

HUKUM TATA NEGARA DAN REFORMASI KONSTITUSI DI INDONESIA

*“refleksi proses dan prospek
dipersimpangan”*

Oleh :

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

Dan

Susanto Polamolo, S.H, M.H.

2014

DAFTAR ISI

BAB I

TINJAUAN UMUM TENTANG HUKUM TATA NEGARA

- A. PENGERTIAN DAN OBYEK KAJIAN HUKUM TATA NEGARA
- B. SUMBER HUKUM TATA NEGARA
- C. KONVENSİ KETATANEGARAAN
- D. KONSEPSI NEGARA HUKUM

BAB II

NEGARA HUKUM YANG DEMOKRATIS

- A. ASAS-ASAS NEGARA HUKUM
- B. TIPE-TIPE NEGARA
- C. PRINSIP-PRINSIP NEGARA HUKUM
- D. DEMOKRASI DAN KEDAULATAN RAKYAT
 - 1. Demokrasi dan Perkembangannya
 - 2. Demokrasi (*transisi, konsolidasi, dan kompromi*)

BAB III

NEGARA DAN KONSTITUSI

- A. PENGERTIAN DAN HAKIKAT KONSTITUSI
(*Konstitusi dan Konstitusionalisme*)
- B. ANTARA PENUMPUKAN, PEMBAGIAN, DAN PENGAWASAN
KEKUASAAN
(*Trias Politica dalam aplikasi*)
- C. KONSTITUSI SEBAGAI NILAI & KEKUATAN NORMATIF
(*perspektif membangun gerakan politik nilai serta kekuatan hukum yang
berpihak pada kebutuhan rakyat*)
- D. KONSTITUSI SEBAGAI NILAI & KEKUATAN NORMATIF
(*perspektif membangun gerakan politik nilai serta kekuatan hukum yang
berpihak pada kebutuhan rakyat*)

BAB IV
REFORMASI KONSTITUSI INDONESIA
DALAM SPASIOTEMPORAL

A. SEBELUM REFORMASI KONSTITUSI

1. Sejarah Ketatanegaraan Indonesia
 - a. Proklamasi 1945 Sebagai Identitas Yuridis – Formil
 - b. BPUPKI
(Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia)
 - c. PPKI
(Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia)
2. Ketatanegaraan Indonesia dalam Pergulatan Politik
 - a. Polemik Seputar Konstitusi RIS, UUDS 1950, Hingga Kembali ke-UUD 1945
 - b. Konstituante dan Dekrit Presiden 5 Juli 1959
(kebenaran yang dipalsukan atautkah kepalsuan yang dibenarkan)
 - c. Monolitik Militer Sebagai Tradisi Hegemoni Negara
(sebuah pengingkaran atas konstitusi)

B. SETELAH REFORMASI KONSTITUSI

1. Substansi Pokok Hasil Amandemen
2. Memantapkan Dimensi Konstitusionalisme Pasca Amandemen UUD 1945
(mewujudkan dan menegakkan demokrasi konsensus)

BAB V

PROBLEMATIKA REFORMASI KONSTITUSI

(Suatu Analisis)

A. KONSTRUKSI EPISTEMIK

B. TINJAUAN SISTEM PEMERINTAHAN INDONESIA

Eksekutif – Legislatif –Yudikatif

1. Pembagian Dan Pembatasan Kekuasaan Berdasarkan UUD 1945
(pasca amandemen)
2. Hubungan Antar Lembaga Negara
(refleksi kritis & pembuktian atas hubungan dan tumpang tindihnya kewenangan)
 - a. Terjemahan Konstitusi atas Lembaga Utama Negara (*main state organs*) dan Lembaga Negara Bantu (*state auxiliary bodies*)
 - b. Antara Tanggung jawab dan Prinsip Saling Mengawasi

C. DEMOKRASI DAN POLITIK HUKUM INDONESIA

1. Demokrasi Dalam Bayangan Intervensi Kepentingan Politik
2. Implikasi Hegemoni Politik Terhadap Hukum

D. CIVIL SOCIETY, NEGARA, DAN SIFAT KEKUASAAN

(sebuah harapan di masa transisi dan konsolidasi)

1. Reformasi Perspektif Sosiologis; Pilihan Menuju Indonesia Baru
 - a. *Transnational Civil Society Development*
 - b. *Transnational Civil Society Movement*
 - c. Dalam kepingan paham global
2. Harapan Membangun Negara Hukum Demokratis
(di bawah bayang-bayang krisis multidimensi)
 - a. Menata Cultur politik
 - b. Membingkai Budaya hukum

E. PERANG POSISI DALAM KETATANEGARAAN INDONESIA

BAB VI

UPAYA MENCARI FORMAT BARU

A. MENATAP PROSES DAN PROSPEK

1. Mantapkan Prinsip Check And Balance Antar Lembaga Negara
2. Menciptakan *civil society* yang memiliki budaya sadar politik dan hukum

B. SEBUAH EKSEMPLAR PEMIKIRAN

(menegakkan supremasi sipil)

DAFTAR ISI

LAMPIRAN

-PENDAHULUAN-

Dinamika ketatanegaraan Negara Republik Indonesia tidak terlepas dari perkembangan-perkembangan sistem ketatanegaraan Negara-negara di dunia pada umumnya, mulai dari bentuk, susunan negara dan sistem pemerintahan. Kaitan dengan berbagai konsepsi teori kenegaraan pun secara alami mengilhami para the founding father dalam merumuskan konstitusi. Menilik historis perkembangan teori-teori kenegaraan maka benang merah tersebut bisa kita runutkan mulai dari pendapat Rousseu yang kemudian mengilhami *teori pemisahan dan pembagian kekuasaan*.

Penelusuran dalam sejarah hukum dan ketatanegaraan menunjukkan bahwa konsep trias politica sebenarnya berasal dari konsep pemerintahan negara Yunani klasik. Menurut Aristoteles, diantara bentuk negara aristokrasi, monarki, dan demokrasi, tidak ada satupun yang ideal, sehingga yang diperlukan adalah campuran dari ketiga bentuk pemerintahan tersebut dengan mengambil unsur-unsur baiknya saja.

Disekitar abad ke-17 dan 18, John Locke menggelindingkan konsep pemisahan kekuasaan Negara, dengan membaginya kepada kekuasaan eksekutif dan legislatif, seperti terlihat dalam bukunya *Civil Government (1690)*, kemudian oleh Charles Montesquieu dalam bukunya *Spirit of Laws* (tahun 1748) menambah satu cabang pemerintahan lagi yaitu lembaga yudikatif, dengan demikian konsep *trias politica* ini menjadi tiga cabang pembagian kekuasaan yakni lembaga eksekutif, legislatif dan yudikatif. Yang kemudian banyak dikembangkan dan dituangkan dalam berbagai konstitusi di berbagai negara. Indonesia sendiri tidak secara mutlak mengadopsi teori tersebut, tetapi lebih ke pemisahan kekuasaan kekuasaan secara formil, hal ini terbukti dengan adanya kerja sama antar lembaga tinggi negara, serta distribusi kekuasaan dalam lembaga-lembaga negara. Hingga kemudian berkembang menjadi konstitusi yang menjadi pegangan/pedoman dalam berbangsa dan bernegara. Dari sinilah kemudian berkembang menjadi suatu problematika yang menjadi penting sebagai objek kajian.

Adapun yang menjadi concern dari teori trias politica ini antara lain : penggolongan kekuasaan (*classification of power*), pemisahan kekuasaan (*separation of power*), dan pembagian kekuasaan (*distribution of power*). Yang kemudian akan dihadapkan kepada persoalan krusial didalam perkembangannya yakni siapakah yang dapat mengawasi agar kekuasaan-kekuasaan tersebut berjalan direlnya masing-masing, persoalan ini lalu mencuatkan kemungkinan melemahnya pengawasan kekuasaan (*monitoring/check of power*).

Persoalan penumpukan kekuasaan, pembagian kekuasaan, dan pengawasan kekuasaan lalu di tuangkan kedalam reformasi konstitusional melalui amandemen UUD 1945. Konstitusi sebagai hukum dasar yang juga merupakan pegangan dalam penyelenggaraan sistem ketatanegaraan suatu negara, termasuk Indonesia. Konstitusi dapat berupa hukum dasar tertulis yang lazim disebut Undang-Undang Dasar, dan dapat pula tidak tertulis. Dalam penyusunan suatu konstitusi tertulis, nilai-nilai dan norma dasar yang hidup dalam masyarakat dan dalam praktik penyelenggaraan negara turut mempengaruhi perumusan suatu norma ke dalam naskah Undang-Undang Dasar.

Memperhatikan perjalanan sejarah kenegaraan Republik Indonesia, perkembangan pemikiran dan praktik mengenai prinsip Negara hukum diakui mengandung kelemahan, yakni hukum menjadi alat bagi kepentingan penguasa. Hal ini terbukti dalam praktik ketatanegaraan penguasa menggunakan wacana negara hukum dengan melepaskan hakikat atau makna yang termuat dalam konsepsi negara hukum itu sendiri. Kelemahan tersebut dikarenakan pranata-pranata hukum lebih banyak dibangun untuk melegitimasi kekuasaan pemerintah, memfasilitasi proses rekayasa sosial (*indirect control*), serta terindikasi untuk memfasilitasi pertumbuhan ekonomi secara sepihak sehingga hukum belum berfungsi sepenuhnya sebagai sarana dalam mengangkat harkat serta martabat rakyat. Dalam mencermati permasalahan ketatanegaraan, berakar dari reformasi konstitusi dalam ketatanegaraan di Indonesia, ini tersirat melalui amandemen Undang-undang dasar 1945 yang secara kontekstual adalah terjadinya pembaruan terhadap sistem kekuasaan dari setiap lembaga Negara, terutama kehadiran Mahkamah Konstitusi.

Mahkamah Konstitusi banyak dipakai terutama di Negara-negara yang sedang mengalami perubahan dari sistem pemerintahan Negara yang otoritarian menjadi negara yang sistem pemerintahannya demokratis. Dan ditetapkan sebagai elemen penting dalam sistem pemerintahan negara konstitusional modern. Dengan demikian kehadiran Mahkamah Konstitusi dalam struktur kenegaraan berimplikasi terhadap sistem ketatanegaraan Republik Indonesia, yang tidak tergantung atau berada di bawah mahkamah agung. Dualisme peradilan tertinggi ini membentangkan pengertian yang luas, serta terindikasinya pengaruh politik secara preventif yang dilakukan oleh penguasa, praktek-praktek sistem yang inkonstitusional semakin mengarahkan hukum di negara ini tergantung pada legitimasi politik. Indonesia yang kini telah ber-evolusi menjadi Negara modern dengan melahirkan salah satu lembaga peradilan tertinggi yakni Mahkamah Konstitusi melalui amandemen UUD 1945, disebut juga ini sebagai *era Reformasi Konstitusional*. Yang tidak hanya perlu di apresiasi sebagai langkah revolusioner dibidang hukum ketatanegaraan di Indonesia, akan tetapi juga perlu dikaji eksistensinya dari berbagai perspektif. Mulai dari perspektif historis, sosiologis, yuridis, praktek ketatanegaraan, materi, dan aspek politik hukum.

Secara teoritis, konteks diatas berkaitan dengan ajaran *Trias Politica* dari Montesquieu yang mengingatkan kekuasaan negara harus dicegah agar jangan terpusat pada satu tangan atau lembaga. Pada ajaran *trias politica* tersebut, menurut Bagir Manan, terdapat *checks and balance* yang berarti dalam hubungan antar lembaga negara dapat saling menguji atau mengoreksi kinerjanya sesuai dengan ruang lingkup kekuasaan yang telah di tentukan atau di atur dalam konstitusi. Buku ini menunjukkan bahwa di Indonesia konstitusi selalu menjadikan kekuasaan sebagai pusat perhatian, karena kekuasaan itu sendiri pada intinya memang perlu di atur dan di batasi sebagaimana mestinya. Pembatasan kekuasaan pada umumnya di anggap merupakan corak umum materi konstitusi. Sayangnya hal tersebut tidak didukung dengan dimensi Konstitusionalisme dilapisan-lapisan penting pemerintahan, sehingga konstitusi masih sangat erat dengan kepentingan kekuasaan. sebagaimana dikemukakan Friederich, didefinisikan sebagai "*an institutionalized sistem effective, regularized restraint*

upon governmental action”, dalam pengertian demikian, persoalan yang dianggap terpenting dalam setiap konstitusi adalah pengaturan mengenai pengawasan atau pembatasan pemerintahan.

Buku ini coba memotret rangkaian teori hingga praksisnya dalam ketatanegaraan Indonesia. Begitu rapatnya relasi hukum dan kekuasaan di Indonesia menyebabkan produk hukumnya identik dengan kepentingan penguasa, hal tersebut mengindikasikan telah terjadi pergeseran nilai dan norma dalam merawat dan menjalankan amanat konstitusi dalam perspektif Pancasila sebagai “*philosophische gronslag*”. Sebab Indonesia sendiri pernah melewati era otoritarian dimana dalam langgam otoritarian negara berperan sangat aktif serta mengambil hampir seluruh inisiatif dalam pembuatan kebijakan negara, terutama di bidang politik.

Undang Undang Dasar 1945 yang bersendikan azaz kedaulatan rakyat, telah mencerminkan dengan jelas mengenai suatu negara demokrasi. Bersumber langsung dari pancasila, kesejatian UUD 1945 sangat di tentukan oleh kearifan penafsiran suatu generasi. Oleh karenanya penafsiran terhadap Undang-Undang Dasar pun harus di bedakan baik di masa lalu, masa kini, dan pada masa yang akan datang. Agar Undang-Undang Dasar sebagai konstitusi tidak menjadi alat kekuasaan yang di tentukan secara sepihak oleh penguasa. Seperti di era Presiden Soekarno sejak masa Demokrasi Liberal (1945-1949), hingga Demokrasi Terpimpin (1959-1966) dan era Presiden Soeharto yang di kenal dengan Demokrasi Pancasila (1966-1998). Penyelenggaraan negara di bawah kedua presiden tersebut dapat dikatakan berciri Otoriter, Sentralistik, dan tertutup.

Buku ini juga melakukan pendekatan analisis cultur demokrasi dalam kacamata teori demokrasi *deliberative* - lebih ditekankan kepada demokrasi dengan maksud terciptanya ruang publik secara dimana era Reformasi 1999, merupakan Tonggak perubahan gradual tatanan Negara dan bangsa. Hal-hal yang menggaris bawahi momentum itu sebagai suatu kejadian sejarah adalah munculnya polemik di sekitar perubahan Konstitusi Negara yang bertumpu

kepada dua sumber konstitusi pokok negara, yakni UUD 1945 dan Pancasila¹. Pancasila sebagai dasar negara dan sumber Konstitusi Indonesia sebagaimana tertuang didalam pembukaan UUD 1945 merupakan kesepakatan pertama penyangga konstitusionalisme. Tidak diubahnya pembukaan UUD 1945, maka tidak berubah pula kedudukan Pancasila sebagai dasar filosofis bangunan Negara Republik Indonesia². Tuntutan utama dari momentum ini salah satunya adalah amandemen UUD 1945, ini karena konstitusi pada pra-reformasi belum dapat mewujudkan penyelenggaraan pemerintahan yang demokratis, bahkan cenderung otoriter dan sentralistik, dan telah memporak-porandakan seluruh sendi-sendi demokrasi, lemahnya penegakan hukum dan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia, serta ketidak berdayaan peran daerah.

Disamping itu, buku ini menyuguhkan dimensi ‘paham negara dan hegemoninya’ dalam praktik penyelenggaraan negara, hegemoni negara adalah salah satu penyebab runtuhnya kesepakatan antara norma dan nilai dalam masyarakat, di Indonesia sendiri teridentifikasi motif, dimana dominasi ekonomis borjuis menunjukkan adanya potensi disintegrasi disana, tersembunyi di bawah permukaan kenyataan sosial³, Artinya sekalipun sistem yang ada telah mencapai kebutuhan atau sasarannya, namun “mentalitas” massa tidak sungguh-sungguh selaras dengan pemikiran yang dominan dari subjek hegemoni. Oleh karena itu, integrasi budaya maupun politik mudah runtuh. Hal demikian sangatlah mempengaruhi proses aplikasi konstitusi, dimana kini konstitusi Indonesia mengalami fase yang berbeda, diantara tradisionalisasi dan modernitas. Daris inilah penulis menarik refleksi proses dan prospek Reformasi Konstitusi Indonesia kedalam kajian hukum tata negara untuk menakar sejauh mana ‘pengetahuan dan kepentingan’ dalam sistem pemerintahan Indonesia menunjukkan geliatnya sebagai sebuah negara hukum yang demokratis sebagaimana tercantum didalam konstitusinya – UUD 1945.

-
- 1) H. Alwi Wahyudi, *Hukum Tata Negara Indonesia dalam perspektif Pancasila pasca reformasi*. 2012. hlm 189.
 - 2) Jimly Asshidiqie, *Menuju Negara Hukum Yang Demokratis*, sekretariat jendral dan kepaniteraan Mahkamah Konstitusi Jakarta, 2008, hlm.13.
 - 3) Nezar Patria & Andi Arief, *Antonio Gramsci Negara dan Hegemoni*, 2003, hlm. 129.

BAB I

TINJAUAN UMUM TENTANG HUKUM TATA NEGARA

“No free man shall be taken or imposed or disseised of his freehold, or liberties, or free customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed, nor wil go upon him nor send upon him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land”
(Magna Charta pasal 39)

A. PENGERTIAN DAN OBYEK KAJIAN

HUKUM TATA NEGARA

Sebelum melangkah ke pengertian dan obyek kajian hukum tata negara, perlu terlebih dahulu melandaskan pemikiran untuk mendalami hukum tata negara diatas pemahaman pemisahan teori dan praksis, serta pengetahuan dan kepentingan. Hukum tata negara berada didalam batas-batas pemisahan tersebut, dimana dalam teori-teorinya senantiasa bertautan langsung dengan praksisnya, namun berbeda-beda bentuk penerapannya di tiap negara, demikianpun sebagai pengetahuan, hukum tata negara acapkali menjadi landasan kepentingan bagi kelompok dan golongan tertentu didalam sebuah negara.

Adapun pembersihan teori dari kepentingan dalam sejarah filsafat berlangsung dalam dua jalur⁴, pada jalur yang satu para filsuf yang mengutamakan kemampuan rasio manusia sendiri. dan pada jalur lainnya, para filsuf yang mementingkan peranan pengalaman empiris menganggap pengetahuan murni semacam itu bisa diperoleh hanya lewat pengamatan empiris terhadap obyek pengetahuan misalnya dalam hal ini ialah hukum tata negara⁵. Kedua jalur itu kemudian menampakkan dirinya kembali didalam filsafat modern, atau lebih umum dikenal dengan istilah rasionalism dan empirism.

4) Bertens K, *Ringkasan Sejarah Filsafat*, Kanisius, 1981. Hlm. 45-72. Lihat juga dalam Fransisco Budi Hardiman, *Kritik Ideologi;Pertautan Pengetahuan dan Kepentingan*, Kanisius, 1990.

5) Jalur pertama terdapat plato yang menekankan intuisi, yakni tentang pengetahuan sejati-tunggal dan tidak berubah-ubah/idea-idea (apriori). Jalur kedua terdapat Aristoteles yang mengutamakan peranan abstraksi, menurutnya pengetahuan sejati adalah hasil pengamatan empiris (pengetahuan bersifat aposteriori).

Dari sudut rasionalism (dirintis Descartes) terdapat Spinoza, Leibniz, dan Wolf, di sudut empirism terdapat Hobbes, Locke, Berkeley, dan Hume, dari pertautan pemikiran mereka inilah ilmu pengetahuan modern berkembang. Salah satu dari disiplin ilmu yang berkembang tersebut terdapat ilmu negara dan kemudian berkembang juga salah satu disiplin akademik yakni hukum tata negara yang didalamnya mengandung keduanya, yakni sudut pandang rasionalism dan empirism.

Pengertian “ Hukum Tata Negara” sendiri secara sederhana berasal dari perkataan “hukum”, “tata”, dan “negara”, yang didalamnya dibahas mengenai urusan penataan negara. Tata yang terkait dengan kata “tertib”, yang biasa juga diterjemahkan sebagai “tata tertib”. Tata Negara berarti system penataan negara, yakni berisi ketentuan mengenai struktur kenegaraan dan substansi norma kenegaraan⁶. adapun pandangan-pandangan seputar pengertian hukum tata negara diantaranya adalah :

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

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

- Wade and Philips : Hukum Tata Negara mengatur alat-alat perlengkapan Negara, tugas, dan hubungannya antar perlengkapan Negara itu;
- Paton : Hukum Tata Negara adalah hukum mengenai alat-alat, tugas dan wewenang alat-alat perlengkapan Negara;
- R. Kranenburg : Hukum Tata Negara meliputi hukum mengenai susunan hukum dari Negara- terdapat dalam UUD;
- UTRECHT : Hukum Tata Negara mempelajari kewajiban sosial dan kekuasaan pejabat-pejabat Negara;
- Longemann, Prof., Dr., J.H.A. Hukum Tata Negara yang dipelajari adalah :
 - * Jabatan-jabatan apa yang ada dalam suatu Negara;
 - * Siapa yang mengadakan jabatan-jabatan itu;
 - * Bagaimana caranya melengkapi jabatan-jabatan itu;
 - * Apa tugas jabatan itu;
 - * Apa yang menjadi wewenangnya:
 - * Bagaimana hubungan kekuasaan antara para pejabat;
 - * Didalam batas-batas apa organisasi Negara menjalankan tugasnya;
- J.R. Stellinga : Hukum Tata Negara adalah hukum yang mengatur wewenang dan kewajiban alat-alat perlengkapan Negara, mengatur hak, dan kewajiban warga Negara;
- L.J. Apeldorn Pengertian Negara mempunyai beberapa arti :
 - * Negara dalam arti penguasa, yaitu adanya orang-orang yang Memegang kekuasaan dalam persekutuan rakyat yang mendiami suatu daerah;
 - * Negara dalam arti persekutuan rakyat yaitu adanya suatu bangsa yang hidup dalam satu daerah, dibawah kekuasaan menurut kaidah-kaidah hukum;

* Negara dalam arti wilayah tertentu yaitu adanya suatu daerah tempat berdiamnya suatu bangsa dibawa kekuasaan;

Salah satu syarat ilmiah suatu pengetahuan apapun jenisnya, adalah: adanya obyek yang hendak dikaji. Hukum Tata Negara sebagai salah satu bidang kajian di lingkungan Ilmu Hukum, secara singkat memiliki obyek kajian, yakni: negara dengan perangkat peraturan yang mengatur mengenai organisasi yang disebut negara⁷ Obyek kajian Hukum Tata Negara, adalah: negara yang mempunyai kajian yang sama dengan ilmu negara, yaitu: negara dan kekuasaan, namun antara kedua ilmu tersebut dijumpai adanya perbedaan prinsip.

