakan hukum yang stagnan atau mengalami kemandekan.[163] Terhadap penegakan hukum yang hanya sekedar menjalankan peraturan perundang-undangan, hal tersebut merupakan dampak dari madzab positivisme hukum. Madzab tersebut melihat hukum hanya terdiri dari bangunan-bangunan aturan yang telah dipositifkan. Tentu hal ini berbeda dan berlawanan dengan penegakan hukum progresif itu sendiri.

Ahmad Subhan memberikan pemetaan yang lebih jelas mengenai perbedaan antara madzab hukum positivisme dengan hukum progresif berdasarkan dari mana sumber dan cirinya, bagaimana model penegakannya serta apa tujuannya yang disajikan dalam tabel berikut ini [164] :

Tabel. 1.3
Perbedaan Madzab Hukum Positivistik dengan Hukum Progresif

Pemetaan	Hukum Positivistik	Hukum Progresif
Sumber dan Ciri	• Hukum tidak mempunyai dasar dalam kehidupan sosial, maupun jiwa bangsa. • Satu-satunya sumber hukum adalah kekuasaan tertinggi pada suatu negara. • Hukum merupakan sistem logika yang tertutup. Oleh karena itu harus steril dari unsur nilai.	• Hukum tidaklah muncul dari ruang hampa, karena itu hukum haruslah bersumber dari kenyataan serta nilai-nilai yang berlaku di masyarakat. • Hukum merupakan sistem yang terbuka, sehingga selalu ada kemungkinan untuk merombak sistem apabila hukum tersebut justru mendatangkan

[163] *Ibid.*
[164] Bambang Sutiyoso, *Metode Penemuan Hukum : Upaya Mewujudkan Hukum Yang Pasti dan Berkeadilan*, UII Press, Yogyakarta, 2012, hlm. 100-101

		malapetaka bagi masyarakat.
Model Penegakan	• Hanya menggunakan logika rasional. • Pengadilan hanyalah sebagai corong undang-undang atau sebagai tempat dimana penegak hukum menerapkan pasal-pasal tertulis. • Unifikasi hukum nasional.	• Melibatkan empati, determinasi, dan nurani. • Selain logika rasional, juga menggunakan logika kepatutan sosial dan logika keadilan. • Mengakomodasi kemajuan *living law* yang berlaku di masyarakat yang plural.
Tujuan Hukum	• Hukum diciptakan dan digunakan sebagai instrumen rekayasa sosial, untuk mendorong dan menciptakan perubahan masyarakat.	• Hukum ditegakkan semata-mata demi harga diri manusia, kebahagiaan, kesejahteraan, dan kemuliaan manusia.

Berdasarkan tabel di atas, hukum progresif ini sebenarnya merupakan pertentangan dari faham posivistik yang dianut oleh hampir semua aparat penegak hukum, terutama hakim di Indonesia. Paham positivistik ini selalu berpegang teguh kepada hukum tertulis (*law in book*), karena meyakini bahwa keadilan dapat terwujud dengan menerapkan hukum tertulis. Dengan demikian, seolah keadilan didefinisikan dalam hukum tertulis. Pendefinisian apa yang adil dan tidak dalam hukum tertulis merupakan bentuk "kekerasan keadilan" yang mempersempit serta mensubjektivikasi makna keadilan. Hukum progresif bertolak belakang dari faham positivistik yang selalu tunduk pada aturan tertulis. Hukum progresif menjadikan ketulusan dan kejujuran sebagai mahkota penegakan hukum.

Keadilan menjadi tujuan akhir dari proses penegakan hukum. Ajaran hukum progresif ini mengutamakan pada sikap empati, kepedulian, dan dedikasi dari para aparat penegak hukum karena merekalah ujung tombak penegakan hukum.[165]

Teori hukum positif hanya menyoroti dan berbicara mengenai sebagian dari tatanan yang besar, yaitu yang termasuk ke dalam tatanan politik dan lebih khusus lagi tatanan yang berbasis negara. Tidak dapat diterima kehadiran tatanan lain yang tidak dapat dikaitkan kepada negara tersebut, kendatipun jenis tatanan tersebut ada dalam masyarakat. Penerimaan suatu tipe tatanan lain di luar yang positif tersebut akan mengganggu kebenaran sistem rasional dari teori tersebut. Ini sangat bertentangan dengan sikap ilmiah yang bertolak dari pengamatan terhadap apa yang benar-benar ada dalam masyarakat.[166]

Positivisme dalam hukum inilah yang membentuk karakter para penegak hukum hingga tercerabut dari nilai-nilai serta rasa keadilan yang dikehendaki masyarakat. Para penegak hukumpun menjadi pragmatis. Andaikan hukum adalah soal mengotak-atik pasal semata, maka untuk apa repot-repot berpikir keras demi tegaknya keadilan karena sudah ada aturan perundang-undangan yang tinggal dipraktekkan.[167] Padahal, berbicara soal hukum itu sangatlah luas dan untuk memahami hukum itu sendiri tidak cukup hanya memahami peraturan perundang-undangan saja. Hal ini tentu relevan jika kita memahami bahwa hukum itu setiap waktu berubah dan terus mengalami perubahan.