Ilmu Negara mengkaji negara yang masih dalam keadaan abstrak, yakni: tidak terikat oleh waktu dan tempat, artinya negara masih diletakkan dalam tataran ide, konsep, gagasan yang bersifat teoritis. Sedangkan Hukum Tata Negara obyek kajiannya, adalah: negara dalam pengertian yang kongkrit. Pengertian kongkrit disini, adalah: mengkaji Hukum Tata Negara Positif, yakni hukum yang berlaku saat ini dan di suatu tempat tertentu, dalam hal ini adalah Indonesia⁸.

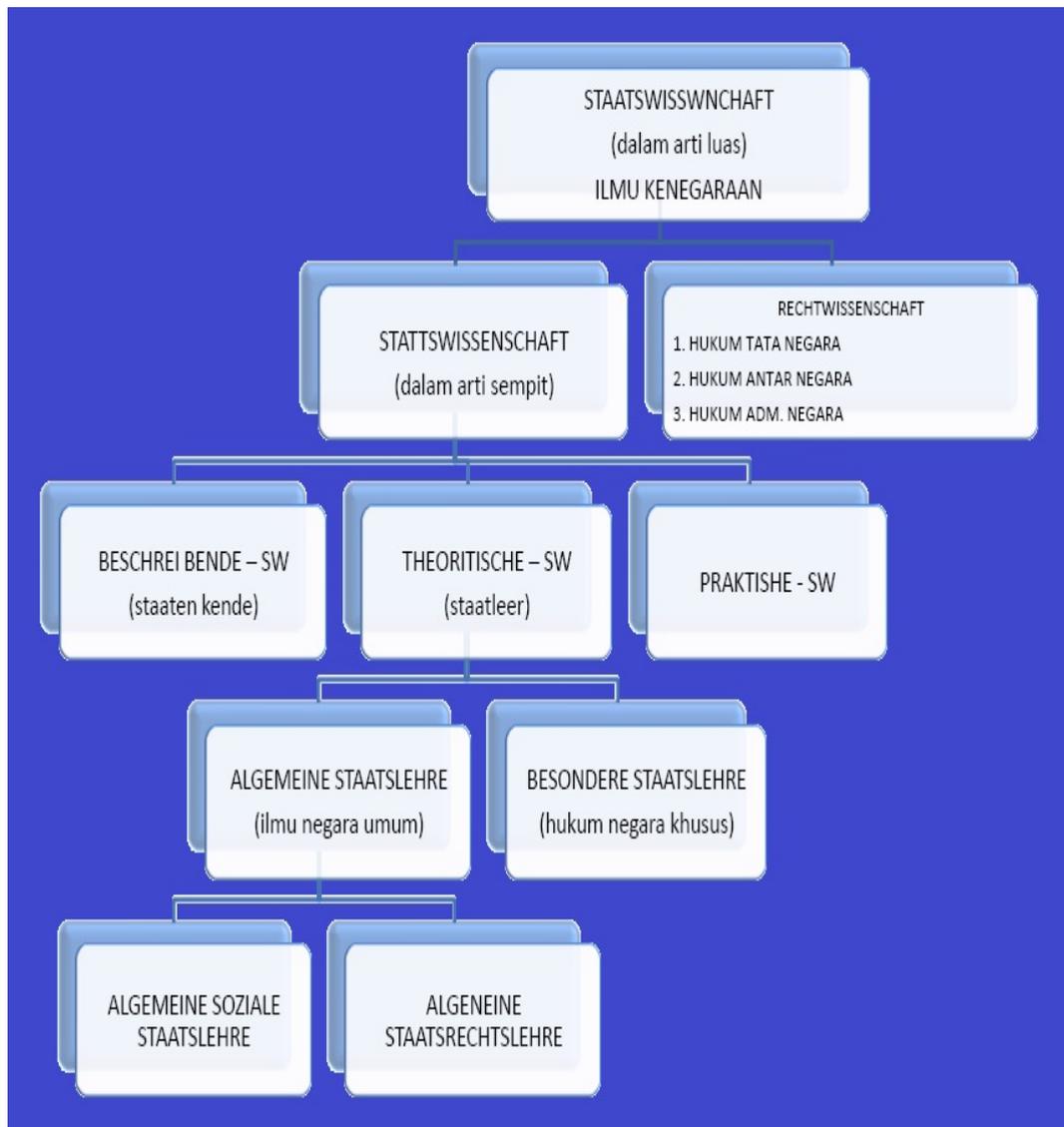
Dalam uraian Hestu Cipto Handoyo dikatakan bahwa Pokok Kajian Hukum Tata Negara berkisar pada:

1. Bentuk dan cara pembentukan atau penyusunan alat-alat perlengkapan negara;
2. Wewenang, fungsi, tugas, kewajiban dan tanggungjawab dari masing-masing alat perlengkapan negara;
3. Hubungan antara alat perlengkapan negara baik yang bersifat vertikal maupun horizontal dan

6) Jimlly Asshidiqie, 2009, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, hlm. 17;
 7) B.Hestu Cipto Handoyo, 2009, *Hukum Tata Negara Indonesia*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta, hlm. 21;
 8) Lihat B.Hestu Cipto Handoyo, 2003, *Hukum Tata Negara, Kewarganegaraan & Hak Asasi Manusia*, Universitas Atma Jaya Yogyakarta, Yogyakarta, hlm. 15;

4. Hubungan antara warga negara termasuk hak-hak asasi dari warga negara sebagai anggota organisasi⁹.

Adapun konstruksi ilmu hukum kenegaraan dan keluarganya dapat dipahami dari penjelasan Georg Jellinek dalam bukunya yang berjudul *Algemeine Staatslehre*, sebagaimana diuraikan juga oleh Jimmly Asshiddiqie didalam bukunya Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara¹⁰, berikut visualisasinya :



Sumber : diolah dari data sekunder.

9) Ibid, hal 22;

10) Op. cit., hlm. 35-37.

Bagan yang diurai diatas menjelaskan bahwa *staatswissenschaft* dalam arti luas mencakup diantaranya *staatswissenschaft* dalam arti sempit dan *rechwissenschaft*. *Staatswissenschaft* dalam arti sempit meliputi; 1) *beschreibende staatswissenschaft/staatenkunde*, 2) *theoritisches staatswissenschaft/staatsleer*, dan 3) *praktische staatswissenschaft/angewandthe staatswissenschaft*. Sementara untuk cabang ilmu yang disebut dengan istilah *rechtwissenschaft* meliputi; 1) *verfassungrecht*, 2) *vewaltungsrecht*, 3) *international recht*. Sedangkan untuk *theoritisches staatswissenschaft/staatsleer* dibagi kedalam; 1) *allgemeine staatslehre* (ilmu negara umum), dan 2) *besondere staatslehre* (ilmu negara khusus). Selanjutnya yang termasuk kategori *allgemeine staatslehre* ialah; 1) *allgemeine soziale staatslehre*, dan 2) *allgemeine staatsrechtslehre*, sedangkan yang termasuk *besondere staatslehre* adalah; 1) *individuelle staatslehre*, dan 2) *spezielle staatslehre*.

Sebagaimana tema dari buku ini yakni “hukum tata negara dan reformasi konstitusi Indonesia” maka yang menjadi fokus ialah pertautan antara peninjauan pengertian *verfassungrecht* dengan reformasi konstitusi di Indonesia. disamping itu juga menarik segala komponen keilmuan hukum tata negara (*constitutional law*) secara khusus dalam tinjauan *allgemeine staatsrechtslehre* dan aplikasinya di Indonesia.

B. SUMBER HUKUM TATA NEGARA

Setiap bidang konsentrasi hukum mempunyai sumber-sumber hukumnya sendiri yang berbeda-beda antara satu dengan yang lainnya. Dalam bidang hukum tata negara misalnya dapat dibedakan lagi antara hukum tata negara umum dan hukum tata negara positif, disamping itu juga di tiap-tiap negara berlaku sistem hukumnya masing-masing. Misalnya sistem common law lebih mengutamakan asas precedent dan doktrin judge made-law sehingga yurisprudensi peradilan lebih diutamakan, sedangkan civil law, peraturan tertulislah yang lebih diutamakan¹¹.

11) Op. Cit., hlm. 127.

Sumber hukum memiliki istilah yang berbeda-beda, tergantung dari: sudut pandang mana sumber hukum itu dilihat. Paton George White Cross¹², mengatakan bahwa: “istilah sumber hukum itu mempunyai banyak arti yang sering menimbulkan kesalahan-kesalahan kecuali kalau diteliti dengan saksama mengenai arti tertentu yang diberikan kepadanya dalam pokok pembicaraan (sudut pandang) tertentu”, sementara menurut Utrech¹³: “Kebanyakan para ahli memberikan istilah sumber hukum, berdasarkan sudut pandang keilmuannya”.

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

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

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

12) Moh. Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar Hukum Tata Negara*, Sinar Bakti, 1983, hlm. 44;

13) Riduan Syaharani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, PT Citra Aditya Bakti, 1999, hlm. 113-116.;

Keenam, sumber hukum, ditinjau dari: sudut pandang para ahli hukum. Menurut ahli hukum, sumber hukum memiliki, arti; 1) sumber hukum formal, yaitu: sumber hukum yang dikenal dalam bentuknya. Karena bentuknya itu, sumber hukum formal diketahui dan ditaati, sehingga hukum berlaku, misalnya: undang-undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi, dan pendapat ahli hukum (doktrin); 2) sumber hukum materiil, yaitu: sumber hukum yang menentukan isi hukum. Sumber hukum materiil diperlukan ketika, akan menyelidiki asal usul hukum dan menentukan isi hukum.

Dalam ilmu pengetahuan hukum, pengertian sumber hukum digunakan dalam beberapa pengertian oleh para ahli dan penulis. *Pertama*, sumber hukum dalam pengertian sebagai ‘asalnya hukum’, ialah: berupa keputusan penguasa yang berwenang untuk memberikan keputusan tersebut. Artinya: keputusan itu haruslah berasal dari penguasa yang berwenang untuk itu¹⁴. *Kedua*, sumber hukum dalam pengertian sebagai ‘tempat’, ialah berupa: ditemukannya peraturan-peraturan hukum yang berlaku. Bentuknya, berupa: undang-undang, kebiasaan, traktat, yurisprudensi atau doktrin (contohnya: UUD 1945, ketetapan MPR, UU, Perpu, PP, Kepres dan lainnya). *Ketiga*, sumber hukum dalam pengertian: sebagai hal-hal, yang dapat atau seyogyanya memengaruhi kepada penguasa didalam menentukan hukumnya. Misalnya: keyakinan akan hukumnya, rasa keadilan, ataupun perasaan akan hukum. Dalam pola pikir Eropa Kontinental, lebih menitik beratkan pada sumber hukum dalam arti formal, karena sumber hukum dalam arti formal inilah yang bersifat operasional, artinya yang berhubungan langsung dengan penerapan hukum. Menurut pemikiran Eropa Kontinental¹⁵, istilah itu berkaitan dengan proses terjadinya hukum dan mengikat masyarakat. Apa yang mereka artikan dengan proses bukan sekedar tindakan yang dilakukan oleh lembaga legislatif dan lembaga-lembaga pemerintahan lainnya untuk memproduksi dokumen-dokumen resmi, melainkan juga penerimaan masyarakat terhadap substansi aturan sebagai aturan hukum.

14) Juniarto, *Selayang Pandang Tentang Sumber-sumber Hukum Tata Negara Indonesia*, Balai Pustaka, 1990. Hlm. 3.

15) Alwi Wahyudi, *Ibid.* hlm. 104.

Di Eropa Kontinental, penerimaan dan pengakuan substansi sebagai aturan hukum oleh masyarakat merupakan elemen kunci bagi sumber hukum dalam arti formal. Sementara dalam alam pikiran Anglo Saxon, dibedakan antara: sumber hukum dalam arti formal dan sumber hukum dalam arti materiil. Sumber hukum formal diartikan: sebagai tempat atau sumber dari mana suatu peraturan memperoleh kekuatan hukum. Hal ini berkaitan bentuk atau cara yang menyebabkan peraturan hukum itu berlaku formal. Sumber hukum dalam arti formal, terdiri dari: peraturan perundang-undangan, kebiasaan (konvensi), yurisprudensi, traktat, dan doktrin. Sedangkan, sumber hukum dalam arti materiil, adalah: sumber hukum yang berasal dari substansi hukum, yaitu faktor-faktor masyarakat yang mempengaruhi pembentukan hukum, faktor-faktor yang ikut mempengaruhi isi dari aturan-aturan hukum, atau tempat dari mana materi hukum itu diambil. Sumber hukum materiil inilah yang menjadi faktor, yang membantu pembentukan hukum¹⁶.

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

- 1) Hukum perundang-undangan ketatanegaraan;
- 2) Hukum adat kenegaraan;
- 3) Hukum kebiasaan ketatanegaraan, atau konvensi ketatanegaraan;
- 4) Yurisprudensi ketatanegaraan;
- 5) Hukum perjanjian internasional ketatanegaraan & Doktrin ketatanegaraan¹⁷;

Secara materiil (sumber yang menentukan isi kaidah hukum tata negara) adalah:

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

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

17) Bagir Manan, *Konvensi ketatanegaraan*, Armico Bandung. 1987, hlm. 14.

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

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

Berdasarkan uraian diatas, maka pengertian sumber hukum pengerucutannya dapat dibedakan menjadi dua pengertian: *pertama*, sumber pengenalan hukum (*kenbron van hetecht*). Dalam hal ini, mengandung pengertian: sumber hukum yang mengharuskan, untuk menyelidiki asal dan tempat diketemukannya hukum. *Kedua*, sumber asal nilai-nilai yang menyebabkan timbulnya atau lahirnya aturan hukum (*welbron van het recht*), yaitu: sumber hukum yang mengharuskan untuk membahas asal sumber nilai yang menyebabkan atau menjadi dasar aturan hukum¹⁸.

18) Titik Triwulan Tutik, Ibid. hlm 37-38.

C. KONVENSI KETATANEGARAAN

Konvensi ketatanegaraan atau *constitutional convention* merupakan peristilahan yang lazim disebut dalam pembicaraan mengenai masalah-masalah praktik ketatanegaraan dan dalam ilmu hukum tata negara (*constitutional law*)¹⁹. Kadang-kadang, istilah konvensi atau konvensi ketatanegaraan itu dianggap identic dengan kebiasaan atau kebiasaan ketatanegaraan, padahal sebenarnya berbeda. Kebiasaan mempersyaratkan pengulangan, sedangkan konvensi tidak.

Secara umum, konvensi sering diartikan sebagai *unwritten laws*, tetapi kadang-kadang dibedakan dan bahkan tidak dianggap sebagai hukum sama sekali. Di Inggris, *unwritten laws* biasa diidentikkan dengan pengertian *common law*. Sering juga *unwritten laws* itu sendiri diidentikkan pula dengan *customs* atau adat kebiasaan atau adat istiadat. Semua ini berpotensi menimbulkan kebingungan jika dikaitkan dengan pengertian hukum kebiasaan atau *customary law* yang tidak saja merupakan hukum dalam pengertian yang mutlak (*strict sense*), tetapi juga memerlukan *inmemorial antiquity* untuk pemberlakuannya. Sementara itu, *constitutional convention* sama sekali tidak membutuhkan *inmemorial antiquity* semacam itu²⁰.

Perkataan *convention* sering digunakan oleh para ahli hukum tata negara atau *constitutional lawyers* untuk menunjuk kepada pengertian *rules of political practice* atau norma yang timbul dalam praktik politik yang juga dianggap berlaku mengikt oleh pihak-pihak yang terkait dengannya, terutama oleh para penyelenggara negara. Namun, norma praktik itu sendiri karena tidak didasarkan atas ketentuan yang bersifat tertulis, dianggap tidak mengikat para hakim, jika kepada mereka diajukan perkara oleh pihak-pihak yang berkepentingan yang menggugat atau melawan praktik-praktik politik yang tidak tertulis itu.

Konvensi-konvensi ketatanegaraan, tidak saja dijumpai di negara-negara yang tidak mengenal dokumen konstitusi tertulis, tetapi juga kebanyakan negara dengan konstitusi tertulis. Di semua negara anggota Persemakmuran

19) *Constitutional convention* di dalam Oxford Dictionary Law diartikan sebagai “*Practices relating to the exercise of their functions by the crown. The government, Parliament and the judiciary that are not legally enforceable but are commonly followed as if they were*”.

20) Philips, Jackson and Leopold, *Op. Cit.*, hlm 136.

(*Commonwealth*) seperti Australia²¹, Amerika Serikat dan sebagainya, konvensi-konvensi ketatanegaraan itu diakui sebagai sumber hukum yang penting dalam praktik. Misalnya, tata cara pemilihan Presiden dan tata cara penentuan anggota cabinet pemerintahan Amerika Serikat sebagian terbesar diatur menurut kebiasaan ketatanegaraan (*constitutional conventions*), bukan atas dasar peraturan yang bersifat tertulis²². Begitu juga di Indonesia, banyak sekali *usages* dan *practices* dalam penyelenggaraan negara yang tidak didasarkan atas aturan tertulis, melainkan hanya didasarkan atas kebiasaan-kebiasaan yang diwarisi dari masa lalu. Misalnya, adanya Pidato Ketatanegaraan Presiden pada setiap tanggal 16 Agustus di depan Rapat Paripurna DPR-RI dapat juga dikatakan sebagai konvensi ketatanegaraan.

Akan tetapi, sifat konvensi yang tertulis atau tidak tertulis itu sendiri sebenarnya tidaklah mutlak. Kadang-kadang, konvensi ketatanegaraan dapat juga dituangkan dalam bentuk tulisan tertentu, meskipun ia tetap dapat disebut sebagai konvensi ketatanegaraan atau *constitutional convention*. Ismail Sunny, misalnya termasuk guru besar hukum tata negara yang berpendapat demikian. Menurutnya : “*Konvensi tidak perlu selalu merupakan ketentuan yang tidak tertulis yang timbul dari persetujuan (agreement) boleh saja berbentuk tertulis*”²³. Sebagai salah satu contoh, misalnya: jika Presiden mengadakan persetujuan dengan pimpinan parlemen mengenai sesuatu agenda persidangan parlemen dan persetujuan itu dituangkan secara tertulis dalam bentuk *express agreement*, hal itu dapat menjadi konvensi dalam bentuk yang tertulis.

Misalnya, persetujuan antara Wakil Presiden Mohammad Hatta dan Badan Pekerja Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) pada 16 Oktober 1945

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

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

16) Ismail Sunny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, Op. Cit., hlm. 41.

atas Maklumat Pemerintah bertanggal 14 November 1945 juga ditandatangani dalam bentuk tertulis. Konvensi ketatanegaraan yang mendeskripsikan dan menjelaskan bagaimana konstitusi dijalankan, tumbuh dan berkembang. Fungsi utamanya adalah mengadaptasikan struktur kepada fungsinya. Dengan begitu kerajaan Inggris yang kuat pada tahun 1688 (*absolute monarchy*) diubah menjadi kerajaan yang dibatasi (*limited monarchy*) dengan sistem pemerintahan yang bertanggung jawab kepada parlemen (*responsible parliamentary government*).

Oleh karena itu, studi mengenai konvensi ketatanegaraan sangat penting untuk mengetahui bekerjanya konstitusi yang tertulis dalam praktik. Meskipun sejak lamakonvensi ketatanegaraan sudah menjadi perhatian para ahli sejak abad ke-19, seperti E.A. Freeman dalam bukunya *Growth of the English Constitution* (1872)²⁴, pentingnya konvensi itu baik dalam rangka pemahaman terhadap konstitusi maupun untuk penerapan konstitusi dalam praktik, dapat dikatakan baru berkembang sejak prakarsa A.V. Dicey yang menekankan pentingnya konvensi ketatanegaraan di dalam bukunya “*An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*”²⁵.” Albert Venn Dicey, namanya biasa disingkat A.V. Dicey atau Dicey, menekan perbedaan antara hukum konstitusi (*law conventions of the constitution*) dan kebiasaan konstitusi (*the conventions of the constitution*), bukan untuk maksud mengeluarkan yang kedua dari perhatian para mahasiswa agar tidak

¹⁷⁾ O. Hood Philips, *Constitutional Convention: Dicey's Predecessors*, 29, M. L. R., 1966, hlm. 137;

¹⁸⁾ Dicey, Op. Cit. Lihat juga R.A. Casgrove, *The Rule of Law*, Albert Venn Dicey, Victorian Jurist, 1981, hlm. 87-90; Sir Ivor Jennings, *The Law and The Constitution*, 5th edition; *Cabinet Government*, 3rd edition; Parliament, 2nd edition; K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, 1951 (lihatjugaterjemahannyadalambahasa Indonesia oleh Muhammad Hardani, *Konstitusi-Konstitusi Modern*, Pustaka Eureka, Surabaya, 2003), *The Constitutional Structure of the Commonwealth*, 1960; O. Hood Phillips, *Constitutional Convention: A Conventional Reply*, 1964; serta Geoffrey Marshall, *Constitutional Conventions*, 1984

mengabaikan pentingnya menyelidiki mengenai konvensi ketatanegaraan atau *constitutional convention* dalam studi ilmu hukum tata negara.