---

[165] Mahrus Ali, *Membumikan...Op.Cit*., hlm. 11
[166] Satjipto Rahardjo, *Sosiologi...Op.Cit*., hlm. 215
[167] Bambang Sutiyoso, *Metode...Op.Cit*., hlm. 99

Hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo, bahwa ilmu hukum adalah sebagai sebenar-benar ilmu (*genuine, true*), yaitu bukan ilmu yang melayani kebutuhan profesi, mencoba menjangkau sedalam-dalamnya mengenai fenomen hukum (*the nature of law*). Untuk membedakan keduanya, ilmu untuk profesi disebut *practical science*, sedang kata *science* hanya dicadangkan untuk ilmu hukum yang sebenar ilmu tersebut.[168]

Peran dan eksplorasi sejarah sangat membantu dan bermanfaat untuk menemukan kebenaran mengenai hukum itu. Tipe hukum muncul dan berubah dari waktu ke waktu. Oleh karena itu, memerlukan alat untuk memahami mengapa hukum berubah-ubah seperti itu. Untuk mendiskusikan masalah tersebut, tentu memerlukan alat berupa konsep yang mampu untuk menerangi masalah yang dihadapi. Konsep yang lebih besar itu adalah tatanan (*order*). Tatanan atau order merupakan konsep yang dibutuhkan. Tatanan merupakan suatu wilayah yang amat luas yang sangat pantas menjadi rujukan dalam mempelajari hukum secara ilmiah. Tatanan adalah "hukum" yang lebih utuh, sedang hukum positif atau *lawyer's law* hanya menempati satu sudut kecil saja dalam peta tatanan yang utuh dan besar tersebut. Tatanan ini dibagi ke dalam tiga, yaitu (1) tatanan transendental (*transcendental order*); (2) tatanan sosial (*social order*); dan (3) tatanan politik (*political order*). Pada waktu kita membicarakan hukum, maka kita berhadapan dengan ketiga macam itu. Maka tentu saja, apabila kita berada di

[168]Satjipto Rahardjo, *Sosiologi...Op.Cit.*, hlm. 200-201

dalam ranah keilmuan, kita tidak dapat meniadakan salah satu dari tiga itu, semata-mata karena menjadi tidak benar lagi.[169]

Hukum bekerja dengan cara memancangi perbuatan seseorangan atau hubungan antara orang-orang dalam masyarakat. Untuk keperluan pemancangan tersebut, maka hukum menjabarkannya pekerjaannya dalam berbagai fungsinya, yaitu : (1) pembuatan norma-norma, baik yang memberikan peruntukan maupun yang menentukan hubungan antara orang dengan orang; (2) penyelesaian sengketa-sengketa; (3) menjamin kelangsungan kehidupan masyarakat, yaitu dalam hal terjadi perubahan-perubahan. Hukum, dengan demikian, digolongkan sebagai sarana untuk melakukan kontrol sosial, yaitu suatu proses mempengaruhi orang-orang untuk bertingkah laku sesuai dengan harapan masyarakat. Oleh hukum, kontrol sosial tersebut dijalankan dengan menggerakkan berbagai aktivitas, yang melibatkan penggunaan dari kekuasaan negara sebagai suatu lembaga yang diorganisasi secara politik, melalui lembaga-lembaga yang dibentuknya. Hukum sebagai sarana kontrol sosial tidak hanya ditujukan kepada pemecahan masalah yang ada, melainkan berkeinginan untuk menimbulkan perubahan-perubahan dalam tingkah laku anggota masyarakat.[170]

Menjalankan hukum progresif berarti meninggalkan cara berhukum dengan "kacamata kuda" (masinal, *atomizing*, mekanistik, linier), dan merubahnya menjadi pada cara pandang yang utuh (*holistic*) dalam membaca aturan dan merekonstruksi fakta. Dengan demikian, dalam menghadapi situasi