Konvensi ketatanegaraan jelas berbeda dengan kebiasaan, dari aturan yang berlaku di lingkungan parlemen, prosedur-prosedur beracara di pengadilan, ataupun dengan norma aturan yang bersifat non hukum, seperti: etik dan lain sebagainya. Untuk lebih jelasnya, konsepsi mengenai konvensi ketatanegaraan, dapat dibedakan dari kelima hal di bawah ini, yaitu²⁶:

- (i) Praktik, penerapan, kebiasaan atau fakta-fakta (*mere practice, usage, habit or fact*) yang tidak dianggap bersifat kewajiban (*obligatory*), seperti: keberadaan partai politik (*fakta*) atau kebiasaan-kebiasaan seperti kebiasaan Presiden menerima tamu umum pada hari Raya Idul Fitri dan Idul Adha, ataupun kebiasaan tabor bunga dan renungan suci pada 17 Agustus malam di makam pahlawan Kalibata;
- (ii) Norma-norma aturan yang tidak bersifat politik (*non-political rules*), seperti *rules of conduct* atau kode etik yang tidak berkaitan dengan persoalan pemerintahan, ataupun hal-hal yang berhubungan dengan sopan santun tata upacara kerajaan yang tidak memiliki *constitutional significance* sama sekali untuk dipermasalahkan.
- (iii) *Judicial rules of practice* seperti kebiasaan hakim dalam memeriksa dan memutus dengan mengikuti *rules of precedent* dari contoh-contoh perkara serupa yang pernah diputus sebelumnya. Dalam praktik di Inggris, misalnya: hal ini sama sekali tidak ada aturan tertulisnya

¹⁹⁾ Philips, Jackson and Leopold, *Op.Cit.*, hlm. 136-138.

melainkan tumbuh sendiri dalam praktik. Itu sebabnya, seperti dalam kasus *R. vs Kneller Ltd (Publishing, Printing and Promotions), House of Lords* tidak merasa terikat dengan keputusan yang dibuatnya sendiri pada masa sebelumnya.

(iv) *Rules enforced by the courts*, yaitu: peraturan perundang-undangan yang diterapkan atau ditegakkan oleh pengadilan, baik dalam bidang perdata, pidana, tata usaha negara. Sambil mengakui adanya perbedaan formal antara *laws* dan *convention*, Sir Ivor Jennis cenderung pada pendapat bahwa perbedaan keduanya tidaklah bersifat substantif. Perbedaannya itu mungkin tidak penting bagi ilmuwan politik, tetapi sangat penting bagi ahli hukum. Bahkan, perbedaan itu sendiri dikritik oleh Mitchell, mengingat *there may be laws with no judicial sanction*²⁷. Menurutnya ada juga hukum yang tidak disertai ketentuan mengenai sanksi peradilan. Memang benar, seperti dikemukakan oleh Sir Ivor Jennings, ada undang-undang misalnya: di bidang pidana yang tidak dapat diterapkan untuk badan-badan pemerintahan, tetapi dapat diterapkan terhadap orang per orang yang menduduki jabatan dalam badan pemerintahan itu²⁸.

(v) *Rules enforced by the Houses of Parliament* melalui para pejabatnya, seperti Ketua Parlemen menurut peraturan tata tertib parlemen yang bersangkutan. Sebagian dari *the law and custom of Parliament* dapat disebut termasuk dalam pengertian *the common law* dalam arti yang luas. Oleh karena itu, sering dipahami secara tumpang tindih dengan

²⁰⁾ J.D.B Mitchell, *Constitutional Law*, 2nd edition, 1968, hlm. 34-39.

²¹⁾ *Raleigh vs Goschen*, 1893, 1 Ch. 73 dalam *Phillips, Jackson and Leopold*, Op. Cit., hlm.137.

pengertian konvensi. Memang ada juga praktik-praktik penyelenggaraan kegiatan parlemen yang menciptakan konvensi (*constitute convention*), seperti: perlindungan atau pemberian kesempatan khusus kepada kelompok minoritas dalam perdebatan ataupun dalam rangka komposisi penyusun anggota komisi-komisi tertentu. Peraturan Tata Tertib (*Standing Orders*) kadang-kadang juga disebut sebagai *constitutional conventions*, tetapi jika ditelaah lebih seksama, peraturan tata tertib atau *Standing Order* itu sendiri terdiri atas norma yang: (i) sebagian dapat disebut sebagai hukum (*law*); (ii) sebagian merupakan *more practice* dan (iii) barulah sebagian kecil lainnya dapat disebut *conventions*.

D. KONSEPSI NEGARA HUKUM

Pemikiran mengenai bentuk negara hukum telah dimulai sejak jaman plato, dengan konsepnya: “*bahwa penyelenggaraan negara yang baik ialah yang didasarkan pada pengaturan hukum yang baik, yang disebut dengan istilah nomoi*”. Perkembangan mengenai bentuk negara hukum sendiri, mulai populer pada abad ke-17, sebagai akibat dari: situasi politik di eropa, yang di dominasi oleh absolutisme²⁹. Konsep Negara hukum ini kemudian berkembang kedalam dua sistem hukum, yaitu: sistem eropa kontinental dengan istilah *Rechstaat*, dan sistem Anglo-saxon dengan istilah *Rule of Law*. Pengakuan kepada suatu negara sebagai negara hukum (*government by law*) sangat penting. Melalui eksistensi tersebut kemudian, lahir pembatasan-pembatasan terhadap kewenangan dan kekuasaan negara dan politik. ini untuk menghindari timbulnya kesewenang-wenangan dari pihak penguasa.

23) Titik Triwulan Tutik, *Konstruksi Tata Negara Indonesia pasca Amandemen UUD 1945*, kencana prenatal media group, 2010, hlm. 60.

Dalam negara hukum tersebut, pembatasan terhadap kekuasaan negara dan politik haruslah dilakukan dengan jelas, yang tidak dapat dilanggar oleh siapapun³⁰. Dasar pemikiran negara hukum eropa kontinental *Rechstaat* dipengaruhi oleh Immanuel Kant dan Frederich Julius Stahl. Sementara negara hukum Anglo-Saxon *Rule of Law* di pelopori oleh A.V Dicey. Dalam negara hukum, hukum memainkan perannya yang sangat penting dan berada diatas kekuasaan negara dan politik, yang kemudian muncul istilah: “pemerintah di bawah hukum” (*government under the law*). Maka, terkenallah konsep yang di Negara-negara yang berlaku *common law* disebut: sistem “pemerintahan berdasarkan hukum, bukan berdasarkan (kehendak) manusia” (*government by law not by men*), atau sistem pemerintahan yang berdasarkan *rule of the law*, bukan *rule of the man*. Sedangkan di Negara-negara eropa kontinental disebut dikenal konsep “Negara hukum” (*Rechstaat*), sebagai lawan dari “Negara kekuasaan” (*machstaat*). *Rechstaat* ini adalah istilah bahasa belanda yang punya pengertian yang sejajar dengan pengertian *rule of law* di Negara-negara yang berlaku sistem anglo saxon. Dalam bahasa Indonesia sering disebut sebagai “*Negara hukum*”, dalam bahasa jerman disebut dengan istilah “*rechstaat*”, dalam bahasa Prancis di sebut dengan “*etat de droit*”, sedangkan dalam bahasa Italia di sebut dengan “*Stato di Diritto*”³¹. Lebih jauh soal negara hukum, Dicey mengemukakan ada tiga esensi dari *rule of law* (WSC Wade, 1985: 95), yakni:

- 1) Supremasi absolut ada pada hukum, bukan pada tindakan kebijaksanaan atau prerogatif penguasa;
- 2) Berlakunya prinsip persamaan dalam hukum (*equality before the law*), dimana semua orang harus tunduk kepada hukum, dan tidak seorang pun yang berada di atas hukum (*above the law*);
- 3) Konstitusi merupakan dasar dari segala hukum bagi Negara yang bersangkutan. Dalam hal ini, hukum yang berdasarkan konstitusi harus melarang setiap pelanggaran terhadap hak dan kemerdekaan rakyat³²;

24) Munir Fuady, *Teori Negara Modern (Rechstaat)*, PT refika aditama, 2009. hlm.3.

25) Munir Fuady. *Ibid*, hlm. 3.

26) Munir Fuady. *Ibid*, hlm. 4.

BAB II

NEGARA HUKUM YANG DEMOKRATIS

*“La ley est la plus haute inheritance, que le roy had; car par la ley it meme et toutes ses sujets sont rules, et si la ley ne fuit, nul roi et nul inheritance sera.
(Brubo, Leoni, 1972: 62)”*

A. ASAS-ASAS NEGARA HUKUM

Menurut Kamus Bahasa Indonesia yang dimaksud dengan asas, adalah: dasar, pedoman, atau sesuatu yang menjadi pokok dasar. Asas hukum, adalah: salah satu pijakan dasar tersebut. Dalam pengertiannya asas hukum, adalah: dasar-dasar yang menjadi sumber pandangan hidup, kesadaran, cita-cita hukum dari masyarakat³³. Menurut Boedisoesatyo, mempelajari asas-asas hukum ketatanegaraan suatu negara tidak terlepas dari penyelidikan hukum positifnya.

Pada pengertian negara hukum, ada dua kata yang perlu mendapat penjelasan terlebih dahulu, yaitu: kata negara dan kata hukum. Apakah yang dinamakan negara itu? Secara etimologi, kata negara berasal dari kata *Staat* (belanda dan jerman); *State* (inggris); *Etat* (perancis); *Status* atau *Statuum* (latin). Kata-kata tersebut, berarti: “meletakkan dalam keadaan berdiri”, “menempatkan”, atau “membuat berdiri”.

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

Kemudian apakah hukum itu? hukum yang kita maksud dalam kaitannya dengan negara disini adalah hukum positif yang berlaku mengikat sebagaimana dasar negara dan peraturan perundang-undangan yang ditaati dan diterapkan oleh

27) Alwi Wahyudi, Ibid. hlm. 60-61.

warga negara dan lembaga - lembaga negara secara sama tanpa mengenyampingkan teori-teori hukum yang ada.

Menurut Satjipto Rahardjo, hukum itu merupakan bagian dari perangkat kerja sistem sosial. Yang berfungsi untuk mengintegrasikan kepentingan-kepentingan anggota masyarakat sehingga tercipta suatu keadaan yang tertib. Bahwa negara hukum pada hakikatnya adalah negara yang menolak melepaskan kekuasaan tanpa kendali. Negara yang cara penyelenggaraannya berdasarkan hukum yang adil dan demokratis. Sebab paham negara hukum tidak dapat dipisahkan dari paham kerakyatan sebab pada akhirnya, hukum yang mengatur dan membatasi kekuasaan negara atau pemerintah diartikan sebagai hukum yang dibuat atas dasar kekuasaan atau kedaulatan rakyat³⁴.

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

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

Menurut pendapat Bagir Manan³⁵ asas-asas negara hukum dapat di rumuskan sebagai berikut :

1. Pengakuan, Penghormatan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia yang Berakar dalam Penghormatan atas Martabat Manusia (*Human Dignify*);
2. Asas Kepastian Hukum. Negara hukum bertujuan untuk menjamin bahwa kepastian hukum terwujud dalam masyarakat. Hukum bertujuan untuk

28) Ibid. hlm. 62.

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

mewujudkan kepastian dalam hubungan antar-manusia, yakni menjamin prediktabilitas, dan juga bertujuan untuk mencegah bahwa hak yang terkuat yang berlaku, bebecapa asas yang terkandung dalam asas kepastian hukum adalah:

- Asas legalitas, konstitusionalitas, dan supremasi hukum;
 - Asas undang-undang menetapkan berbagai perangkat aturan tentang cara pemerintah dan para pejabatnya melakukan tindakan pemerintahan;
 - Asas non-retroaktif perundang-undangan: sebelum mengikat, undang-undang harus diumumkan secara layak;
 - Asas peradilan bebas: objektif-imparsial dan adil-manusiawi;
 - Asas *non-liquet*: hakim tidak boleh menolak perkara yang dihadapkan kepadanya dengan alasan undang-undang tidak jelas atau tidak ada.
 - Hak asasi manusia harus dirumuskan dan dijamin perlindungannya dalam undang-undang dasar (UUD);
3. Asas *Similia Similibus* (Asas Persamaan). Dalam negara hukum, pemerintah tidak boleh mengistimewakan orang tertentu (harus non-diskriminatif). Aturan hukum berlaku sama untuk setiap orang, karena itu harus dirumuskan secara umum dan abstrak. Dua hal penting yang terkandung dalam asas ini adalah:
- Persamaan kedudukan di hadapan hukum dan pemerintahan;
 - Tuntutan perlakuan yang sama bagi semua warga negara;
4. Asas Demokrasi. Asas demokrasi memberikan suatu cara atau metode pengambilan keputusan. Asas ini menuntut bahwa tiap orang harus mempunyai kesempatan yang sama untuk mempengaruhi tindakan pemerintahan. Asas ini diwujudkan lewat sistem representasi (perwakilan rakyat) yang mempunyai peranan dalam pembentukan undang-undang dan kontrol terhadap pemerintah;

B. TIPE-TIPE NEGARA

Sebagaimana di ketahui bahwa sepanjang sejarah ketatanegaraan, terdapat beberapa tahap pengembangan dari tipe negara, yaitu sebagai berikut (Astim Riyanto, 2006: 73) :

1. Tipe Negara timur purba.

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

2. Tipe Negara Yunani kuno.

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

3. Tipe Negara Romawi

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

4. Tipe Negara abad pertengahan.

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

5. Tipe Negara modern.

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

Negara-negara yang mengadopsinya mulai menerapkan dan mengembangkan sistem negara ke arah demokrasi, dengan pembatasan terhadap kekuasaan kepala negara melalui sistem distribusi kekuasaan dengan pengakuan dan perlindungan terhadap hak-hak rakyat. Inggris adalah yang paling awal mempraktikkan sistem negara demokrasi modern, dengan sistem pemerintahan berdasarkan Magna Charta (tahun 1215), Habeas Corpus Act (tahun 1679), Bill of Rights (tahun 1688).

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

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

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

30) Munir Fuady, *Ibid.* hlm. 31-32.

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

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

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

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

31) Munir Fuady, *Ibid.* hlm. 32.

C. PRINSIP-PRINSIP NEGARA HUKUM

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

- 1) Tentang Perlindungan hak-hak dan kebebasan-kebebasan fundamental dari rakyat;
- 2) Tentang prinsip supremasi hukum;
- 3) Tentang pemisahan kekuasaan;
- 4) Tentang prinsip *checks and balance*;
- 5) Tentang pembatasan kewenangan pemerintah agar tidak tidak sewenang-wenang;
- 6) Tentang pemilihan umum yang bebas, rahasia, jujur dan adil;
- 7) Tentang akuntabilitas pemerintah kepada rakyat dan partisipasi rakyat dalam menjalankan kekuasaan Negara³⁸;

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

- 1) Pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia;
- 2) Negara didasarkan pada pemisahan kekuasaan;
- 3) Pemerintahan di selenggarakan berdasarkan Undang-undang;
- 4) Ada peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*)³⁹;

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

32) Munir Fuady. Ibid, hlm. 4-5.

33) Alwi Wahyudi. Ibid. hlm. 64-65.

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

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

Utrecht kemudian membedakan antara negara hukum formil atau negara hukum klasik, dan negara hukum materiil atau negara hukum modern⁴⁰. negara hukum formil menyangkut pengertian hukum yang bersifat formil dan sempit, yaitu dalam arti peraturan perundang-undangan tertulis. Adapun yang kedua, yaitu negara hukum materiil yang lebih mutakhir mencakup pula pengertian keadilan didalamnya.

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

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

Untuk Negara-negara berkembang, kesadaran dan pemikiran terhadap pembatasan kewenangan kepala negara untuk melindungi hak-hak rakyat ini baru muncul dan berkembang di abad ke-20, umumnya pada waktu kemerdekaan atau menjelang kemerdekaan negara mereka dari penjajahan oleh bangsa lain. Di

34) Jimly Ashidique, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, sinar grafika, 2011. Hlm. 126-127.

negara Indonesia misalnya, ada tahun 1945 dengan tegas menyatakan diri sebagai negara yang berdasarkan atas hukum (*Rechstaat*), bukan negara yang berdasarkan atas kekuasaan (*machstaat*).

Meskipun sistem negara hukum menjadi suatu sistem yang ideal, dimana fokus dan konsen terhadap pembatasan kewenangan negara, namun dari perspektif hukum ketatanegaraan tidaklah boleh sampai mengurangi kedaulatan negara baik secara internal maupun eksternal. Dalam hal ini menurut Alf Ross, yang menjadi hak-hak dasar/hak asasi dari negara adalah sebagai berikut :

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

Dari segi tertentu, maka pengertian negara hukum (*rechstaat*) dimaksudkan sebagai lawan dari pengertian negara kekuasaan (*machstaat*), dimana negara hukum cenderung bersifat demokratis, sedangkan negara kekuasaan cenderung memakai tangan besi/totaliter⁴¹.

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

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

35) Munir Fuady. Ibid. hlm. 29-30.

Dalam kaitannya dengan prinsip pokok negara hukum, Jimly Ashidique menambahkan bahwa prinsip pokok itu merupakan pilar-pilar utama yang menyangga berdiri tegaknya satu negara modern sehingga dapat disebut sebagai Negara hukum (*the rule of law, ataupun Rechstaat*) dalam arti sebenarnya⁴²,

Prinsip-prinsip pokok tersebut ialah :

1. *Supremasi Hukum (supremacy of law)*

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

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

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

Adanya persamaan kedudukan setiap orang dalam hukum dan pemerintahan, yang diakui secara normatif dan dilaksanakan secara empirik. Dalam rangka prinsip persamaan ini, segala sikap dan tindakan diskriminatif dan segala bentuk dan manifestasinya di akui sebagai sikap dan tindakan yang terlarang, kecuali tindakan-tindakan yang bersifat khusus dan sementara yang di namakan *affirmative actions* guna mendorong dan mempercepat kelompok masyarakat tertentu atau kelompok warga masyarakat tertentu untuk mengejar kemajuan sehingga mencapai tingkat perkembangan yang sama dan setara dengan kelompok masyarakat kebanyakan yang sudah jauh lebih maju.

36) Jimly Ashidique, Ibid. hlm. 128-130.

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

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

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

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

4. *Pembatasan Kekuasaan*

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

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

5. *Organ-organ Eksekutif Independen*

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

Independensi lembaga atau organ-organ tersebut dianggap penting untuk menjamin demokrasi, karena fungsinya dapat disalahgunakan oleh pemerintah untuk melanggengkan kekuasaan. Misalnya fungsi tentara yang memegang senjata dapat dipakai untuk menumpang aspirasi pro-demokrasi, bank sentral dapat dimanfaatkan untuk mengontrol sumber-sumber keuangan yang dapat dipakai untuk tujuan mempertahankan kekuasaan, dan begitu pula lembaga atau organisasi lainnya dapat digunakan untuk kepentingan kekuasaan. Oleh karena itu, independensi lembaga-lembaga tersebut dianggap sangat penting untuk menjamin prinsip Negara hukum dan demokrasi.

6. *Peradilan Bebas dan Tidak Memihak*

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

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

7. *Peradilan Tata Usaha Negara*

Meskipun peradilan tata usaha negara juga menyangkut prinsip peradilan bebas dan tidak memihak, tetapi penyebutannya secara khusus sebagai pilar utama Negara hukum tetap perlu di tegaskan tersendiri. Dalam setiap Negara hukum, harus terbuka kesempatan bagi tiap-tiap warga negara untuk menggugat keputusan pejabat administrasi negara dan dijalankannya putusan hakim tata usaha negara (*administrative court*) oleh pejabat administrasi negara.

Pengadilan tata usaha negara ini penting di sebut tersendiri, karena dialah yang menjamin agar warga negara tidak di zalimi oleh keputusan-keputusan para pejabat administrasi negara sebagai pihak yang berkuasa. Jika hal itu terjadi, maka harus ada pengadilan yang menyelesaikan tuntutan kadilan itu bagi warga negara, dan harus ada jaminan bahwa putusan hakim tata usaha negara itu benar-benar dijalankan oleh para pejabat tata usaha negara yang bersangkutan. Sudah tentu,

keberadaan hakim peradilan tata usaha negara itu sendiri harus pula dijamin bebas dan tidak memihak sesuai prinsip *independent and impartial judiciary* yang disebutkan sebelumnya.

8. *Peradilan Tata Negara (constitutional court)*

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

9. *Perlindungan Hak Asasi Manusia*

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

Terbentuknya Negara dan demikian pula penyelenggaraan kekuasaan suatu Negara tidak boleh mengurangi arti atau makna kebebasan dan hak-hak asasi kemanusiaan. Oleh karena itu, adanya perlindungan dan penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia merupakan pilar yang sangat penting setiap negara yang di

sebut Negara hukum. Jika dalam suatu negara, hak asasi manusia terabaikan atau dilanggar dengan sengaja dan penderitaan yang ditimbulkannya tidak dapat diatasi secara adil maka negara yang bersangkutan tidak dapat disebut sebagai negara hukum dalam arti sesungguhnya.

10. *Bersifat Demokratis*

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

Hukum dan peraturan perundang-undangan, tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan/atau hanya untuk kepentingan penguasa secara bertentangan dengan prinsip-prinsip demokrasi. Karena hukum memang tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan segelintir orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan akan rasa adil bagi semua orang tanpa terkecuali. Dengan demikian, negara hukum (*rechstaat*) yang dikembangkan bukanlah *absolute rechstaat*, melainkan *demokratische rechstaat* atau negara hukum yang demokratis. Dengan perkataan lain, dalam setiap negara hukum yang bersifat nomokratis harus dijamin adanya demokrasi, sebagaimana didalam setiap negara demokrasi harus dijamin penyelenggaraannya berdasar atas hukum.

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

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

Di Indonesia sebagaimana dimaksudkan dalam rumusan pembukaan UUD 1945 yang bertujuan melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan

perdamaian abadi dan keadilan sosial. Negara hukum berfungsi sebagai sarana mewujudkan dan mencapai keempat tujuan negara Indonesia tersebut. Dengan demikian, pembangunan negara Indonesia tidak akan terjebak menjadi sekedar rule-driven, melainkan tetap mission-driven yang berdasarkan prinsip dan aturan negara hukum.

12. Transparansi dan Kontrol Sosial

Adanya transparansi dan kontrol sosial yang terbuka terhadap setiap proses pembuatan dan penegakan hukum, sehingga kelemahan dan kekurangan yang terdapat dalam mekanisme kelembagaan resmi dapat dilengkapi secara komplementer oleh peran serta masyarakat secara langsung (partisipasi langsung) dalam rangka menjamin keadilan dan kebenaran.

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

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

Selain kedua belas prinsip pokok yang di bentangkan oleh Jimly Ashidique, kemudian menambahkan satu prinsip lagi yakni prinsip “berketuhanan yang maha esa”, terkait Indonesia sebagai negara hukum yang berdasarkan pada Pancasila sebagai sumber, yakni sesuai sila pertama negara hukum Indonesia haruslah

mengandung prinsip ketuhanan yang maha esa, bahkan dalam pasal 29 ayat 1 UUD 1945 juga terdapat penegasan bahwa “negara berdasarkan atas ketuhanan yang maha esa”. Oleh karena itu, sistem hukum dan cita Negara hukum Indonesia harus pula berketuhanan yang maha esa. Hal itu, sejalan dengan pengakuan bangsa Indonesia akan kemahakuasaan tuhan yang maha esa.

Sebagaimana juga tercermin dalam kalimat pembuka alinea ketiga pembukaan UUD 1945, yaitu “atas berkat rahmat tuhan yang maha kuasa”, dengan adanya penegasan ini terdapat tiga doktrin kedaulatan yang dianut oleh UUD 1945 secara simultan, yaitu : 1) doktrin kedaulatan rakyat atau demokrasi seperti tercermin dalam alinea keempat pembukaan dan pasal 1 ayat (2) UUD 1945, 2) doktrin kedaulatan hukum atau nomokrasi seperti tercermin dalam alinea keempat pasal 1 ayat (3) UUD 1945, dan 3) doktrin kedaulatan tuhan atau kemahakuasaan seperti tercermin dalam alinea ketiga dan keempat serta pasal 29 ayat (1) UUD 1945.

Dari uraian Jimly Ashidique, serta beberapa analisa klasifikasi beberapa ahli hukum diatas dapat ditarik pengertian bahwa, meskipun konsep negara rule of law dan rechstaat memiliki ciri-ciri fundamental yang sama, tetapi wujud kongkrit dari pengaturan dan sistem dalam negara tersebut dapat beraneka ragam. Keanekaragaman tersebut disebabkan oleh beberapa factor, menurut Munir Fuady antara lain sebagai berikut⁴³ :

- 1) Historis perjalanan sistem kenegaraan dan sistem demokrasi yang berbeda-beda;
- 2) Berbedanya tingkat kemajuan dan kematangan suatu bangsa dalam bernegara dan berdemokrasi;
- 3) Bentuk negara yang berbeda menyebabkan berbeda pula teknis pelaksanaan prinsip negara hukum. Misalnya perbedaan kepada negara yang berbentuk republik parlementer, republik presidensial, dan bentuk monarki, negara kota, negara kesatuan, negara federal, dan sebagainya;
- 4) Perbedaan tingkat kehidupan ekonomi dan kesejahteraan rakyat. Dalam hal ini, pelaksanaan prinsip negara hukum memerlukan *cost* yang harus

37) Munir Fuady, Ibid. hlm. 7.

ditanggung oleh rakyat, termasuk biaya ekonomisnya, termasuk biaya untuk melaksanakan Pemilu, Pilkada, Demonstrasi dan lain sebagainya;

- 5) Perbedaan tingkat pendidikan masyarakat dan para pemimpinnya, sehingga berbeda pula tingkat penghayatan terhadap masalah *rule of law*, penegakan hukum dan demokrasi;

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

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

- 1) Hukum harus dituruti oleh semua orang, termasuk oleh penguasa negara;
- 2) Hukum harus dipublikasikan;
- 3) Hukum harus berlaku kedepan, bukan untuk berlaku surut;
- 4) Kaidah hukum harus ditulis secara jelas, sehingga dapat diketahui dan diterapkan secara benar;

Hukum harus menghindari diri dari kontradiksi-kontradiksi;

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

Beberapa prinsip yang harus ada dalam suatu konsep negara hukum menurut konferensi *South-East Asian and Pacific Conference of Jurist di Bangkok*, bulan februari 1965, adalah sebagai berikut⁴⁴ :

38) Astim Riyanto, *Teori Konstitusi*, Yapemdo, Bandung, 2006, hlm. 257.

- 1) Prinsip perlindungan konstitusional terhadap hak-hak individu secara procedural dan substansial;
- 2) Prinsip badan pengadilan yang bebas dan tidak memihak;
- 3) Prinsip kebebasan menyatakan pendapat;
- 4) Prinsip pemilihan umum yang bebas;
- 5) Prinsip kebebasan berorganisasi dan berposisi;
- 6) Prinsip pendidikan kewarganegaraan;

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

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

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

Apabila unsur-unsur tersebut diatas banyak yang tidak terpenuhi, baik dalam konstitusi, dalam Undang-undang, termasuk juga tidak terpenuhi dalam praktik hukum (*law enforcement*), maka sulit bagi suatu negara untuk disebut sebagai “negara hukum”⁴⁵.

39) Munir Fuady, *Ibid.* hlm. 10-11.

D. DEMOKRASI DAN KEDAULATAN RAKYAT

1. Demokrasi dan Perkembangannya

Secara historis demokrasi merupakan suatu proses institusionalisasi terhadap kemerdekaan manusia, demokrasi mempunyai tujuan utama untuk mengekang hasrat para penguasa negara yang cenderung tiran dan sewenang-wenang, dan karenanya, kebebasan dari campur tangan pemerintah terhadap privasi warganya merupakan dasar dari segala kebebasan dunia. Kedaulatan rakyat, kerap kali dihubungkan dengan demokrasi⁴⁶.

Demokrasi memberikan pemahaman bahwa sumber dari kekuasaan adalah rakyat. Dengan pemahaman seperti itu, maka akan melahirkan sebuah aturan yang akan menguntungkan dan melindungi hak-hak rakyat. Agar itu kemudian bisa terlaksana, dibutuhkan suatu peraturan bersama yang mendukung, dan menjadi dasar pijakan dalam kehidupan bernegara, untuk menjamin dan melindungi hak-hak rakyat. Peraturan seperti itu kemudian disebut konstitusi.

Dengan diterimanya prinsip-prinsip demokrasi secara luas, dan menjadi dasar bagi model pemerintahan saat ini, demokrasi telah menjadi tolok ukur yang fundamental, bagi legitimasi politik dewasa ini. Pembuatan hukum dan penegakkan hukum menjadi benar jika dilakukan secara demokratis. Hampir semua negara mengklaim menjadi penganut paham demokrasi, seperti dapat diketahui dalam penelitian Amos J. Peaslee pada tahun 1950 saja dari 83 UUD negara-negara yang perbandingannya, terdapat 74 negara yang konstitusinya secara resmi menganut prinsip kedaulatan rakyat. Dalam pengertian esensinya demokrasi merupakan kedaulatan rakyat, yang berarti kekuasaan tertinggi berada ditangan rakyat. Namun demikian, demokrasi modern tidak hanya dihadapkan pada persoalan-persoalan intern demokrasi, tetapi juga persoalan-persoalan eksternal demokrasi, karena isu demokrasi telah menembus batas-batas wilayah, proses dari ekonomi global, problem lingkungan hidup, serta perlindungan bagi kaum minoritas, dan yang tak teruntungkan, juga menjadi perhatian masyarakat internasional.

40) Syaiful Bakhri, Ibid. hlm. 129.

Memang harus diakui sampai sekarang istilah demokrasi itu sudah menjadi istilah umum yang menunjuk pada pengertian sistem politik yang diidealkan dimana-mana⁴⁷, padahal dulunya, pada jaman Yunani Kuno dimana asal dari istilah demokrasi tersebut, dimana di jaman itu mempunyai konotasi yang sangat buruk. Demokrasi dibayangkan sebagai pemerintahan oleh semua orang yang merupakan kebalikan dari konsep pemerintahan oleh satu orang (*autocracy*).

Baik demokrasi maupun autokrasi menurut pengertian umum dizaman Yunani Kuno adalah sama-sama buruknya. Oleh karena itu, yang diidealkan adalah plutokrasi, yaitu pemerintahan oleh banyak orang, bukan hanya dikendalikan oleh satu orang, tetapi banyaknya orang itu tidak berarti semua orang ikut memerintah, sehingga keadaan menjadi kacau dan tidak terkendali. Akan tetapi dalam perkembangannya kemudian demokrasi menjadi pilihan ideal, ia telah menjadi paradigm dalam bahasa komunikasi dunia mengenai sistem pemerintahan dan sistem politik yang dianggap ideal, meskipun dalam prakteknya setiap orang menerapkan standar yang berbeda-beda, sesuai dengan kepentingannya masing-masing. Oleh karena itu, sejalan dengan konstitusi, bisa saja pada suatu hari nanti, timbul kejenuhan atau bahkan ketidakpercayaan yang luas mengenai kegunaan praktis konsep demokrasi modern ini. Jika itu terjadi, niscaya orang mulai akan menggugat kembali secara kritis keberadaannya sebagai suatu sistem yang dianggap ideal.

Terlepas dari kritik-kritik terhadap demokrasi, yang perlu digaris bawahi adalah paham mengenai sistem demokrasi memiliki keunggulan yakni meletakkan kedaulatan tertinggi di tangan rakyat, dan diwujudkan dalam bentuk perwakilan. Darisinitulah ukuran ideal itu kemudian berkembang menjadi prinsip-prinsip dasar dari demokrasi, meskipun isi dan cara pelaksanaannya berbeda-beda, akan tetapi demokrasi memuat prinsip-prinsip dasar yang sama⁴⁸.

Prinsip yang dimaksud adalah persamaan, hormat terhadap nilai-nilai luhur manusia, hormat terhadap hak-hak sipil dan kebebasan, serta *fair play*. Adapun yang dimaksud dengan persamaan disini ialah persamaan kesempatan bagi semua

41) Jimly Ashidique, Ibid. hlm. 116.

42) Rafael Raga Maran, *Pengantar Sosiologi Politik*, Rineka Cipta, Jakarta, 2001, hlm. 203-204.

orang sebagai warga negara untuk mencapai pengembangan maksimum potensialitas-potensialitas fisik, intelektual, moral, spiritual, dan untuk mencapai tingkat partisipasi sosial oleh setiap pribadi yang konsisten dengan tingkat kematangan yang telah diperolehnya. Ini tidak berarti bahwa dalam suatu masyarakat demokratis semuanya sama.

Demokrasi tidak mengabaikan kenyataan bahwa tidak sama kemampuan, kepentingan, serta ambisi antara orang satu dengan orang yang lain. Namun yang diupayakan oleh masyarakat demokratis adalah meminimalkan konsekuensi-konsekuensi perbedaan alamiah ini dengan menolong yang lemah agar menjadi kuat. Tidak layak juga seseorang menyebut dirinya demokrat bila ia gagal mengupayakan terbukanya kesempatan bagi yang kecil dan lemah untuk setara dengan yang besar dan kuat.

Dalam ilmu politik, dikenal dua macam pemahaman tentang demokrasi, yakni; pemahaman secara normatif dan pemahaman secara empirik⁴⁹. Dalam pemahaman secara normatif, demokrasi merupakan sesuatu yang secara ideal hendak dilakukan atau diselenggarakan oleh sebuah negara, seperti misalnya kita mengenal ungkapan “pemerintahan dari rakyat, oleh rakyat dan untuk rakyat”. Ungkapan ini biasanya diterjemahkan dalam konstitusi pada masing-masing negara.

Sementara dalam kaca mata pemahaman demokrasi secara empirik, dalam konteksnya memungkinkan kita untuk mengamati; apakah dalam suatu sistem politik pemerintah memberikan ruang gerak yang cukup bagi warga masyarakatnya untuk melakukan partisipasi guna memformulasikan preferensi politik mereka melalui organisasi politik yang ada? Disamping itu, kita diperkenankan untuk mengamati sejauh mana kompetisi antara para pemimpin dilakukan secara teratur (regular basis) untuk mengisi jabatan politik? Mengapa teratur? Hal ini untuk menghindari kemungkinan seseorang memperoleh atau mengisi jabatan politik secara terus menerus, tanpa pembatasan.

43) Affan Gaffar, *Politik Indonesia Transisi menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2006, hlm. 3-4.

Bagi manusia kontemporer⁵⁰, rujukan demokrasi pada *government of the people, by the people, and for the people* itu tidak memadai pengertiannya jika tidak mencakup pengertian demokrasi dalam bidang ekonomi, kebudayaan, pendidikan, industri dan lain-lain. Juga tidak memadai jika demokrasi hanya diartikan sebagai pemerintahan oleh kelompok mayoritas, konsep ini menjadi bias dan tidak menjelaskan apa-apa tentang status dan hak-hak kelompok minoritas dalam masyarakat-bangsa yang satu dan sama. Bahkan konsep semacam sangat kontradiktif, sebab bertentangan dengan salah satu prinsip dasar demokrasi itu sendiri, yakni persamaan hak setiap warga negara untuk ikut menentukan kebijaksanaan politik.

Oleh karena itu bangsa-bangsa modern-kontemporer menggunakan istilah demokrasi dalam pengertian yang lebih luas daripada pemerintahan oleh rakyat, dimana mencakup penataan kehidupan ekonomi, kebudayaan, pendidikan, industri, dan sebagainya. Namun kebebasan individual dalam konsep demokrasi itu pun haruslah juga memiliki batas, batasnya ialah bahwa kebebasan itu dilaksanakan demi pemenuhan hak dan kebaikan orang lain. Maka dapat dirumuskan beberapa ciri-ciri hakiki demokrasi secara umum, dimana suatu sistem pemerintahan dapat disebut demokratis bila telah memenuhi delapan kriteria berikut :

- 1) Adanya persetujuan rakyat;
- 2) Adanya partisipasi efektif rakyat dalam setiap keputusan politik terkait nasib mereka;
- 3) Adanya persamaan kedudukan dihadapan hukum;
- 4) Adanya kebebasan individu untuk menentukan nasibnya;
- 5) Adanya penghormatan terhadap hak-hak asasi manusia;
- 6) Adanya pembagian pendapatan yang adil;
- 7) Adanya mekanisme kontrol sosial terhadap pemerintahan;
- 8) Adanya ketertiban dan keterbukaan informasi;

Terkait pengertian mengenai kekuasaan tertinggi ditangan rakyat tidak harus dipahami secara monistik dan mutlak dalam arti tidak terbatas, karena sudah

44) Rafael Raga Maran, Ibid. hlm. 202.

dengan sendirinya kekuasaan tertinggi ditangan rakyat itu dibatasi oleh kesepakatan-kesepakatan yang mereka tentukan sendiri secara bersama-sama⁵¹, yang kemudian dituangkan dalam rumusan konstitusi yang mereka susun dan sahkan bersama. Dengan kebutuhan yang bersifat praktis tentunya gagasan demokrasi ini dianggap perlu dilakukan melalui prosedur perwakilan, dan kesemuanya itu diatur melalui konstitusi sebagai hasil konsensus rakyat dimana melalui konstitusi itulah kemudian pembatasan atas pengertian kekuasaan tertinggi ditangan rakyat, dan mengatur bagaimana kedaulatan rakyat itu disalurkan, dijalankan, dan diselenggarakan dalam suatu sistem ketatanegaraan.

Jadi kebebasan dalam perspektif demokrasi bukanlah kebebasan yang mengarah pada anarki sosial. anarki sosial akan terjadi jika setiap orang atau setiap kelompok dapat berbuat apa saja semaunya, idealnya, batas kebebasan seharusnya berasal dari dalam diri manusia, dan bukanlah berasal dari luar dirinya. Artinya, perlu apa yang disebut self dicipline, disiplin diri, yakni suatu pengendalian diri yang muncul dari hati nurani, kesadaran serta tanggung jawab dari sosial individu, atau dari kesadaran dan rasa hormatnya terhadap kebutuhan, hak-hak, dan nilai-nilai luhur sesamanya⁵².

Berangkat dari gagasan yang dilontarkan oleh Schumpeter, yaitu demokrasi sebagai suatu metode politik, dimana pandangan ini bersifat empirik, deskriptif, institusional, dan procedural. Tentu sebagai sebuah entitas yang dinamis, perkembangan demokrasi tidak serta merta cepat, akan tetapi butuh proses pematangan dimana bisa kita lihat banyak perdebatan penting terkait esensi dan substansinya.

David Held kemudian secara komprehensif menggabungkan pemahaman pandangan liberal dan tradisi Marx untuk sampai pada arti demokrasi yang mendukung suatu prinsip dasar otonomi (terkait teori-teori yang berusaha menyatukan antara kaum liberal dan kolektivisme), Prinsip tersebut oleh Held disebut sebagai otonomi demokrasi (*democratic autonomy*), berarti membutuhkan baik akuntabilitas negara dalam derajat yang tinggi.

45) Jimly Ashidique, Ibid. hlm. 117-118.

46) Rafael Raga Maran, Ibid. hlm. 204.

Otonomi demokrasi meramalkan partisipasi secara substansial secara langsung pada lembaga komunitas lokal dan manajemen diri (self management) perusahaan umum. Otonomi demokrasi membutuhkan pernyataan hak-hak manusia (*bill of rights*) diluar hak memilih untuk memberikan kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dan untuk menemukan preferensi pribadi dan pengawasan akhir oleh warga negara terhadap agenda politik. Termasuk juga hak-hak sosial dan ekonomi untuk memastikan bahwa tersedia sumber daya yang cukup bagi suatu otonomi demokrasi. Tanpa hak-hak ekonomi dan sosial yang kuat⁵³ maka hak-hak yang berhubungan dengan negara tidak dapat diperoleh sepenuhnya, Dan tanpa hak-hak negara (*state rights*), wujud baru ketimpangan kekuasaan, kesejahteraan dan status secara sistemis akan mengacaukan implementasi kebebasan sosial dan ekonomi.

Lebih jauh soal demokrasi, Dahl kemudian menegasinya dengan merumuskan suatu tatanan politik yang disebutnya “poliarki”, istilah yang dipakainya untuk menyebut demokrasi. Menurut Dahl ciri khas demokrasi adalah sikap tanggap pemerintah secara terus menerus terhadap preferensi atau keinginan warga negaranya. Tatanan politik seperti itu bisa digambarkan dengan memakai dua dimensi teoritik, yaitu; 1) seberapa tinggi tingkat kontestasi, kompetisi atau oposisi yang dimungkinkan, dan 2) seberapa banyak warga negara yang memperoleh kesempatan berpartisipasi dalam kompetisi politik itu.

Berdasarkan dua dimensi tersebut Dahl kemudian membuat tipologi empat sistem politik yakni; 1) hegemoni tertutup, 2) oligarki kompetitif, 3) hegemoni inklusif, dan 4) poliarki⁵⁴. Pertanyaannya adalah kondisi apa yang diperlukan agar tatanan “oligarki kompetitif”, “hegemoni tertutup”, maupun “hegemoni inklusif”, bisa diubah menjadi “poliarki”? menurut Dahl, untuk menjamin itu rakyat harus diberi kesempatan untuk; *pertama*, merumuskan preferensi atau kepentingannya sendiri; *kedua*, memberitahukan perihal preferensinya itu kepada sesama warga negara dan kepada pemerintah melalui tindakan individual maupun kolektif; dan *ketiga*, mengusahakan agar kepentingannya itu dipertimbangkan secara setara

47) Georg Sorensen, *Demokrasi dan Demokratisasi, - proses dan prospeknya dalam sebuah dunia yang sedang berubah*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003, hlm. 15.

48) Mohtar Mas'ood, *Negara Kapital dan Demokrasi*, Pustaka Pelajar, 2003, hlm. 17.

dalam proses pembuatan keputusan pemerintah, artinya tidak didiskriminasikan berdasar isi atau asal-usulnya⁵⁵.

Selanjutnya kesempatan itu hanya mungkin tersedia kalau lembaga-lembaga dalam masyarakat bisa menjamin adanya delapan kondisi, yaitu :

- 1) Kebebasan untuk membentuk dan bergabung dalam organisasi;
- 2) Kebebasan mengungkapkan pendapat;
- 3) Hak untuk memilih dalam pemilihan umum;
- 4) Hak untuk menduduki jabatan publik;
- 5) Hak para pemimpin untuk bersaing memperoleh dukungan dan suara;
- 6) Tersedianya sumber-sumber alternatif;
- 7) Terselenggaranya pemilihan umum yang bebas dan jujur;
- 8) Adanya lembaga-lembaga yang menjamin agar kebijaksanaan public tergantung suara dan pemilihan umum dan pada cara penyampaian preferensi yang lain;

Dalam hubungan dengan perlindungan golongan minoritas dalam suatu sistem demokrasi, kemudian berkembang istilah seperti "*majority rule, minority rights*", atau terkadang disebut dengan "*majority rule, minority protection*". Selaras dengan perkembangan istilah-istilah tersebut, kemudian muncul paham "demokrasi deliberatif" dari Jurgen Habermas yang mengintrodusir unsure integrasi sosial. Integrasi sosial ini hanya dapat terwujud melalui satu-satunya alat perekat yakni hukum⁵⁶. alat-alat perekat lain seperti uang, kekuasaan, demikianpun dengan solidaritas sosial yang sudah tidak bisa berbicara banyak lagi. Dalam hal ini hukum berfungsi untuk mensintesisikan antara kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat umum /kolektif.

Demokrasi deliberatif yang dimaksud oleh Jurgen Habermas ini adalah demokrasi yang bersifat radikal, yang menekankan pada unsur partisipasi dan kesetaraan dari setiap anggota masyarakat dan melibatkan masyarakat untuk ikut berpartisipasi dalam proses pengambilan putusan-putusan publik. Semuanya harus dilakukan secara transparan sehingga tersedia suatu ruang publik dimana

49) Mohtar Mas' oed, Ibid. hlm. 20.

50) Munir Fuady, Ibid. hlm. 140-141.

masyarakat dapat mengetahui, mengakses, mengkritisi dan bahkan berdebat terhadap kebijakan-kebijakan publik yang hendak dibuat atau sudah diberlakukan, sehingga hasilnya menjadi tanggung jawab bersama dari semua elemen masyarakat maupun pemerintah.