---

[169] *Ibid*., hlm. 201

[170] Satjipto Rahardjo , *Hukum dan Perubahan Sosial : Suatu Tinjauan Teoretis Serta Pengalaman-Pengalaman Di Indonesia*, Genta Publishing, Yogyakarta, Cet3, 2009, hlm 112

yang bersifat *extraordinary*, pekerja hukum harus menjalankan profesi atau tugas melampaui batas beban tugasnya (*Mesu budi*/*doing to the utmost*). Akhirnya, masalah interpretasi atau penafsiran menjadi sangat urgen dalam pemberdayaan hukum progresif dalam rangka untuk mengatasi kemandegan dan keterpurukan hukum. Interpretasi dalam hukum progresif tidak terbatas pada konvensi-konvensi yang selama ini diunggulkan seperti penafsiran gramatikal, sejarah, sistematik dan sebagainya, namun lebih dari itu berupa penafsiran yang bersifat kreatif dan inovatif, sehingga dapat membuat sebuah terobosan dan "lompatan" pemaknaan hukum menjadi sebuah konsep yang tepat dalam menjangkau hukum yang bermoral kemanusiaan.[171]

Hukum progresif yang menghendaki pembebasan dari tradisi keterbelengguan, memiliki kemiripan dengan pemikiran Roscoe Pound tentang hukum sebagai alat rekayasa sosial (*social engineering*). Usaha *social engineering*, dianggap sebagai kewajiban untuk menemukan cara-cara yang paling baik bagi memajukan atau mengarahkan masyarakat.[172]

Hukum progresif menawarkan bentuk pemikiran dan penegakan hukum yang tidak submissif terhadap sistem yang ada, tetapi lebih afirmatif (*affirmative law enforcement*). Afirmatif berarti keberanian untuk melakukan pembebasan dari praktek konvensional dan menegaskan penggunaan satu cara yang lain. Langkah afirmatif tersebut akan menimbulkan lekukan-lekukan dalam praktek tipe liberal. Istilah yang lebih populer adalah melakukan terobosan. Sistem liberal melihat konsep kesamaan (*equality*) didasarkan kepada individu sebagai unit (*individual*

---

[171] Al Winusubroto, *Dasar-Dasar Hukum Progresif*, Yogyakarta, 2014, hlm. 12
[172] *Ibid*.

equality). Hukum progresif menawarkan satu satuan lain sebagai dasar kesamaan yaitu kolektiv atau komunitas (*group-related equality*). Dalam keadilan liberal, kemerdekaan dan kebebasan individu sama sekali tidak boleh diganggu gugat. Oleh karena itu, dalam iklim liberal tidak boleh ada pikiran atau tujuan lain dalam hukum dan proses hukum, kecuali melindungi dan membebaskan individu.[173]

Di lain pihak, hukum progresif melihat tujuan-tujuan lain seperti tujuan sosial dan konteks sosial. Aksi-aksi afirmatif didukung keinginan untuk mendayagunakan hukum bagi kepentingan rakyat di atas semata-mata pengutamaan individu. Untuk itu, dibutuhkan keberanian untuk membebaskan diri dari dominasi absolut asas dan doktrin liberal.

Dalam konteks hukum untuk kepentingan rakyat, hukum progresif mengajukan maksim, "hukum adalah manusia/rakyat, dan bukan sebaliknya", yang bisa diperluas menjadi "asas dan doktrin untuk rakyat, bukan sebaliknya". Dengan paradigma tersebut, maka apabila rakyat menghadapi atau didera oleh suatu persoalan, maka bukan "rakyat disalahkan", melainkan kita harus berbuat sesuatu terhadap hukum yang ada, termasuk kembali meninjau asas, doktrin, substansi, serta prosedur yang berlaku.[174]

Salah satu kunci dalam hukum progresif adalah pembebasan. Hukum progresif menolak sikap *status quo* dan submisif dalam berteori. Baginya setiap pikiran, pendapat, doktrin dan asas terbuka ditinjau dan dipikirkan kembali penggunaannya. Sikap tersebut konsisten dengan maksim "hukum untuk

---

[173] Satjipto Rahardjo, *Hukum Progresif...Op.Cit.,* hlm.142
[174] *Ibid*., hlm. 142

manusia", bukan sebaliknya. Sikap mempertahankan *status quo* menyebabkan kita tidak berani melakukan pembebasan dan menganggap doktrin dan sebagainya sebagai sesuatu yang mutlak untuk dilaksanakan. Sikap seperti tersebut merujuk kepada maksim "rakyat untuk hukum". Manusia dan rakyatlah yang dipaksa-paksa dimasukkan dalam skema teori yang berlaku. Hukum progresif berpendapat, teori, maksim, dan setelan pikiran adalah sesuatu yang terbuka untuk perubahan.[175]

Dalam pandangan hukum progresif, pelaku hukum harus memiliki kepekaan pada persoalan-persoalan krusial dalam hubungan–hubungan manusia, termasuk keterbelengguan manusia dalam struktur-struktur yang menindas; baik politik, ekonomi, maupun sosial budaya. Dalam konteks ini, hukum progresif harus tampil sebagai institusi yang emansipatoris (membebaskan). Penerapan hukum progresif, yang pada dasarnya terarah kepada para pelaku hukum ini, diharapkan akan dapat mengarahkan hukum yang dihasilkan oleh proses legislasi, yang cenderung elitis, untuk mengarah pada kepentingan keadilan dan kesejahteraan rakyat banyak.

Pintu masuk bagi penerapan hukum progresif dalam praktik pengadilan di Indonesia, secara formal telah diberikan oleh UU Kekuasaan Kehakiman yang menegaskan bahwa kekuasaan kehakiman bertugas untuk menegakkan hukum dan keadilan. Adapun struktur kekuasaan kehakiman di Indonesia saat ini terdiri atas sebuah Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Agung beserta peradilan-peradilan di bawahnya .

---

[175] *Ibid*., hlm. 143

Mahkamah Konstitusi, berdasarkan Pasal 24C ayat (1) UUD 1945 berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Sedangkan Mahkamah Agung berdasarkan Pasal 24A ayat (1) UUD 1945 berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang.

Berkaitan dengan kewenangan Mahkamah Agung dalam rangka pengujian peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, alat pengukur untuk menilai atau dalam menjalankan kegiatan pengujian itu adalah undang-undang. Bukan undang-undang dasar seperti halnya di Mahkamah Konstitusi. Karena itu, dapat dikatakan bahwa pengujian yang dilakukan oleh Mahkamah Agung itu adalah pengujian legalitas berdasarkan undang-undang, bukan pengujian konstitusionalitas menurut UUD 1945. Karena itu tepatlah jika dikatakan bahwa Mahkamah Konstitusi menguji the *constitutionality of legislative law or legislation*, sedangkan Mahkamah Agung menguji *the legality of regulation.*[176] Tugas lain Mahkamah Agung selain menguji *the legality of regulation*, ialah mengadili pada tingkat kasasi terhadap perkara-perkara hukum yang timbul di dalam masyarakat. Mahkamah Agung itu sendiri memiliki badan peradilan di bawahnya, yaitu lingkungan peradilan umum; lingkungan peradilan tata usaha negara; lingkungan peradilan militer; dan lingkungan peradilan agama.

[176]Jimly Asshiddiqie, *Hukum Acara Pengujian Undang-undang*, Cet3, Konpress, Jakarta, 2006, Hlm.6

Dalam rangka menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan , hakim diwajibkan untuk menggali nilai-nilai hukum dan keadilan yang hidup dalam masyarakat. Ini berarti bahwa hakim tidak sekedar bertugas menerapkan peraturan apa adanya, tetapi bagaimana penerapan itu dapat mewujudkan keadilan. Di sini kreativitas hakim menjadi sangat menentukan.

Sekalipun sudah terdapat hakim yang berpikir progresif, tetapi penelitian yang dilakukan oleh Yanto Sufriadi, menyimpulkan bahwa cara berpikir *legal-positivism* masih menjadi *mainstream* di kalangan hakim di Pengadilan. Akan tetapi, meskipun tradisi berpikir *legal-positivism* menjadi *mainstream*, hakim di pengadilan sudah mulai diwarnai oleh cara berpikir yang progresif. Tradisi berpikir yang progresif ini perlu terus didorong, agar benar-benar menjadi budaya hukum di kalangan hakim. Apabila para hakim, sudah tidak lagi terbelenggu dengan tradisi berpikir *legal-positivism*, maka tujuan hukum untuk mewujudkan keadilan dan kesejahteraan rakyat, akan menjadi lebih memungkinkan, sekalipun hukum perundang-undangan yang dihasilkan dalam proses legislasi cenderung elitis.[177]

Hakim yang berpikir progresif berani untuk mengambil inisiasi *rule breaking* jika hukum normatif sudah tidak bisa menciptakan keadilan. Menurut Satjipto Rahardjo, ada tiga cara untuk melakukan *rule breaking*, yaitu :