Hanya saja, persoalan menjadi lain ketika ruang publik tersebut semakin terkikis dan semakin diboncengi oleh keinginan-keinginan sempit oleh segelintir masyarakat elit, melalui elit media massa, lembaga swadaya masyarakat, sektor politik, dan ekonomi, yang mencoba mengemukakan pendapat kelompoknya sendiri atas nama rakyat, ini yang kemudian disebut Habermas dengan proses “refeodalisasi ruang publik”, sehingga yang mesti dijaga adalah bagaimana ruang publik tersebut tetap tersedia dalam adu argument netral, objektif, dan dapat mencakup oth sides dari pandangan-pandangan yang berbeda tersebut, sebab bagaimanapun ruang publik tersebut tetap diperlukan dalam suatu negara hukum yang antara lain dapat berfungsi sebagai alat kontrol terhadap kebijakan-kebijakan publik dan sosial yang berlaku terhadap masyarakat yang bersangkutan. Dengan demikian pemahaman mengenai demokrasi menjadi luas, dan teraplikasi secara humanis-konstitusional dalam kehidupan bernegara dan menjadi budaya politik nilai (*value political development*).

3. Demokrasi (*transisi, konsolidasi, dan kompromi*)

Demokrasi memiliki dua aspek tahapan, yakni transisi demokrasi dan konsolidasi demokrasi. Transisi dimulai dari keruntuhan rezim otoritarian lama yang kemudian diikuti atau berakhir dengan pengesahan lembaga-lembaga politik dan aturan politik baru dibawah payung demokrasi. Proses konsolidasi demokrasi mencakup peningkatan secara prinsipil komitmen seluruh elemen masyarakat pada aturan main demokrasi⁵⁷. Seperti dalam penjelasan sebelumnya, pelaksanaan dari demokrasi tersebut yaitu melalui konstitusi yang dibentuk secara kolektif.

51) Georg Sorensen, Ibid. hlm. 70.

Dalam pengertian yang lebih umum, proses transisi menuju demokrasi dapat digambarkan dengan sebuah model sederhana. Jika koondisi yang melatarbelakangi hal ini adalah persatuan nasional, maka tahapan-tahapan transisi tersebut⁵⁸, yaitu;

- 1) tahapan persiapan, ditandai dengan perjuangan politik yang bergerak untuk menghancurkan rezim nondemokratis. Tahapan ini berisi apa yang pada awalnya disebut Rustow sebagai perjuangan politik yang panjang dan tidak meyakinkan;
- 2) tahapan keputusan, dimana elemen yang jelas dari tertib demokrasi telah terwujud. Mungkin faktor terpenting yang mempengaruhi hasil dari tahapan keputusan adalah membangun koalisi utama yang berada dibalik transisi;
- 3) tahapan konsolidasi, dimana demokrasi baru lebih berkembang, dan akhirnya praktek-praktek demokrasi menjadi bagian dari budaya politik. Dilihat sebagai sebuah proses, konsolidasi adalah proses dimana lembaga dan praktek demokrasi menjadi mendarah daging dalam budaya politik. Tidak hanya pra pemimpin politik tetapi juga mayoritas aktor politik dan masyarakat yang melihat praktek demokrasi sebagai bagian dari hak dan tata tertib;

Pergeseran arus menuju demokrasi dari suatu sistem yang nondemokratis yang disebut sebagai transisi ini tidak terlepas dari pengertian dan perkembangan yang fundamen atas suatu identitas demokrasi. Ketika demokrasi diartikan sebagai sebuah sistem politik, sebagaimana ungkapan Dahl yang menekankan pada responsifitas pemerintah terhadap preferensi warga negaranya yang setara secara politis sebagai sifat dasar demokrasi.

Dalam pengerucutan cakupannya maka ada tiga dimensi utama yang melatarbelakanginya, yaitu; 1) kompetisi, 2) partisipasi, dan 3) kebebasan politik dan sipil. Darisini jelas bahwa proses demokratisasi perubahan sistem politik dari bentuk yang nondemokratis ke bentuk yang lebih demokratis dapat terjadi dengan berbagai cara. Dahl Mengidentifikasi dua jalan penting menuju demokrasi; jalan yang terfokus pada kompetisi dan jalan yang terfokus pada partisipasi.

52) Georg Sorensen, *Ibid.* hlm. 108.

Meningkatnya partisipasi atau (inklusifitas) berarti meningkatnya jumlah warga negara yang memperoleh hak-hak politik dan kebebasan. Adapun penjelasan tentang tiga dimensi utama demokrasi politik tersebut ialah :

- 1) Kompetisi yang luas dan bermakna diantara individu dan kelompok organisasi (khususnya partai-partai politik) pada seluruh posisi kekuasaan pemerintah yang efektif, dalam jangka waktu yang teratur dan meniadakan penggunaan kekerasan;
- 2) Tingkat partisipasi politik yang inklusif dalam pemilihan pemimpin dan pengambilan kebijakan, paling tidak melalui pemilihan bebas secara teratur, dan tidak ada kelompok sosial yang disingkirkan;
- 3) Tingkat kebebasan politik dan sipil, yakni kebebasan berpendapat, kebebasan pers, kebebasan mendirikan dan menjadi anggota organisasi-cukup memastikan integritas partisipasi dan kompetisi politik;

Sudah barang tentu memperjuangkan “keterbukaan politik” seperti itu jelas tidak mudah. Proses itu pasti melibatkan pertentangan kepentingan antara pemerintah dengan yang diperintah. Semakin besar perbedaan kepentingan antara pemerintah dengan kelompok no-pemerintah, semakin besar kemungkinan bahwa masing-masing akan menolak memberi peluang kepada pihak lain untuk berpartisipasi secara aktif dalam proses pembuatan keputusan, artinya semakin kecil kemungkinan masing-masing untuk mentolerir tindakan lawan⁵⁹.

Inilah mengapa demokrasi dalam perspektif transisi dan konsolidasi bisa menguat sebagaimana prasyarat-tahapan yang disebutkan sebelumnya telah terpenuhi, namun juga dalam perkembangannya demokrasi bisa terancam stagnan, atau oleh Georg Sorensen menyebutnya demokrasi beku (*frozen democracies*), atau demokrasi lemah atau demokrasi tidak solid. Sebab dalam sebuah fase perubahan segala kemungkinan bisa terjadi, dan jembatannya adalah proses transisi tersebut, oleh karenanya fase perubahan adalah fase perlu dicermati secara hati-hati.

53) Mohtar Mas'oe'd, Ibid. hlm. 21.

Adapun hal-hal yang perlu digaris bawahi terkait transisi dan kemungkinannya diatas adalah; *pertama*, proses demokratisasi mengalami pembusukan karena ketidakmampuan pemerintah yang berkuasa melakukan perubahan-perubahan sosial, politik dan ekonomi yang mendasar sesuai dengan tuntutan reformasi, utamanya menyangkut kepentingan dan perbaikan nasib rakyat miskin.

Pembusukan akan menadi cepat bila pemerintah yang berkuasa tidak sanggup menciptakan pemerintahan yang kuat. Pemerintah yang kuat bukan dalam pemahaman berbentuk otoritarian, pemerintahan yang kuat dalam pengertian ini ialah :

1. Memiliki birokrasi yang efisien dan tidak korup;
2. Memiliki elit politik yang berkemauan dan mampu memberikan prioritas pada pembangunan ekonomi;
3. Memiliki kebijakan yang dirancang dengan baik untuk mencapai tujuan pembangunan;

Kedua, bila pemerintah gagal menciptakan tata tertib untuk mendorong terciptanya iklim kondusif bagi kelangsungan proses demokratisasi. *Ketiga*, bila proses konsolidasi, yakni praktek-praktek demokrasi tidak berkembang dan tidak menjadi bagian dari budaya politik . fase konsolidasi bisa dicapai bila ada kompetisi secara terbuka, partisipasi serta kebebasan politik/sipil. Mungkin saja sistem politik telah mengandung elemen demokrasi tetapi ada keterbatasan pada kompetisi, partisipasi, dan kebebasan politik/sipil. Situasi seperti itu akan membuat demokrasi menjadi tidak berkembang (terbatas) dan menjadi beku.

Bahwa dalam proses konsolidasi amat diperlukan partisipasi masyarakat, terutama partisipasi pada tingkat lokal atau akar rumput, partisipasi masyarakat akan membuat massa rakyat menjadi :

- 1) Lebih mampu menaksir kinerja wakil-wakil rakyat ditingkat nasional;
- 2) Lebih mampu mengambil keputusan untuk lingkup nasional;
- 3) Lebih mampu menimbang dampak keputusan yang diambil oleh wakil-wakil rakyat terhadap kehidupan masyarakat;
- 4) Lebih mampu menciptakan terciptanya persatuan nasional;

Keempat, ketika rezim otoritarian runtuh, mereka meninggalkan sejumlah warisan masalah akut berkaitan dengan kasus-kasus korupsi dan pelanggaran hak-hak asasi manusia yang dilakukan oleh militer kala itu, sebagai contoh di Indonesia, ambil saja kasus korupsi Bank Bali, dan kasus pelanggaran hak asasi manusia dapat kita sebut kasus tanjung priok, kasus semanggi, kasus 27 juli, kasus bantaqiah, dan lain-lain.

Bila pemerintahan yang berkuasa saat ini tidak mapu menyeret para pelaku korupsi dan yang bertanggung jawab terhadap pelanggaran hak asasi ke pengadilan, bisa jadi upaya penegakkan hukum tidak dapat berjalan dan kemungkinan kepercayaan rakyat berangsur-angsur akan berkurang. Apalagi tidak mampu melakukan depolitisasi militer, bila ini terjadi, maka proses menuju kebebasan politik/sipil menjadi terhambat dan proses demokratisasi menjadi lemah.

Selanjutnya menurut Dahl, agar demokrasi politik (poliarki) atau pemerintahan yang demokratis dapat berjalan stabil ialah :

- 1) Para pemimpin tidak menggunakan kekerasan yaitu polisi dan militer untuk meraih atau mempertahankan kekuasaannya;
- 2) Adanya organisasi masyarakat pluralis yang modern dan dinamis;
- 3) Potensi konflik dan pluralism structural dipertahankan pada tingkat yang masih mendapat toleransi;
- 4) Dalam masyarakat, khususnya yang aktif dalam politik, harus ada budaya politik dan sistem keyakinan yang mendukung ide demokrasi dan lembaga poliarki⁶⁰

Namun perlu juga diingat adalah dalam proses memulai demokrasi akan tampak perbedaan, demokrasi yang dimulai dari atas (elit) berbeda dalam prosesnya dengan demokrasi yang berasal dari bawah (gerakan massa). Demokrasi dari bawah cenderung menimbulkan konfrontasi , permusuhan dan pertikaian dalam masyarakat, yang dapat membuka peluang bagi kembalinya

54) Georg Sorensen, Ibid. hlm. 14-15.

rezim otoritarian. Sedangkan demokrasi dari atas dapat menimbulkan kebekuan bila elit dan pemimpin yang berkuasa kesulitan menemukan jalan untuk melakukan transformasi sosial dan kebijakan pemerataan secara gradual.

Proposisi ini tampaknya perlu dikaji dalam konteks Indonesia kontemporer, dimana telah terjadi sebuah proses transisi yakni dari otoritarian menuju ke demokrasi knstitusional dengan gerbang utamanya reformasi. Dengan demikian, dapat mengevaluasi tentang apa yang sedang dan akan terjadi setelah tahapan demokrasi dilalui, dan berangkat dari kesimpulan demikian dapat juga mengidentifikasi apakah Indonesia bergerak menuju ke arah proses demokrasi ataukah sedang mengalami pembusukan, serta kebekuan demokrasi? Atau mungkin akan kembali ke otoritarian?

BAB III NEGARA DAN KONSTITUSI

“*Omnnes legume servi sumus ut liberi esse possimus*”
(Kita semua harus tunduk kepada hukum jika kita tetap ingin hidup bebas)
(Cicero)

C. PENGERTIAN DAN HAKIKAT KONSTITUSI (Konstitusi dan Konstitusionalisme)

Konstitusi sebagai pilar negara hukum tentunya memiliki sejarah panjang sebelum akhirnya diletakkan sebagai sebuah prinsip, yang kemudian menjadi ciri dari suatu negara hukum. Gagasan mengenai konstitusi dari catatan sejarah klasik terdapat dua perkataan yang berkaitan erat dengan pengertian kita sekarang tentang konstitusi, yaitu dalam perkataan Yunani kuno *Politeia* dan perkataan bahasa Latin *constitutio* yang juga berkaitan dengan kata ‘jus’. Dalam kedua perkataan *politeia* dan *constitutio* (Romawi kuno) itulah awal mula gagasan konstitusionalisme diekspresikan oleh umat manusia beserta hubungan diantara kedua istilah tersebut dalam sejarah. Jika dibandingkan, maka dapat dikatakan bahwa yang paling tua usianya adalah kata *politeia* yang berasal dari kebudayaan Yunani⁶¹.

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

Konstitusi dalam pengertiannya seringkali dikaitkan dengan undang-undang dasar, jika dilihat dari perspektif hukum dasar, maka keduanya memiliki batasan yang berbeda, meskipun keduanya sama-sama menunjuk pada pengertian hukum dasar. Secara umum dapat dipahami konstitusi menunjuk pada pengertian hukum

55) Jimly Ashidique, Ibid. hlm. 1.

dasar tidak tertulis, sedangkan undang-undang dasar menunjuk pada pengertian hukum dasar tertulis.

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

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

Berhubungan dengan itu rumusan konstitusi modern tidak hanya memuat aturan-aturan hukum, tetapi juga didalamnya memuat atau menyimpulkan prinsip-prinsip hukum, haluan negara, dan patokan-patokan kebijaksanaan yang semuanya mengikat penguasa. Oleh karena itu, didalam negara-negara yang mendasarkan dirinya atas demokrasi konstitusi, maka dalam negara itu ada supremasi hukum yang membatasi kekuasaan pemerintah sedemikian rupa, sehingga penyelenggaraan kekuasaan tidak bersifat sewenang-wenang, dengan demikian hak asasi manusia dan hak asasi warga negara dapat terlindungi⁶².

Dengan demikian, konsep konstitusi itu mencakup juga pengertian peraturan tertulis, kebiasaan, dan konvensi-konvensi kenegaraan (ketatanegaraan) yang menentukan susunan dan kedudukan antar organ-organ negara tersebut dengan

56) Alwi Wahyudi, Ibid. hlm. 75.

warga negara. Menurut Bryan Thompson sebagaimana dikutip Jimly Ashidique⁶³, secara sederhana pertanyaan : *what is a constitution ?* dapat dijawab bahwa “*a constitution is a document which contains the rule for the operation of an organization*”.

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

Sebagaimana ungkapan Miriam Budiardjo bahwa, konstitusi adalah suatu piagam yang menyatakan cita-cita bangsa dan merupakan dasar organisasi kenegaraan suatu bangsa⁶⁴, dimana Francois Venter mencatat, yang kemudian dikutip Alwi Wahyudi, bahwa karakteristik dasar sebuah negara konstitusional modern adalah adanya sebuah konstitusi tertulis yang memiliki nilai hukum yang tinggi.

Lebih jauh K.C. Wheare mengartikan konstitusi sebagai keseluruhan sistem ketatanegaraan dari suatu negara berupa kumpulan peraturan yang membentuk, mengatur atau memerintah dalam pemerintahan suatu negara⁶⁵, didalamnya terdapat berbagai aturan pokok yang berkaitan dengan kedaulatan, pembagian kekuasaan, lembaga-lembaga negara, cita-cita ideology negara, hak asasi manusia, politik, masalah ekonomi, budaya dan lain sebagainya.

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

57) Jimly Ashidique, Ibid. hlm 16-17.

58) Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1989. Hlm. 107.

59) Sri Soemantri, *Susunan Ketatanegaraan Menurut UUD 1945 dalam Ketatanegaraan dan Kehidupan Politik Indonesia*, Sinar Harapan, Jakarta, 1993. Hlm. 29.

pikir kritisnya. Yang jelas pemikiran Hobbes dianggap telah meletakkan beberapa dasar bagaimana membentuk ketatanegaraan. Secara bertahap kemudian orang mulai berpikir, bahwa ternyata untuk menjinakkan kekuasaan belumlah cukup jika sekedar terwadahi dalam institusi negara. Intinya negara sendiri haruslah memiliki cabang-cabang kekuasaan yang tertuang dalam doktrin sebuah undang-undang yang kemudian *diistilahkan dengan konstitusi*⁶⁶.

Dalam perkembangan selanjutnya, ternyata teori negara mainstream barat dan eropa ini akar epistemologinya berasal dari para pemikir (kaum) positivistic yang kental dengan corak normologik. Asumsi kaum positivis ini intinya bahwa hukum (dan institusinya) itu senantiasa netral (*neutrality of law*) dan terlepas dari politik (*law politics distinction*). Asumsi kelompok yang dimotori diantaranya oleh H.L.A Hart, Lon Fuller, Kelsen, John Austin⁶⁷, kemudian mendapat sanggahan yang kritis dari kubu *Critical Legal Studies (CLS)*⁶⁸, menurut kelompok CLS ini, berprasangka terlalu baik pada hukum (teks-teks), Institusi maupun kelembagaan, dan actor-aktor atau pelaku hukum (pengacara, hakim, jaksa dan kepolisian) itu adalah hal naif. Mereka membuktikan, hukum positif (*in abstracto*) tetaplah sebagai sebuah proses. Oleh karena itu sangat sulit membayangkan dalam proses itu segalanya lantas dikatakan final sebagai netral dan bebas dari “permainan politik” dalam pengertian kekuasaan. Bertitik tolak dari hal-hal, maka dialektika eksistensi konstitusi terutama mainstream teori hukum positif, harus mempertimbangkan teori lain yang berpijak pada cara berpikir nomologik yang menekankan pada realitas (proses) ketimbang teks,

60) Ellydar Chaidir & Sudi Fahmi, *Hukum Perbandingan Konstitusi*, Total Media, 2010, hlm. 6-8

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

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

institusi dan aktor-aktor hukum yang harus terbukti dalam sejarah sering gagal menjadi solusi hukum yang sejatinya.

Aplikasi konstitusi, pada dasarnya adalah sebuah proses sejarah. Konstitusi menjadi sebuah kerangka masyarakat politik yang diorganisir dengan dan melalui hukum. Dan negara hukum adalah produk sejarah. Oleh karena itu baik Arstoteles, Kant, Stahl serta sarjana-sarjana lainnya mengartikan konstitusi sesuai dengan kondisi jamannya, inilah yang kemudian mengartikan bahwa konsepsi hari ini masih akan terus berkembang berdasarkan kondisi sosial dan politik yang tengah terjadi di masyarakat.

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

- 1) *Die Politische Verfassung als Gesellschaftlich Wirklichkeit*, pada pengertian ini adalah mencerminkan keadaan sosial-politik suatu bangsa itu sendiri. Disini pengertian hukum adalah sekunder, yang primer adalah bangunan-bangunan masyarakat atau political decision., artinya ini mengandung pengertian politis dan sosiologis;
- 2) *Die Verselbstandigte Rechtsverfassung*, pada pengertian kedua ini, keputusan-keputusan masyarakat dijadikan suatu perumusan yang normative, yang kemudian harus berlaku. Pengertian politik diartikan sebagai suatu kenyataan yang harus berlaku dan diberikan suatu sanksi bilamana terjadi pelanggaran. Ini berarti konstitusi adalah juga merupakan kaidah yang hidup dalam masyarakat, dan mengandung pengertian yuridis;
- 3) *Die Geshereiben Verfassung*, pada pengertian ketiga ini, konstitusi adalah suatu peraturan yang tertulis. Dengan demikian undang-undang dasar adalah salah satu bagian dari konstitusi dan bukan sebagai penyaman pengertian menurut anggapan-anggapan sebelumnya⁶⁹

63) Syaiful Bakhri, *Ilmu Negara dalam Konteks Negara Hukum Modern*, Total Media, 2010, hlm. 163. (lihat juga Alwi Wahyudi, *Hukum Tata Negara Indonesia dalam Perspektif Pancasila pasca Reformasi*, Pustaka Pelajar, 2012. Hlm.76).

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

- a) Konstitusi antara kekuasaan yang terdapat dalam masyarakat (faktor kekuatan riil), artinya pengertian secara sosiologis ataupun politik, konstitusi menjadi sintesis faktor-faktor kekuatan yang nyata dalam masyarakat. Jadi konstitusi menggambarkan hubungan antara kekuasaan-kekuasaan yang terdapat dengan nyata dalam suatu negara. Kekuasaan tersebut diantaranya adalah; Presiden, Angkatan Bersenjata, Partai-partai, *Preassure Group*, Buruh, Tani dan sebagainya;
- b) Konstitusi adalah apa yang ditulis diatas kertas mengenai lembaga-lembaga negara dan prinsip-prinsip memerintah dari suatu negara (sama dengan paham kodifikasi);

Berangkat dari pengertian-pengertian yang disampaikan para ahli hukum tersebut diatas, dapat kiranya diberikan penegasan bahwa konstitusi merupakan norma dasar baik yang dituangkan secara tertulis maupun tidak tertulis yang didalamnya mengatur masalah badan-badan negara seperti eksekutif, legislatif, dan yudikatif, yang hal itu dapat dipahami oleh rakyatnya⁷⁰.

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

64) Ellydar Khaidir, *Hukum dan Teori Konstitusi*, Total Media Yogyakarta, 2007, hlm. 37.

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

D. ANTARA PENUMPUKAN, PEMBAGIAN, DAN PENGAWASAN KEKUASAAN

(Trias Politica dalam aplikasi)

Konstitusionalisme dan Prinsip *Check and Balance* merupakan gagasan pemikiran yang telah lama berkembang. Misi utama pemikiran ini menghendaki pembatasan kekuasaan. Pembatasan kekuasaan itu terutama dilakukan melalui hukum yang lebih khusus lagi, yaitu konstitusi. Menurut Daniel S. Lev, yang dikutip Ellydar Chaidir, *Constitutionalism is a belief in imposition of restraints on government by means of a constitution*, yang pada intinya adalah konstitusionalisme adalah proses hukum⁷¹.