1. Mempergunakan kecerdasan spiritual untuk bangun dari keterpurukan hukum memberikan pesan penting bagi kita untuk berani mencari jalan baru (*rule breaking*) dan tidak membiarkan diri terkekang cara lama, menjalankan hukum yang lama dan tradisional yang jelas-jelas lebih banyak melukai rasa keadilan.;

[177] Lihat dalam Yanto Sufriadi, Penerapan Hukum Progresif dalam Penegakan Hukum di Tengah Krisis Demokrasi, *Jurnal Hukum* No.2, Vol.17, April, 2010, hlm. 245

2. Pencarian makna lebih dalam hendaknya menjadi ukuran baru dalam menjalankan hukum dan bernegara hukum. Masing-masing pihak yang terlibat dalam proses penegakan hukum didorong untuk selalu bertanya kepada hati nurani tentang makna hukum yang lebih dalam;
3. Hukum hendaknya dijalankan tidak menurut prinsip logika saja, tetapi dengan perasaan, kepedulian, dan keterlibatan (*compassion*) kepada kelompok yang lemah).[178]

Menurut Satjipto Rahardjo , pada dasarnya penegakkan hukum progresif bukan hanya merupakan pekerjaan aparat penegak hukum, namun juga akademisi, intelektual serta ilmuwan hukum. Dunia akademik menjadi awal dari karir para penegak hukum. Sedikit banyak pola pikir yang menjelma menjadi perilaku para penegak hukum dipengaruhi oleh latar belakang pendidikannya. Oleh karena itu, disinilah perlunya peran para akademisi yang hidup di lingkungan kampus untuk memberikan bekal kepada para calon penegak hukum agar dapat berpikir progresif demi terciptanya keadilan hukum bagi masyarakat.[179] Pemberian bekal kepada para calon penegak hukum tentu juga tergantung dengan para pendidiknya dalam memberikan apa yang dimaksud dengan hukum progresif itu sendiri.

Tentunya dalam rangka menegakkan hukum terutama memberantas kejahatan tidak boleh ditunda-tunda, karena kejahatan itu sendiri akan menguasai dan menghancurkan apa yang ada jika tidak cepat dicegah dan diberantas. Keprihatinan dalam usaha penegakan hukum di Indonesia selama ini semakin bertambah, karena rakyat hampir-hampir tidak mempercayai lagi lembaga penegakan hukum yang ada. Mengapa pemerintah negara-negara tetangga kita, seperti pemerintah Korea Selatan, berani konsekuen menegakkan hukum,

[178] Mahrus Ali, *Membumikan...Op.Cit*., hlm. 9
[179] *Ibid*., hlm. 10

jawabnya, karena mereka mengetahui kunci menyelamatkan negara dari ancaman krisis kewibawaan dan mengatasi krisis ekonomi, ialah kepada rakyat harus diperlihatkan bahwa hukum berlaku tegas tanpa diskriminasi.[180]

Penilaian masyarakatlah yang biasanya lebih dekat dengan rasa keadilan obyektif yang perlu menjadi pegangan. Sangat berguna, bila jaksa atau hakim pada saat-saat akan menuntut atau memutus suatu kasus bertanya di hatinya masing-masing, seandainya ia anggota masyarakat biasa akan bertanya terlebih dahulu, "sudah adilkah tuntutan atau putusan yang akan ia jatuhkan". Hal ini penting agar tuntutan atau putusan yang akan dijatuhkan tidak terlalu berbeda jauh dengan rasa keadilan obyektif atau rasa keadilan masyarakat.[181] Itulah sebabnya, berhasilnya penegakan hukum bukanlah ditandai telah banyaknya kasus-kasus pidana yang diajukan ke pengadilan, tetapi adalah ditentukan oleh jawaban atas pertanyaan sudah pantaskah tuntutan atau putusan terhadap perkara-perkara yang umumnya sudah diselesaikan selama ini.[182] Para penyelenggara hukum di negeri ini hendaknya senantiasa merasa gelisah apabila hukum belum bisa membikin rakyat bahagia. Inilah yang disebut sebagai penyelenggaraan hukum progresif.[183] Penegakan hukum berbasis hukum progresif setidaknya merupakan salah satu alternatif untuk menghadirkan keadilan di tengah-tengah masyarakat. Para penegak hukum yang sadar, tentunya konsep penyelenggaraan hukum progresif ini bisa dijadikan acuan dalam menegakkan hukum.

---

[180] Baharudin Lopa, *Kejahatan...Op.Cit*., hlm.131
[181] *Ibid*., hlm. 146
[182] *Ibid*
[183] Satjipto Rahardjo, *Membedah...Op.Cit.*, hlm. 12