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

- 2) *A state, or any system of government, must be founded upon law, while the power exercised within the state should conform to definite legal rules and procedures (the idea of sonstitution or fundamental law)* – (sebuah negara atau sistem pemerintahan apapun harus didirikan diatas undang-undang,

65) Ellydar Chaidir & Sudi Fahmi, Ibid, hlm. 9.

sedangkan kekuasaan yang dijalankan didalam negara harus sejalan dengan peraturan-peraturan dan prosedur hukum yang tegas – yang mengacu kepada konstitusi atau undang-undang dasar);

- 3) *The institutional structure of government should ensure that power resides with, or is divided among, different branches which mutually control their exercise of power and which are obliged to co-operate (the ideas of mixed government, separation of power, check and balances)* – (bangunan institusional pemerintah harus memastikan bahwa kekuasaan berada ditangan, atau dibagi-bagi diantara cabang-cabang yang berbeda yang saling mengontrol pelaksanaan kekuasaan mereka dan yang berkewajiban untuk bekerja sama – gagasan mengenai pemerintah campuran, pemisahan kekuasaan, sistem *checks and balances* yakni saling periksa dan menjaga keseimbangan);

- 4) *The relationship between the government and the individual member of society should be regulated in such manner that it leaves the latter's basic rights and freedoms unimpaired.* (hubungan antara pemerintah dengan anggota perseorangan masyarakat sebaiknya diatur sedemikian rupa sehingga hubungan tersebut menjamin hak-hak dan kebebasan dasar);

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

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

Berdasarkan pengertian-pengertian diatas, dapatlah diberi kesimpulan bahwa baik konstitusi maupun konsepsi konstitusionalisme sejatinya memuat mengenai suatu doktrin tentang sistem ketatanegaraan, doktrin itu pada

perkembangannya kemudian di sebut *doktrin trias politica*, yang didalamnya merupakan *fundamental norms, separation of power, distribution of power, dan monitoring of power*, yang berprinsipkan *check and balances* antar lembaga negara bersama rakyat.

Untuk itu perlu ditinjau juga mengenai aplikasi *trias politica* dalam aplikasinya di berbagai negara, sebab dalam konstitusi modern, masalah *trias politica* ini selalu diatur secara rapi dan cenderung berbeda antara negara satu dan negara lain. Dari ketentuan dalam konstitusi tersebut, kemudian diatur siapa yang memegang kekuasaan apa, dan siapa mengawasi siapa. Karena itu dalam suatu sistem ketatanegaraan modern, suatu konstitusi telah menjadi semacam “cetak biru” bagi para penyelenggara negara, tempat semua orang harus mengacu ketika terjadi keragu-raguan atau perselisihan. Berikut ini prinsip-prinsip pengaturan sistem *trias politica* di berbagai negara⁷² :

- Trias Politica di Inggris

Di negara yang tidak memiliki konstitusi tertulis seperti Inggris, prinsip distribusi kekuasaan tetap dikenal, meskipun penjabarannya tidak setegas yang terdapat di negara Amerika Serikat. Dalam hal ini, meskipun Amerika Serikat mengadopsi hukum dari Inggris, tetapi dalam hal hukum konstitusional, Amerika banyak mengembangkan sendiri doktrin-doktrin hukumnya. Di Inggris ciri prinsip *distribution of power* tersebut tampak pada pembuatan undang-undang oleh badan legislatif, pelaksanaan undang-undang dan pembuatan kebijaksanaan oleh badan eksekutif, dan pemutusan perkara yang timbul dari hukum yang merupakan kewenangan badan yudikatif. Hanya saja disamping pembagian kekuasaannya yang tidak jelas karena tidak ditulis dalam suatu undang-undang dasar, maka dalam sistem hukum dan tata pemerintahan dikenal banyak pengecualian-kecualian terhadap pelaksanaan doktrin *trias politica* ini. Misalnya, perdana menteri di Inggris yang pada prinsipnya merupakan badan eksekutif, juga merupakan member dari parlemen dan mempunyai hak suara di parlemen.

66) Munir Fuady, Ibid. hlm. 109-113.

Sedangkan raja Inggris tugasnya ialah menyetujui undang-undang namun tidak memiliki hak veto. Kemudian Lord Chancellor⁷³ memiliki kewenangan di ketiga badan pemerintahan yaitu sebagai berikut :

- 2) Kewenangan di bidang eksekutif, karena Lord Chancellor merupakan anggota kabinet pemerintahan, tetapi dia juga mempunyai hak untuk voting di lembaga legislatif;
- 3) Kewenangan dibidang legislatif, karena House of Lords juga memiliki kewenangan untuk melakukan voting terhadap suatu rancangan undang-undang;

Karena di Inggris tidak memiliki konstitusi yang tertulis, maka tidak ada undang-undang yang dapat dinyatakan bertentangan dengan konstitusi, dan di Inggris tidak dikenal kekuasaan yang disebut judicial review.

- Trias Politica di Amerika Serikat

Amerika Serikat dengan tegas mengatur tentang prinsip trias politica didalam konstitusinya. Dalam hal ini, kepada masing-masing cabang pemerintahan diberikan kekuasaan yang terbatas dan jelas, dengan satu sama lain saling mengawasi sebagaimana tersimpul dalam *doktrin distribution of power* dan *doktrin check and balances*, sehingga tidak ada satu cabang pemerintahan pun yang cukup punya kekuasaan untuk menjadi dominan.

Prinsip check and balance di USA ini misalnya tersimpul dalam formula pembagian kekuasaan sebagai berikut :

- 1) Presiden (eksekutif) mengangkat para hakim dan sekretaris departemen, tetapi pengangkatan ini harus disetujui oleh senat (legislatif);
- 2) Congress (legislatif) dapat membuat undang-undang, tetapi presiden (eksekutif) dapat memvetonya;

67) Tanggung jawab administrasi dalam sistem peradilan di Kerajaan Inggris dipegang oleh Lord Chancellor (juru bicara the Lords) dan home secretary (atausekretaris negara untuk Skotlandia dan Northern Ireland). Para hakim dipilih dan diangkat oleh Ratu dengan pertimbangan dari Perdana Menteri, Lord Chancellor, dan menteri terkait dalam cabinet.

- 3) Mahkamah Agung (Yudikatif) dapat menyatakan batal (inkonstitusional) terhadap suatu undang-undang (judicial review), tetapi congress bersama dengan negara-negara bagian dapat mengamandemen konstitusi;

Fungsi *check and balance* juga kelihatan dalam sistem pembagian kekuasaan di USA pada posisi wakil presiden, yang merupakan kekuasaan dalam bidang eksekutif, secara *ex officio* merupakan presiden dari senat (salah satu kamar dari congress), yang nota bene merupakan badan legislatif. Meskipun wakil presiden tidak mempunyai hak suara dalam senat, tetapi dia akan memutus (memberikan hak suara) jika putusan senat berakhir dengan sama kuat diantara pihak yang berlawanan pendapat. Disamping itu, pihak legislatif di USA mempunyai kewenangan untuk melakukan impeachment terhadap hakim-hakim, yang sebenarnya dapat juga dimasukkan ke dalam bidang yudikatif.

- Trias Politica di Perancis

Di Perancis, presiden cukup berkuasa. ia dapat membubarkan parlemen dan menyelenggarakan pemilu yang baru. presiden juga yang mengangkat perdana menteri, tetapi presiden tidak memiliki kewenangan memveto rancangan undang-undang, meskipun dia dapat saja meminta parlemen agar mempertimbangkan kembali rancangan undang-undang yang bersangkutan. Judicial review (baik dimintakan oleh masyarakat atau tidak) terhadap undang-undang yang bertentangan dengan konstitusi, dapat dilakukan oleh sebuah komisi yang disebut dengan Costitutional Council dengan Sembilan orang anggotanya.

- Trias Politica di Belanda

Pelaksanaan konsep trias politica dalam sistem hukum dan ketatanegaraan di negeri belanda berjalan seiring dengan konsep perbuatan melawan hukum (*onrechmatige overheidsdaad*). Dalam hal ini pada awal mulanya, karena negara yang membuat hukum, diasumsi tidak mungkin sebuah negara melanggar hukum yang diuatnya sendiri. Hal ini sesuai dengan paham yang diusung oleh teori kedaulatan negara (*staatssoeveriniteit*).

Tetapi kemudian berkembang pandangan *trias politica* yang menyatakan harus ada perbedaan antara badan yang membuat hukum, dalam hal ini badan legislatif, dengan badan yang menjalankan hukum (pihak eksekutif), sehingga mungkin saja satu sama lain saling bertentangan. Paham *trias politica* seperti ini mendapat tempat yang kuat dalam sistem hukum dan ketatanegaraan Belanda.

Terutama setelah Krabbe mengemukakan teorinya yang terkenal dengan teori kedaulatan hukum (*rechtssouvereiniteit*). Paham kedaulatan hukum ini pada intinya mengajarkan bahwa kekuasaan negara berdasarkan kepada hukum. Hukum mempunyai kedudukan tertinggi, sehingga mungkin saja ada tindak-tanduk para pelaksana kekuasaan negara yang bertentangan dengan hukum yang berlaku, yang memungkinkan timbulnya perbuatan melawan hukum oleh negara (*onrechtmatige overheidsdaad*).

- Trias Politica di Kanada

Semula, sistem yang berlaku di Kanada serupa dengan yang berlaku di Inggris. Hal ini memang ciri khas dari negara-negara anggota *commonwealth*, Kanada baru terbebas sama sekali dari pengaruh kekuasaan langsung dari kerajaan Inggris sejak tahun 1982 dengan berlakunya konstitusi tahun 1982. Meskipun pada awal mulanya, sistem pemerintahan di Kanada tunduk dan mengikuti sistem Inggris, tetapi dalam perkembangannya, secara prinsipil Kanada memberlakukan sistem campuran antara sistem Inggris dan sistem Amerika Serikat.

Mahkamah Agung di Kanada memiliki kekuasaan yang besar sebagaimana juga di USA. Anggota dari Mahkamah Agung adalah Sembilan orang hakim agung, yang bekerja sampai meninggal atau sampai berumur 75 tahun. Tetapi berbeda dengan sistem yang berlaku di USA, Mahkamah Agung di Kanada bahkan oleh konstitusi diberikan kewenangan untuk memberikan fatwa atau pendapat hukum (*advisory opinion*), yakni memberikan pendapat apakah suatu undang-undang bertentangan dengan konstitusi, tanpa memerlukan adanya suatu kasus nyata yang dialami oleh masyarakat.

- Trias Politica di Meksiko

Sistem pemerintahan Meksiko diatur oleh konstitusinya yang mulai berlaku sejak tahun 1917, dan sejak itu konstitusi tersebut sedikitnya sudah 450 kali di amandemen. Disamping mengatur tentang sistem dan struktur pemerintahan, konstitusi Meksiko juga mengatur tentang jaminan (*Guar antees*) terhadap perlindungan hak-hak asasi manusia. Parlemen di Meksiko menggunakan sistem dua kamar, dimana ada kegiatan yang merupakan kewenangan eksklusif dari masing-masing kamar, tetapi ada juga kegiatan yang harus disetujui oleh kedua kamar dari parlemen.

Mahkamah Agung di Meksiko beranggotakan 11 orang hakim agung, yang mereka dapat bersidang dengan majelis berjumlah 5 orang, atau dapat juga bertindak atau bersidang secara *en banc* (secara keseluruhan). Hakim agung juga dipilih untuk jangka waktu 15 tahun, dan ketua mahkamah agung dipilih oleh dan diantara hakim agung tersebut, untuk jangka waktu empat tahun. Di Meksiko, putusan-putusan pengadilan tingkat yang lebih tinggi mengikat putusan pengadilan yang lebih rendah manakala putusan pengadilan yang lebih tinggi tersebut termasuk dalam kategori putusan khusus (*special ruling*) yang disebut *jurisprudencias*.

- Trias Politica di Indonesia

Indonesia masih menganut prinsip distribusi kekuasaan secara klasik, dengan membagi-bagikan kekuasaan negara kepada kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif. Kewenangan legislatif pada prinsipnya dijalankan oleh Dewan Perwakilan Rakyat, kewenangan eksekutif dijalankan oleh presiden, dan kewenangan yudikatif dijalankan oleh lembaga pengadilan dibawah pimpinan Mahkamah Agung, disamping itu juga ada Mahkamah Konstitusi. Kemudian, unsur *check and balance* di Indonesia terlihat dalam keikutsertaan lebih dari satu cabang pemerintahan dalam menangani satu persoalan, dan keikutsertaan suatu cabang pemerintahan terhadap pemberhentian atau pengangkatan terhadap suatu cabang pemerintahan yang lain atau terhadap “lembaga-lembaga” tertentu. Seperti terlihat dalam contoh-contoh berikut ini :

- 1) Baik presiden maupun Dewan Perwakilan Rakyat berhak untuk mengajukan rancangan undang-undang;
- 2) Setiap rancangan undang-undang dibahas oleh Dewan Perwakilan Rakyat dan presiden yang pada prinsipnya untuk mendapatkan persetujuan bersama;
- 3) Presiden dapat menetapkan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang, tetapi harus mendapatkan persetujuan dari Dewan Perwakilan Rakyat dalam sidang;
- 4) Presiden dapat menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain asalkan dengan persetujuan dari Dewan Perwakilan Rakyat;
- 5) Presiden mengangkat duta besar dan menerima penempatan duta besar negara lain, tetapi dengan memperhatikan pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat.
- 6) Presiden memberikan amnesti dan abolisi tetapi dengan memperhatikan pertimbangan mahkamah agung;
- 7) Anggota Badan Pemeriksa Keuangan dipilih oleh Dewan Perwakilan Rakyat dengan memperhatikan pertimbangan Dewan Perakilan Daerah dan diresmikan oleh Presiden;
- 8) Calon hakim agung diusulkan oleh Komisi Yudisial kepada Dewan Perwakilan Rakyat untuk mendapatkan persetujuannya, dan selanjutnya ditetapkan sebagai hakim agung oleh presiden;
- 9) Anggota Komisi Yudisial diangkat dan diberhentikan oleh presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat;
- 10) Anggota Mahkamah Konstitusi ditetapkan oleh presiden, yang diajukan masing-masing tiga orang oleh Mahkamah Agung, tiga orang oleh Dewan Perwakilan Rakyat, dan tiga orang oleh Presiden;
- 11) Presiden dan wakil presiden dapat diberhentikan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (yang anggotanya terdiri dari anggota DPR, DPD atas usulan DPR dan setelah mendapatkan pemeriksaan/pertimbangan dari MK);

Namun demikian, meskipun secara teoritis aplikasi *trias politica* ini di praksiskan secara beragam, tetap saja masih terdapat penyimpangan, secara teori umum dari pembagian kekuasaan tersebut hanya berlaku terhadap kekuasaan yang eksplisit saja, tidak berlaku terhadap kekuasaan yang implisit. Karena menurut teori kekuasaan implisit tentang kekuasaan penyelenggara negara, terdapat bidang-bidang kekuasaan negara yang tidak diatur secara tegas dalam konstitusi, sebab suatu konstitusi tidak mungkin mengatur semua hal, tetapi hanya mengatur hal-hal pokok saja.

Terhadap hal-hal yang tidak diatur tidak tegas diatur didalam konstitusi, maka siapa yang berwenang menyelenggara kekuasaan terhadap hal-hal tersebut harus ditafsirkan secara teori umum ketatanegaraan bahwa jika menyangkut dengan kekuasaan pembuat undang-undang berarti wilayah kekuasaan legislatif, jika menyangkut dengan bidang penyelenggara atau pelaksana undang-undang berarti merupakan kewenangan badan eksekutif, sedangkan untuk mengadili berarti merupakan wilayah kekuasaan yudikatif. Inilah inti dari yang disebut sebagai “doktrin kewenangan implisit” (*implied power doctrine*)⁷⁴.

Sebab itu, dalam teori konstitusi sering disebutkan bahwa terhadap satu tindakan tertentu tetapi ada dua atau lebih kekuasaan negara (legislatif, eksekutif, yudikatif) yang berwenang, baik secara kumulatif ataupun secara alternative, yang berarti merupakan tindakan check and balances secara operasional diantara ketiga kekuasaan negara tersebut kiranya telah menjadi suatu mesin penggerak konstitusi⁷⁵.

Keseluruhan dari prinsip tersebut tersimpul dalam distribusi kekuasaan dan doktrin check and balances. doktrin ini menjadi penting diperlukan suatu sistem ketatanegaraan, dimana manusia punya kecenderungan untuk kemudian memperluas dan memperpanjang kekuasaannya, yang ujung-ujungnya menjurus kepada penyalahgunaan kekuasaan dengan mengabaikan hak-hak rakyat. Untuk

68) Munir Fuady, *Ibid.* hlm. 116.

69) Munir Fuady, *Ibid.* hlm. 119.

itulah diperlukan suatu sistem saling mengawasi secara seimbang sebagai counterpart dari sistem *trias politica*⁷⁶.

Pada prinsipnya memang *check and balances* berdasarkan *trias politica* ini memang diperlukan, namun seringkali paradoksal. Misalnya, kekuasaan seyogyanya mesti lebih besar diberikan terhadap pihak eksekutif, agar perjalanan sistem pemerintahan menjadi lancar, efektif, dan efisien. Tetapi jika kepala pemerintahan bukanlah orang yang bijak (sebagaimana pendapat Plato) maka suatu sistem pemerintahan dapat menjurus kepada Totaliter.

Disamping itu, legislatif sebagai perwujudan suara rakyat mestinya dapat digunakan sebagai pemutus pemula sekaligus pemutus terakhir terhadap suatu kebijaksanaan, apalagi karena memang merupakan wakil rakyat dan dipilih oleh rakyat, tetapi seringkali tidak dapat menyuarakan suara rakyat, berhubung kurangnya kualitas dan pengetahuan, serta banyaknya distorsi kepentingan serta kecenderungan tidak independen, ini kemudian dikenal dengan legislative tirany. karena itu, yang dibutuhkan adalah⁷⁷ :

- 1) Suatu distribusi kekuasaan (agar tidak berada dalam satu tangan saja) – (*trias politica – distribution of power*);
- 2) Suatu keseimbangan kekuasaan (*prinsip check and balances*) - (agar masing-masing pemegang kekuasaan tidak cenderung terlalu kuat sehingga menimbulkan tirani);
- 3) Suatu pengontrolan yang satu terhadap yang lain (*monitoring of power*) – (agar suatu pemegang kekuasaan tidak berbuat sebebas-bebasnya yang dapat menimbulkan kesewenangan);

Adapun operasionalisasi dari prinsip *check and balances* dapat dilakukan melalui beberapa cara sebagai berikut :

- 1) Pemberian kewenangan terhadap suatu tindakan kepada lebih dari satu cabang pemerintahan, misalnya kewenangan pembuatan suatu undang-undang yang diberikan kepada pemerintah dan parlemen sekaligus, terjadi

70) Munir Fuady, Ibid. hlm. 124-125.

71) Munir Fuady, Ibid. hlm 124.

- overlapping* yang dilegalkan terhadap kewenangan para pejabat negara antara satu cabang pemerintahan dengan cabang pemerintahan lainnya;
- 2) Pemberian kewenangan pengangkatan pejabat tertentu kepada lebih dari satu cabang pemerintahan. Banyak pejabat tinggi negara dimana dalam proses pengangkatannya melibatkan pihak eksekutif maupun legislatif;
 - 3) Upaya hukum impeachment dari cabang pemerintahan terhadap cabang pemerintahan lainnya, seperti pengawasan terhadap cabang eksekutif oleh cabang legislatif dalam hal penggunaan budget negara;
 - 4) Pemberian kewenangan kepada pengadilan sebagai pemutus kata akhir (*the last word*) jika ada pertikaian kewenangan antara badan eksekutif dengan legislatif;

Dengan demikian secara aplikatif, konstitusi sebagai mana Hans Kelsen menyebutnya sebagai Norma Dasar (*groundnorm*), juga menyiratkan akan keterbukaannya dan kemungkinannya untuk di amandemen, sesuai dengan perkembangan zaman, paradigma, kebutuhan serta keadaan objektif dari masyarakat, seiring dengan perkembangan konstitusionalisme dalam suatu negara. Namun perlu untuk diingat juga adalah jika suatu konstitusi sering/cepat berubah/amandemen maka hal ini menjadi pertanda mengenai arus kepentingan didalam prosesnya yang begitu mendominasi, serta kultur demokrasi dan identitas suatu negara hukum yang berada di titik krisis multidimensi.

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

D. KONSTITUSI SEBAGAI NILAI & KEKUATAN NORMATIF

(perspektif membangun gerakan politik nilai serta kekuatan hukum yang berpihak pada kebutuhan rakyat)

Manusia adalah *Zoon Politicon* (bergantung satu sama lain), demikian Aristoteles menyebutnya. Pada dasarnya manusia tidak dapat hidup sendiri, melainkan manusia selalu memerlukan manusia lainnya. Jaringan antar manusia yang tercipta yang disebabkan oleh hubungan satu sama lain itu akan membentuk suatu pranata dalam sekelompok manusia, yang kemudian membentuk sekelompok masyarakat, yang setelah terbentuk itu lalu terbangun aturan-aturan sehingga secara tidak langsung membentuk tatanan sosial kemasyarakatan baru dalam kehidupan mereka⁷⁸.

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

Setiap masyarakat yang teratur, dapat menentukan pola-pola hubungan yang bersifat tetap antara para anggotanya dalam masyarakat dalam mencapai tujuan yang hendak dicapai. Politik adalah bidang dalam masyarakat yang berhubungan dengan tujuan masyarakat tersebut⁷⁹ Konstitusi dalam perspektif politik hukum adalah suatu pemahaman yang berhubungan dengan tujuan masyarakat, struktur politik menaruh perhatian pada pengorganisasian kegiatan kolektif untuk mencapai tujuan-tujuan yang secara kolektif menonjol, yaitu dengan keharusan

72) Ellydar Chaidir & Sudi Fahmi, *Ibid*, hlm. 57.

73) Green Mind Community, *Teori dan Politik Hukum Tata Negara*, Total Media, 2009, hlm. 232.

untuk menentukan pilihan mengenai tujuan maupun cara-cara yang hendak dipakai untuk mencapai tujuan tersebut.

Dalam terminology Logeman⁸⁰, hukum yang berlaku disini dan kini, sedangkan tafsiran klasik hukum positif, ialah merupakan hukum yang dibuat atau ditetapkan negara melalui lembaga negara atau pejabat yang diberi wewenang untuk menetapkannya. Dari pengertian hukum positif secara umum, bahwa politik hukum adalah kebijakan yang diambil dan ditempuh oleh negara melalui lembaga atau pejabat yang diberi wewenang untuk menetapkan hukum yang mana yang perlu diganti, yang perlu diubah, atau hukum yang mana yang perlu dipertahankan, atau hukum mana yang perlu diatur atau dikeluarkan agar dengan kebijakan tersebut terciptalah suatu situasi kenegaraan yang tertib dan secara bertahap terwujud.

Pengertian tersebut, umumnya dianut oleh negara-negara demokrasi konstitusional atau negara hukum yang demokratis. Sebab ada negara atau pemerintah yang mengambil kebijakan untuk menetapkan hukum itu agar melalui hukum kekuasaannya dapat dipertahankan, atau kekuasaan dapat dikonsentrasikan ketangan penguasanya⁸¹. Kebijakan itu diambil dengan berbagai dalih atau alasan, misalnya demi pembangunan, kepentingan rakyat, stabilitas nasional, memberantas korupsi, dan lain sebagainya. Sedang tujuan bernegara yang sebenarnya terabaikan sama sekali.

Konstitusi dalam kaitannya dengan politik hukum, merupakan otoritas legislasi yang diserahkan rakyat kepada penyelenggara, dalam hal ini haruslah memperhatikan nilai-nilai yang tumbuh dan hidup dalam suatu masyarakat, bahkan dapat dikatakan bahwa hukum itu merupakan pencerminan dan kongkretisasi dari nilai dan norma yang pada suatu saat akan berkembang dalam masyarakat (*ius constituendum dan ius constitutum*). Sebagaimana sejatinya gerakan konstitusi itu lahir karena keinginan untuk membatasi kekuasaan, yang dimaksudkan kekuasaan disini adalah terbangunnya suatu sistem ketatanegaraan yang berpijak tidak hanya dalam bentuk produk hukum penguasa, akan tetapi

74) GMC, Ibid. hlm. 233.

75) Regen B.S. *Politik Hukum*, CV Utomo, Bandung, 2006, hlm. 17-18. Lihat juga Mahfud MD *Politik Hukum di Indonesia*, Pustaka LP3ES, 2001.

bagaimana itu terbangun dari pijakan diatas nilai dan norma yang hidup ditengah-tengah masyarakat, yang juga harus sesuai dengan cita-cita bersama dalam sebuah nation. sehingga kemudian output yang dihasilkan adalah suatu bentuk kekuasaan yang mencerminkan; pertama, Kewibawaan, dimana negara memiliki kewibawaan baik itu dalam pengertian tradisional, maupun dalam pemahaman modern. Kedua, Kedaulatan yang kuat berkarakter baik secara nasional maupun internasional.

Dalam interrelasinya, perumusan unsur-unsur negara hukum memang tidak terlepas dari falsafah, dan sosio-politik yang melatarbelakanginya, terutama pengaruh filsafat individualisme, yang berarti menempatkan individu atau warga negara sebagai *primus inter pares* dalam kehidupan bernegara. Oleh karena itu unsur pembatasan kekuasaan negara untuk melindungi hak-hak individu menempati posisi signifikan (HAM). Yang kemudian dalam perkembangan demokrasi model ini disebut sebagai demokrasi konstitusional, dengan ciri khas bahwa pemerintahan demokrasi adalah pemerintahan yang terbatas kekuasaannya dan tidak dibenarkan bertindak sewenang-wenang terhadap warga negaranya⁸².

Dalam konteks negara hukum dan demokrasi konstitusional, nilai dan norma menjadi bangunan dasar guna membangun kultur politik hukum yang secara sosiologis mampu menyentuh lapisan atas dan lapisan bawah masyarakat, mencegah pendangkalan, tanpa menggeser kebudayaan dan kearifan lokal. Dalam prakteknya serta pemahamannya di tiap negara tentu berbeda-beda, hal ini disebabkan juga dengan munculnya aliran-aliran yang berusaha menterjemahkan hukum (positivisme) dalam masyarakat (sosiologisme) dan masyarakat dalam hukum, oleh karenanya sangatlah penting membedakan keduanya (antara positivisme dan sosiologisme), guna mendapatkan pengerucutan terhadap makna serta konteks aplikasinya terkait negara hukum, dan demokrasi konstitusional. Berikut uraiannya⁸³ :

- a) Positivisme memandang hukum tidak lain adalah kaidah-kaidah yang tercantum dalam perundang-undangan, sedangkan sosiologisme memandang hukum adalah kenyataan dalam masyarakat, ia mempelajari

76) Syaiful Bakhri, Ibid. hlm. 134-135.

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

bagaimana dan mengapa dari tingkah laku sosial yang berhubungan hukum dan pranata-pranata hukum sebagaimana kita lihat. Dengan kata lain kaum positivism melihat hukum itu “*law in a books*”, sedangkan kaum sosiologisme melihat hukum ialah “*law in action*”.

- b) Positivisme hanya mempersoalkan hukum sebagai “*das sollen*” (apa yang seharusnya), sedangkan sosiologisme memandangnya sebagai “*das sein*” (dalam kenyataannya);
- c) Positivisme memandang hukum sebagai sesuatu yang otonom atau mandiri, sedangkan sosiologisme memandang hukum bukan sesuatu yang otonom, melainkan sangat dipengaruhi oleh faktor-faktor non hukum yang ada dalam suatu masyarakat, seperti factor ekonomi, politik, budaya dan sosial lainnya;
- d) Positivisme cenderung berpandangan yuridis-dogmatik, sedangkan sosiologisme berpandangan empiris, mereka ingin melakukan pemahaman secara sosiologis terhadap fenomena hukum. Jadi *interpretative understanding of social conduct* (yakni segala usaha untuk memahami objeknya dari segi tingkah laku sosial);
- e) Sementara metode yang digunakan oleh kaum positivism adalah perskriptif, yaitu menerima hukum positif dan penerapannya, sedang metode kaum sosiologisme adalah deskriptif, yaitu mengkaji hukum dengan menggunakan teknik-teknik seperti : survey, observasi perbandingan, dan analisis statistic;

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

(Nilai)

- 1) Nilai (*value*) mengacu pada pertimbangan terhadap suatu tindakan, benda, cara untuk mengambil keputusan apakah sesuatu yang bernilai benar (mempunyai nilai kebenaran), indah (nilai keindahan/estetik), religius (nilai ketuhanan). Nilai merupakan kumpulan sikap dan perasaan-perasaan yang diwujudkan melalui perilaku yang mempengaruhi perilaku sosial orang yang memiliki nilai. Nilai merupakan sikap-sikap dan perasaan yang

diterima secara luas oleh masyarakat dan merupakan dasar untuk merumuskan yang benar dan penting;

- 2) Nilai sosial lahir dari kebutuhan kelompok sosial akan seperangkat ukuran untuk mengendalikan beragam kemauan warganya yang senantiasa berubah dalam berbagai situasi. Suatu masyarakat akan tahu mana yang baik dan mana atau buruk, benar atau salah, dan boleh atau dilarang. Nilai sosial yang terbukti langgeng dan (tahan zaman) akan membaku menjadi sistem nilai budaya. Berdasarkan sistem yang abstrak dinamika kehidupan masyarakat menjadi terarah dan stabil;

Menurut Horton dan Hunt dalam J.Dwi Narwoko & Bagong Suyanto nilai adalah gagasan mengenai apakah suatu pengalaman berarti atau tidak berarti. Menjelaskan, Nilai pada hakikatnya mengarahkan perilaku dan pertimbangan seseorang, tetapi tidak menghakimi apakah sebuah perilaku tertentu salah atau benar. Nilai adalah suatu bagian penting dari kebudayaan. Suatu tindakan dianggap sah artinya secara moral dapat diterima kalau harmonis dengan nilai-nilai yang disepakati dan dijunjung oleh masyarakat di mana tindakan itu dilakukan.

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

(Norma)

- 1) Norma sosial merupakan pengertian yang meliputi bermacam-macam hasil interaksi kelompok, baik hasil-hasil interaksi dari kelompok-kelompok yang telah lampau maupun hasil interaksi kelompok yang sedang berlangsung. Termasuk semua nilai sosial, adat istiadat, tradisi, kebiasaan, konvensi, dan lain-lain. Norma sosial adalah patokan-patokan umum mengenai tingkah

laku dan sikap individu anggota kelompok yang dikehendaki oleh kelompok mengenai bermacam-macam hal yang berhubungan dengan kehidupan kelompok yang melahirkan norma-norma tingkah laku dan sikap-sikap mengenai segala situasi yang dihadapi oleh anggota-anggota kelompok;

- 2) Norma adalah patokan perilaku dalam suatu kelompok masyarakat tertentu. Norma disebut pula peraturan sosial menyangkut perilaku-perilaku yang pantas dilakukan dalam menjalani interaksi sosialnya. Keberadaan norma dalam masyarakat bersifat memaksa individu atau suatu kelompok agar bertindak sesuai dengan aturan sosial yang telah terbentuk sejak lama. Norma tidak boleh dilanggar. Siapa yang melanggar norma atau tidak bertingkah laku sesuai dengan ketentuan yang tercantum dalam norma, akan memperoleh hukuman. Norma merupakan hasil buatan manusia sebagai makhluk sosial. Pada awalnya, aturan dibentuk secara tidak sengaja. Lama-kelamaan norma-norma disusun atau dibentuk secara sadar. Norma dalam masyarakat berisi tata tertib, aturan, petunjuk standar perilaku yang pantas atau wajar. Pada dasarnya, norma disusun agar hubungan di antara manusia dalam masyarakat dapat berlangsung tertib sebagaimana yang diharapkan. Misalnya, cara makan, bergaul, berpakaian merupakan norma-norma yang menjadi acuan dalam berinteraksi;

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

- i. Norma agama adalah peraturan sosial yang sifatnya mutlak dan tidak dapat ditawar-tawar atau diubah ukurannya karena berasal dari Tuhan. Biasanya norma agama tersebut berasal dari ajaran agama dan kepercayaan-kepercayaan lainnya (religi). Pelanggaran terhadap norma ini dikatakan berdosa.
- ii. Norma kesusilaan adalah peraturan sosial yang berasal dari hati nurani yang menghasilkan akhlak, sehingga seseorang dapat membedakan apa yang dianggap baik dan apa yang pula dianggap buruk. Pelanggaran terhadap

norma ini berakibat sanksi pengucilan secara fisik (dipenjara, diusir) ataupun batin (dijauhi).

- iii. Norma kesopanan adalah peraturan sosial yang mengarah pada hal-hal yang berkenaan dengan bagaimana seseorang harus bertingkah laku yang wajar dalam kehidupan masyarakat. Pelanggaran terhadap norma ini akan mendapatkan celaan, kritik, dan lain-lain tergantung pada tingkat pelanggaran.
- iv. Norma kebiasaan adalah sekumpulan peraturan sosial yang berisi petunjuk atau peraturan yang dibuat secara sadar atau tidak tentang perilaku yang diulang-ulang sehingga perilaku menjadi kebiasaan individu. Pelanggaran terhadap norma ini berakibat celaan, kritik, sampai pengucilan secara batin.
- v. Norma hukum adalah aturan sosial yang dibuat oleh lembaga-lembaga tertentu, misal pemerintah, sehingga dengan tegas dapat melarang serta memaksa orang untuk dapat berperilaku sesuai dengan keinginan pembuat peraturan itu sendiri. Pelanggaran terhadap norma ini berupa sanksi denda sampai hukuman fisik;

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

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

- a) Landasan Filosofis, yakni sebagai suatu falsafah, pandangan hidup suatu masyarakat dalam berbangsa dan bernegara, yang ketika dituangkan dalam

suatu konstitusi tiada lain berisi nilai-nilai moral dan etika dari satu bangsa tersebut, demikianpun hal ini akan menjadi rujukan untuk membentuk aturan hukum selanjutnya;

- b) Landasan Yuridis, yakni menjadi ketentuan esensial, menjadi dasar hukum bagi pembuatan suatu peraturan;
- c) Landasan Sosiologis, yakni konstitusi dalam aplikasi haruslah sesuai kenyataan dalam prakteknya, dan mampu menyentuh lapisan dimensi masyarakat sedalam-dalamnya, bukan seluas-luasnya, serta bukan hanya menjadi sekedar teks yang memuat kaidah-kaidah hukum;
- d) Landasan Politik, yakni sebagai garis kebijaksanaan politik dalam rangka menciptakan suatu arah masa depan bangsa yang menjunjung tinggi nilai luhur serta memelihara norma-norma dalam masyarakat secara aktif, dan kolektif;

BAB IV
REFORMASI KONSTITUSI INDONESIA
DALAM SPASIOTEMPORAL

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

A.M. Fatwa

A. SEBELUM REFORMASI KONSTITUSI

1. Sejarah Ketatanegaraan Indonesia

a. Proklamasi 1945 Sebagai Identitas Yuridis - Formil

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

b. BPUPKI

(Badan Penyelidik Usaha-usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia)

Gelora dan tekad rakyat Indonesia untuk merdeka dari imperialisme dan kolonialisme telah menyatukan perbedaan suku dan budaya rakyat, dan melalui organisasi-kelompok perjuangan yang terbentuk kala itu (Budi Utomo, Sarekat Islam, Jong Ambon, Celebes, Sumatera, dan lain-lain) menandakan bahwa era

baru bagi bangsa ini telah dimulai, bahwa kemerdekaan harus diperjuangkan, hingga akhir, dengan semboyan “merdeka atau mati”. Hingga, kemudian perjuangan tersebut, seiring dengan momentum situasi internasional yang sedang chaos (perang dunia kedua), dimana kondisi tersebut memaksa jepang harus menyerah dan membebaskan wilayah-wilayah jajahannya.

Kemudian didepan resepsi istimewa “*the Imperial Dies*” ke 85, pada 7 september 1944 PM jepang Kuniaki Kaiso mengumumkan “*the Japanese empire announce the future independence of all Indonesian people*” (kekaisaran dengan ini mengumumkan kemerdekaan pada masa yang akan datang bagi segenap rakyat Indonesia)⁸⁴. Berdasarkan ultimatum tersebut, kemudian dibentuklah suatu panitia dengan nama Dokuritsu Zyumbi Tyosokai, atau lebih dikenal sebagai BPUPKI yang dilantik pada 28 mei 1945. Tugas utama panitia ini, adalah: mempersiapkan rancangan konstitusi sebagai dasar negara Indonesia. BPUPKI beranggotakan 62 orang, yang diketuai, oleh: Dr. Radjiman Wedyodiningrat.

BPUPKI mengadakan sidang-sidangnya mulai dari tanggal 29 Mei 1945 sampai dengan tanggal 16 juli 1945. Sidang-sidang tersebut terbagi dua, *sidang pertama* diadakan pada 29 mei 1945 sampai dengan tanggal 1 juni 1945, sedangkan *sidang kedua* berlangsung pada tanggal 10 juli 1945 sampai dengan tanggal 16 juli 1945⁸⁵.

Dalam *sidang pertama*, pokok bahasan utamanya adalah “dasar negara Indonesia”, adapun gagasan yang lahir dalam sidang pertama ini dapat ditelusuri lewat pendapat tiga tokoh, yakni Muhammad Yamin, Soepomo, dan Soekarno.

Dimulai dari usulan yang disampaikan oleh Muhammad Yamin secara lisan dalam pidatonya dihari pertama sidang yaitu:

- i. peri kebangsaan;
- ii. peri kemanusiaan;
- iii. peri ketuhanan;
- iv. peri kerakyatan, dan
- v. peri keadilan;

78) Alwi Wahyudi, Ibid. hlm 6.

79) Sri Soemantri, *Prosedur dan sistem perubahan Konstitusi, Alumni Bandung*, 2006, hlm. 31.

Yamin mengemukakan⁸⁶, bahwa negara yang hendak dibentuk adalah negara yang berdasarkan kebangsaan dan ketuhanan, ia membedakan negara kebangsaan dan ketuhanan dalam Indonesia baru dengan Indonesia lama di jaman Sriwijaya dan Majapahit. Negara Sriwijaya didirikan berdasar atas dasar kedatuan yang selaras dengan kepercayaan “magis” dan agama Budha Mahayana, sementara negara Majapahit disusun atas paham ke prabuan dan bersandar pada paduan antara agama Syiwa dan Budha, menjadi agama Tantrayana.

Tujuan kemerdekaan Indonesia menurut Yamin sama artinya dengan dasar kemanusiaan yang berupa kedaulatan rakyat atau kedaulatan negara. Usaha membentuk negara Indonesia berisi perjuangan untuk meraih status politik yang berharga sama dengan status internasional yang sempurna. Bangsa Indonesia tidak akan menerima status dominion yang setinggi apapun dan negara protektorat atau mandat walaupun dilindungi negara manapun. Kedaulatan rakyat dan Indonesia merdeka adalah berdasar kemanusiaan universal, berisi humanisme dan internasionalisme bagi segala bangsa. Dasar perikemanusiaan adalah dasar universalisme dalam hukum internasional dan norma kesusilaan bagi segala bangsa dan negara merdeka⁸⁷.

Selanjutnya adalah Soepomo menyampaikan pendapatnya pada tanggal 31 mei 1945, bahwa yang pertama yang harus dibicarakan dan disepakati dulu oleh BPUPKI sebelum membahas soal persatuan negara dengan agama, bentuk negara serikat, republik atau monarchi adalah terlebih dahulu dibahas soal pengertian negara dan pengertian yang dianut oleh negara tersebut atau staatside. Dikemukakannya bahwa ada beberapa aliran pemikiran tentang negara yaitu⁸⁸;

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

80) Sudaryanto, *Filsafat Politik Pancasila – Refleksi Atas Teks Perumusan Pancasila*, KEPEL PRESS, Yogyakarta, 2007, hlm. 113.

81) Sudaryanto, *Ibid.* hlm. 123.

82) Mahfud MD, *Ibid.* hlm. 38.

masyarakat itu (*contract social*) seperti yang terdapat dalam susunan hukum negara di Eropa Barat dan Amerika.

Kedua, aliran pikiran atau paham golongan (*class theory*) seperti diajarkan Marx, Engels, dan Lenin. Dalam paham ini negara dianggap sebagai alat dari suatu golongan (suatu kelas tertentu) untuk menindas golongan (kelas) yang lain. Negara menurut aliran ini merupakan alat dari golongan yang mempunyai kedudukan ekonomi yang kuat untuk menindas golongan ekonomi lemah, sedangkan negara kapitalistik sebagai perkakas bourgeoisie untuk menindas kaum buruh. Karena pemahannya yang seperti itu maka golongan Marxis menganjurkan adanya revolusi politik dari kaum buruh dapat ganti menindas kaum bourgeoisie.

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

Menurut Soepomo⁸⁹ dari berbagai aliran pikiran dan contoh diberbagai negara didunia maka aliran pikiran Nasionalis-sosialis, yaitu prinsip persatuan antara pemimpin dan rakyat serta persatuan dalam negara sepenuhnya merupakan aliran yang cocok dengan aliran pikiran ketimuran dan corak masyarakat Indonesia. Dalam pidatonya Soepomo mengatakan:

“manusia sebagai seseorang tidak terpisahkan dari seseorang yang lain atau dari dunia lain, golongan-golongan manusia, malah segala golongan makhluk, segala sesuatu bercampur baur dan bersangkutan paut, segala sesuatu

83) Mahfud MD, Ibid. hlm. 39.

berpengaruh-mempengaruhi dan kehidupan mereka bersangut-paut. Inilah ide totaliter, ide integralistik dari bangsa Indonesia, yang berwujud juga dalam susunan tatanegaranya yang asli...

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

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

Pendapat berikutnya adalah Soekarno, dalam pidatonya didepan sidang BPUPKI pada tanggal 1 juni 1945, Soekarno mengartikan dasar negara Indonesia merdeka sebagai “*philosofische grondslag*”⁹⁰ yaitu fundamen, filsafat, pikiran yang sedalam-dalamnya bagi berdirinya negara Indonesia. ia mengusulkan⁹¹ lima asas sebagai dasar negara yakni:

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

Oleh Soekarno kemudian diberi nama Pancasila (lima dasar) berdasarkan usulan salah satu temannya yang ahli bahasa. Dalam teori Soekarno, Pancasila itu

84) Sudaryanto, Ibid. hlm. 5.

85) Alwi Wahyudi, Ibid. hlm 6-7.

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

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

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

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

Kemudian pada *sidang kedua*, dibentuklah panitia kecil yang terdiri dari 9 orang, yaitu; Soekarno, Wahid Hasyim, Hatta, A. Maramis, Abikusno Tjokrosujono, AK. Mudzakir, H. Agus Salim, Akhmad Subardjo, dan Mohammad

Yamin⁹². Panitia kecil ini kemudian menghasilkan sebuah kesepakatan, yang oleh Yamin diberi nama “*Jakarta charter*” atau Piagam Jakarta, dan oleh Dr. Soekiman disebut sebagai “*gentlemen agreement*”. Yang kemudian ditetapkan di Jakarta pada tanggal 22 juni 1945, dimana memuat dasar negara (pancasila) yang tersusun dalam rancangan naskah Mukaddimah Undang-Undang Dasar negara. Selanjutnya dua hari kemudian (15-16 juli 1945) sidang dilanjutkan dengan materi pokoknya adalah membicarakan mengenai batang tubuh Undang-Undang Dasar yang dirancang oleh sub-panitia yang diketuai oleh Soepomo.

Piagam jakarta memang sangat controversial, dimana telah terjadi pergulatan argumentasi antara “kelompok nasionalis” dan “kelompok islam”, hal tersebut kemudian menghasilkan sebuah kompromi dan ketidakjelasan konsepsi terkait beberapa kalimat yang termaktub dalam piagam tersebut, yang akhirnya pada persidangan pertama PPKI tanggal 18 agustus 1945, berdasar atas usulan yang masuk kepada kepada Zumokyoku (kantor administrasi), maka pernyataan “ketuhanan, dengan kewajiban menalakan syariat islam bagi pemeluk-pemeluknya” dalam Pembukaan UUD maupun dalam pasal 29 ayat 1 (semula pasal 28 ayat 1) diganti dengan “ketuhanan yang mahaesa”.

Selain itu pernyataan pasal 6 ayat 1 yang berbunyi “presiden ialah orang Indonesia asli, pernyataan “yang beragama islam” dicoret. Adapun alasannya sebagaimana pernyataan Hatta (sebagai wakil ketua PPKI) oleh karena kita semua ialah menyatakan bangsa Indonesia seluruhnya, supaya dalam masa yang genting ini kita mewujudkan persatuan yang bulat maka pasal-pasal yang bertentangan dikeluarkan dari Undang-Undang Dasar⁹³.

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

86) Alwi Wahyudi, Ibid. hlm. 12.

87) Sudaryanto, Ibid. hlm. 121.

c. PPKI

(Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia)

Setelah BPUPKI dibubarkan, tanggal 9 agustus 1945 dibentuklah kepanitian baru dengan nama Dokuritsu Zyunbi Inkai atau Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI). Panitia ini diketuai oleh Ir. Soekarno dengan wakilnya Drs. Muhammad Hatta, beranggotakan 21 orang yang kemudian ditambah 6 orang menjadi 27 orang. Para anggota PPKI berasal dari rakyat Indonesia yang mewakili masing-masing daerah asalnya yang boleh dikatakan sebagai “badan perwakilan⁹⁴”.

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

- 1) Undang-Undang Dasar 1945;
- 2) Undang-Undang Dasar 1945 sebagai Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia;
- 3) Ir. Soekarno dan Drs. Mohammad Hatta sebagai Presiden dan Wakil Presiden Republik; Indonesia;
- 4) Pekerjaan Presiden untuk sementara dibantu oleh sebuah Komite Nasional;

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

88) Alwi Wahyudi, Ibid. hlm. 16.

*diingat benar-benar oleh tuan-tuan agar kita ini hari bisa selesai dengan Undang-Undang Dasar ini*⁹⁵.

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

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

Dengan demikian sejak terpilihnya Presiden dan Wakil Presiden dalam sidang PPKI, maka secara formal, Negara Republik Indonesia sebagai sebuah negara yang secara *de facto* dan *de jure* telah memenuhi syarat sahnya suatu negara, yakni⁹⁶ :

- 1) Rakyat Negara Indonesia, Yaitu seluruh bangsa Indonesia;
- 2) Wilayah negara Indonesia, yaitu tanah air Indonesia yang dahulu dinamakan Hindia-Belanda (dari Sabang sampai Merauke yang terdiri dari 13.500 pulau-pulau kecil);
- 3) Kedaulatan, yaitu sejak mengucapkan proklamasi kemerdekaan Indonesia;
- 4) Pemerintah negara Indonesia telah ada semenjak terpilihnya Presiden dan Wakil Presiden atas dasar UUD 1945 sebagai pucuk pimpinan pemerintahan dalam negara;
- 5) Tujuan negara, ialah mewujudkan masyarakat Indonesia yang adil dan makmur berdasarkan pancasila;
- 6) Bentuk negara Indonesia, sebagaimana tertuang dalam pasal 1 ayat 1 UUD 1945 ialah “negara kesatuan berbentuk republik”;

Dengan demikian maka, BPUPKI dan PPKI adalah sebuah proses politik menuju identitas sebagai negara merdeka dan berdaulat, yang kemudian melalui Proklamasi kemerdekaan pada tanggal 17 agustus 1945 maka dalam perspektif hukum tatanegara momentum tersebut ialah suatu “*source of the source*” yakni dasar daripada segala dasar ketertiban baru ketatanegaraan Indonesia dengan

89) Alwi Wahyudi, Ibid. hlm 19.

90) Titik Triwulan Tutik, Ibid. hlm. 112-113.

disahkannya Undang-Undang Dasar 1945 yang mengandung arti sebagai hukum dasar, juga merupakan sumber hukum guna menyempurnakannya dimasa depan. Sebab para the founding father menyadari betul kenyataan sebagai negara yang baru merdeka, dan masih harus melakukan banyak hal. Berdasarkan kenyataan itulah PPKI juga menyadari bahwa untuk menyelenggarakan pemerintahan menurut UUD 1945 tidak dapat dilaksanakan sesingkat mungkin, untuk itu masih diperlukan masa-masa peralihan.

2. Ketatanegaran Indonesia dalam Pergulatan Politik

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

Sejak proklamasi kemerdekaan pada tanggal 17 agustus 1945, dan Dengan disahkannya UUD 1945 oleh PPKI sebagai hukum dasar negara Indonesia merdeka pada tanggal 18 agustus 1945, maka dimulailah lembaran baru ketatanegaraan Indonesia. sebagaimana disebutkan sebelumnya bahwa pelaksanaan UUD 1945 tidak dapat dilaksanakan sesingkat mungkin, namun tidak lebih dari satu setengah bulan terjadi perubahan ketatanegaraan dengan keluarnya Maklumat Wakil Presiden (Hatta) No. X tanggal 16 oktober 1945. Isi dari maklumat menyebutkan, Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) sebelum terbentuk MPR dan DPR disertai tugas legislatif dan menetapkan GBHN,serta menyetujui pekerjaan Komite sehari-hari berhubungan dengan gentingnya keadaan, dijalankan oleh sebuah badan pekerja yang dipilih diantara mereka dan bertanggung jawab kepada Komite pusat⁹⁷.

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

91) Titik Triwulan Tutik, Ibid. hlm. 117.

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

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

Dalam sejarah keberlakuan UUD 1945 ternyata tidak berlangsung lama. Belum lagi mencapai usia lima tahun UUD ini diganti dengan Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) yang berlaku sejak tanggal 27 desember 1949. Pergantian UUD ini terjadi karena terjadinya perubahan bentuk negara dari Negara Kesatuan Republik Indonesia berdasar UUD 1945 diganti dengan Negara Indonesia Serikat (federal) yang berdasar Konstitusi RIS. Hal itu akibat perubahan situasi dan kondisi politik serta militer di tanah air, dimana Belanda ternyata tetap berupaya menjajah kembali Indonesia dan dalam perkembangannya berhasil membuat beberapa negara kecil yang bersifat kedaerahan diberbagai wilayah tanah air⁹⁸.

Pembentukan “negara-negara boneka” yang disertai Agresi Militer I (1947) dan Agresi Militer II (1948) disengaja Belanda untuk mengupayakan terbentuknya negara federal di Indonesia dan Republik Indonesia hanya merupakan salah satu

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

anggota negara bagian. Dengan demikian, kekuasaan, pengaruh, wilayah, serta keberadaan Republik Indonesia akan jauh berkurang. Sebaliknya berdirinya sebuah negara federal dengan anggotanya sebagian merupakan “negara-negara boneka” menjadi perpanjangan tangan dan alat kepentingan kolonial Belanda.

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

Untuk kepentingan negara bentukan baru itu disusunlah sebuah UUD baru oleh delegasi RI bersama-sama delegasi BFO. Rancangan baru itu kemudian diterima oleh kedua belah pihak dan diberlakukan mulai tanggal 27 desember 1949 dan diberi nama Konstitusi Republik Indonesia Serikat. Pemberian nama Konstitusi dan bukan UUD menampakkan pengaruh paham yang menyamakan pengertian konstitusi dengan UUD seperti di beberapa negara barat antara lain A.S yang memberi nama UUD-nya *the constitution of the united state of America*⁹⁹.

Adapun persetujuan pokok yang dihasilkan dalam KMB ialah :

- i. Mendirikan Negara Republik Indonesia Serikat;
- ii. Penyerahan kedaulatan kepada Republik Indonesia Serikat;
- iii. Didirikan Uni antara Republik Indonesia Serikat dengan kerajaan Belanda;

Sementara bentuk persetujuan penyerahan kedaulatan itu sendiri meliputi :

- Piagam penyerahan kedaulatan;
- Status Uni;

93) Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *Reformasi Konstitusi Indonesia perubahan pertama UUD 1945*, Pustaka Indonesia Satu, Jakarta, 2000, hlm. 14.

- Persetujuan perpindahan¹⁰⁰;

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

Misalnya pada mekanisme pemilihan presiden, yakni oleh orang-orang yang dikuasakan oleh pemerintah bagian. realisasi ketentuan tersebut pada tanggal 16 desember 1949 dilakukan pemilihan presiden RIS, dan Ir. Soekarno terpilih dalam Pemilu tersebut dan dilantik pada 17 desember 1949, sementara untuk mengisi kekosongan jabatan presiden negara RI diangkatlah Mr. Asaat¹⁰¹. Selain itu, dalam pasal 186 UUD RIS disebutkan bahwa dewan Konstituante bersama-sama dengan pemerintah secepat-lekasnya menetapkan Konstitusi RIS, sehingga UUD RIS tersebut hanya bersifat sementara.

Yang menjadi ironi adalah dalam Mukaddimahnya terdapat rumusan Pancasila yang berbeda dengan rumusan dan sistematika Pancasila yang terdapat pada Pembukaan UUD 1945 (ketuhanan yang maha esa, peri kemanusiaan, kebangsaan, kerakyatan, keadilan sosial). Dengan demikian Mukaddimah Konstitusi RIS tersebut telah menghapuskan sama sekali jiwa, semangat, atau isi dari Pembukaan UUD 1945 sebagai penjelasan resmi Proklamasi Kemerdekaan Bangsa Indonesia. inilah yang kemudian membuka jalan bagi penafsiran pancasila secara bebas dan sesuka hati hingga menjadi sumber segala penyelewengan didalam sejarah ketatanegaraan Indonesia.

Karena itu Konstitusi RIS tidak dapat bertahan lama, menurut Dasril Radjab, sistem ketatanegaraan berdasarkan Konstitusi RIS tidak berumur panjang disebabkan isi Konstitusi itu tidak berakar dari kehendak rakyat dan bukan pula

94) Titik Triwulan Tutik, Ibid. hlm. 119-120.

95) Titik Triwulan Tutik, Ibid. hlm. 122-123.

merupakan keputusan politik dari rakyat Indonesia, akan tetapi merupakan rekayasa dari luar, baik dari pihak Belanda maupun PBB. Selanjutnya menginjak tahun 1950 telah muncul “Mosi Integral” yang dimotori oleh Mohammad Natsir (seorang tokoh Partai Masyumi). Mosi itu mendesak agar Indonesia segera kembali ke bentuk negara kesatuan.

Gagasan ini memperoleh dukungan luas dari berbagai negara bagian dan segera ditindaklanjuti dengan perundingan-perundingan antar negara-negara bagian. Kemudian terbitlah Undang-Undang Federal No. 7 tahun 1950 pada tanggal 15 agustus 1950. Isinya adalah Indonesia kembali menjadi negara kesatuan dengan memberlakukan Undang-Undang Dasar Sementara 1950 (UUDS 1950) yang merupakan hasil perubahan dari Konstitusi RIS. Yang menurut pandangan Moh. Mahfud MD hanya beberapa hal saja¹⁰².

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

Oleh karena itu menurutnya (Juniarto), pada hakekatnya penggantian Konstitusi RIS hanyalah prosedurnya saja yakni ditempuh melalui prosedur perubahan, yaitu melalui pasal 190, pasal 127a, dan pasal 191 Konstitusi RIS. Cara ini merupakan cara formal konstitusional yang dimungkinkan pada waktu itu, sebab apabila ditempuh cara penggantian UUD sebagaimana ditentukan dalam Konstitusi RIS yaitu pasal 196 tidak mungkin dapat dilakukan, disebabkan badan Konstituante belum terbentuk karena itu penggantian UUD ditempuh dengan cara perubahan.

Sebagaimana halnya dengan UUD 1945 dan Konstitusi RIS, UUDS 1950 juga sejak semula dimaksudkan berrlaku untuk sementara, baik ditinjau dari pasal 134 UUDS 1950 maupun dari namanya. UUDS 1950 sendiri memuat tentang

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

perlunya dibuat UUD yang permanen, untuk itu UUDS 1950 menentukan adanya lembaga pembentuk UUD yakni Konstituante yang anggota-anggotanya dipilih melalui pemilihan umum (kecuali wakil dari golongan minoritas apabila hasil pemilu untuk golongan-golongan tersebut tidak mencapai jumlah minimal yang ditentukan)¹⁰³. Konstituante inilah yang secara konstitusional diberikan tugas menetapkan UUD definitif bagi negara Republik Indonesia.

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

Jumlah keseluruhan anggota Konstituante yang dipilih melalui pemilihan umum adalah 514 orang. Selain itu terdapat 30 orang wakil golongan minoritas yang terdiri dari 12 wakil keturunan Cina, 12 wakil golongan Indo-Eropa, dan enam orang yang mewakili wilayah yang masih diduduki Belanda yaitu Irian Barat. Anggota-anggota Konstituante tergabung dalam 43 fraksi yang sangat beragam faham dan aliran politiknya. Adnan Buyung Nasution dalam disertasinya dengan obyek Konstituante membagi fraksi-fraksi didalam Konstituante ke dalam tiga fraksi yang masing-masing mendukung falsafah negara tertentu.

Pertama, blok Pancasila, yang menganggap bahwa ke lima sila Pancasila merupakan dasar negara; *Kedua*, blok Islam, yang mengajukan Islam sebagai dasar negara; dan *ketiga*, blok Sosial-Ekonomi yang mengajukan ekonomi sosialis dan demokrasi sesuai dengan pasal 33 dan pasal 1 dari UUD 1945 sebagai dasar negara¹⁰⁴. Sejak pelantikannya pada tanggal 10 november 1956 hingga sidang Konstituante terakhir pada tanggal 2 juni 1959, berlangsung tujuh kali sidang pleno. Diantara dua sidang pleno tersebut Panitia Persiapan Konstitusi (PPK)

97) Mahfud MD, Ibid. hlm. 63.

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

mengadakan rapat. PPK yang dibentuk pada tanggal 14 februari 1957 merupakan organ penting dalam Konstituante karena bertugas merumuskan dan membahas rancangan UUD¹⁰⁵.

Selama ini dalam pandangan sebagian pihak yang kemudian sering ditulis dalam buku pelajaran sejarah Indonesia, Konstituante dinilai telah gagal menjalankan tugas konstitusionalnya yakni merumuskan UUD. Penilaian demikian tanpa memahami hasil kerja Konstituante sampai dibubarkannya oleh presiden Soekarno pada tanggal 5 juli 1959 tampaknya di satu sisi harus dipertimbangkan lagi penilaian demikian, ditegaskan Adnan Buyung Nasution dalam disertasinya dengan obyek Konstituante, bahwa sebagaimana terbukti dari perdebatan-perdebatan yang berlangsung di Konstituante, para wakil rakyat atau pemuka bangsa yang dipilih oleh seluruh rakyat Indonesia benar-benar memperjuangkan aspirasi untuk mewujudkan konstitusi yang demokratis. Mereka berjuang untuk pengakuan dan jaminan bagi hak-hak asasi warga negara serta batas-batas kewenangan pemerintah dan kewajibannya untuk mempertanggungjawabkan penggunaan kekuasaan itu kepada rakyat¹⁰⁶.

Adnan Buyung Nasution lebih jauh menegaskan, bahwa mitos “ketidakberhasilan” Konstituante lebih merupakan rekayasa politik. Ia menyatakan, usaha anggota Konstituante untuk merampungkan tatanan yang akan memperkuat negara konstitusional sudah hampir selesai ketika rekayasa politik di luar Konstituante mematahkan dialog ini dan menyebabkan pembubaran Konstituante oleh Presiden Soekarno. Tindakan yang benar dengan menunjuk pada deadlock yang, menurut tuduhan pihak-pihak yang menentang usaha-usaha Konstituante, membuktikan bahwa badan tersebut tidak sanggup mengambil keputusan dan mengancam kesatuan bangsa¹⁰⁷.

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

100) Adnan Buyung Nasution, *Ibid.* hlm. xx.

101) Lihat Bagir Manan, *Reformasi Konstitusional*, hlm. 19.

Hasil-hasil yang dicapai dewan Konstituante dalam penilaian Adnan Buyung Nasution cukup besar. Ia menyebut tiga hal, pertama, penegasan komitmen terhadap demokrasi; kedua, penegasan komitmen terhadap HAM; dan ketiga, pengakuan atas masalah kekuasaan. Memang harus diakui keragaman paham dan aliran politik di tubuh Konstituante menyebabkan segala materi pembahasan tidak cepat mencapai titik kesepakatan dan persetujuan. Apalagi bagi masing – masing blok faksi masalah dasar negara menjadi keyakinan politik yang begitu sulit untuk dikompromikan. Apa yang terjadi dalam perdebatan mengenai dasar negara di tubuh Konstituante pada dasarnya hanyalah mengulang kembali apa yang pernah terjadi di forum BPUPKI dan PPKI tahun 1945. dapatlah dipahami bahwa dalam sisi yang lain kritik atas Konstituante adalah kesadaran kolektif kebangsaan mulai pudar akibat beragamnya paham.

b. Konstituante dan Dekrit Presiden 5 Juli 1959

(kebenaran yang dipalsukan atautkah kepalsuan yang dibenarkan)

Dalam kaitan dengan rancangan UUD, Konstituante sendiri sebenarnya telah berhasil memutuskan mengenai berbagai hal. Beberapa hal patut diungkapkan disini antara lain¹⁰⁸, mengenai bentuk pemerintahan bagi Indonesia (adalah republik), bahasa resmi, bendera nasional, lagu kebangsaan, lambing negara pejabat negara, dan keuangan negara. Dalam sal HAM, juga disetujui 19 butir HAM ditingkat sidang pleno, dan 22 butir HAM telah diambil keputusan untuk merumuskannya ditingkat PPK dengan dukungan mayoritas.

Diperkirakan apabila dibahas disidang pleno, hasil kerja panitia ini besar kemungkinan akan diterima karena memperoleh dukungan mayoritas. Kesepakatan fundamental mengenai HAM ini tercapai dan merupakan hasil Konstituante yang paling jelas, tidak dapat diragukan¹⁰⁹. Hasil kerja Konstituante dapat dibaca dalam “Piagam Bandung”¹¹⁰. Piagam ini bila dicermati telah cukup sistematis untuk menjadi bagian sebuah UUD dan mencakup banyak hal. Tetapi

102) Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, Ibid. hlm. 20.

103) Adnan Buyung Nasution, Ibid. hlm. xxxiii, 43.

104) Disebut demikian, kemungkinan besar karena disesuaikan dengan tempat sidang Konstituante di Bandung, Lihat Bagir Manan, Ibid.

harus diakui, tidak banyak pihak yang mengetahui maupun membaca isi “Piagam Bandung” ini, apalagi opini yang dibentuk selama ini bahwa Konstituante telah “gagal” sehingga mungkin menyebabkan orang bahwa tidak ada hasil apa-apa dari kerja Konstituante selama tiga tahun itu.

Secara ringkas isi “Piagam Bandung” itu dibagi kedalam tiga bagian yakni; keputusan-keputusan mengenai Rumusan Pasal, keputusan-keputusan mengenai Pokok Materi, dan tentang asas-asas dasar. Dalam keputusan-keputusan mengenai Rumusan Pasal berisi perincian buti-butir persetujuan Konstituante materi rancangan UUD, antara lain tentang wilayah negara, bentuk pemerintahan, bahasa negara, bendera negara, lagu kebangsaan, ibukota negara, hak-hak asasi manusia, dan hak-hak serta kewajiban warga negara. Sementara keputusan-keputusan mengenai pokok materi yang dihasilkan Konstituante antara lain, menyangkut tentang hak-hak serta kewajiban warga negara dan tentang hak-hak asasi manusia. Sedangkan asas-asas dasar meliputi, politik, ekonomi, sosial, dan kebudayaan.

Hal ini dipertegas salah seorang anggota Konstituante A. Syafiuddin yang menyatakan bahwa Konstituante telah menghasilkan 12 keputusan tentang materi-materi konstitusi dengan 157 pokok perumusan soal-soal dan pasal-pasal untuk Undang-Undang Dasar yang sedang disusun. Mengingat kinerja itu, ketua umum Konstituante Mr. Wilopo menyatakan bahwa Konstituante telah menyelesaikan 90 % dari tugasnya¹¹¹. Mungkin yang disebut sisanya (yaitu 10%) terutama adalah agenda penetapan dasar negara yang memang sampai detik terakhir sidang Konstituante belum mencapai kata sepakat antara blok Pancasila dan blok Islam.

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

105) Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, Ibid. hlm. 21.

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

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

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

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

- (a) Pembubaran Konstituante;
- (b) Menetapkan UUD 1945 berlaku lagi bagi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, terhitung mulai hari, tanggal penetapan Dekrit ini dan tidak berlakunya lagi UUDS 1950;

- (c) Pembentukan MPRS yang terdiri atas anggota DPR ditambah dengan utusan-utusan daerah dan golongan serta pembentukan DPA sementara;¹¹²

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

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

Dekrit itu merupakan produk dari pertemuan dua kehendak, yaitu kehendak Bung Karno dan kehendak Angkatan Darat. Soekarno menginginkan berlakunya kembali UUD 1945 karena ia tidak mau hanya menjadi sekedar simbol pemersatu bangsa yang tidak mempunyai kekuasaan politik, sedangkan Angkatan Darat yang telah meluncurkan konsepsi Dwifungsi sangat menginginkan pemberlakuan kembali UUD 1945 karena melalui UUD ini militer dapat ikut aktif dalam kegiatan politik dengan mendudukan wakil-wakilnya di MPR yang menurut TNI sesuai dengan ketentuan pasal 3 UUD 1945¹¹³.

106) Titik Triwulan Tutik, Ibid. hlm. 127.

107) Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, Ibid. hlm. 23.

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

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

Adapun hal lain yang menyangkut sebuah keputusan politik yang dari perspektif hukum adalah sebuah tindakan inkonstitusional ialah dekrit, dimana situasi integrasi kebangsaan diujung perpecahan akibat ulah Belanda maka Soekarno segera mengambil alih kembali dan menetapkan lagi UUD 1945 sebagai hukum dasar atau konstitusi Indonesia hari ini dan untuk masa depan terlepas dari kemungkinannya untuk di amandemen. Memang bukanlah hal yang mudah, merumuskan pembabakan sejarah ketatanegaraan RI, disatu sisi penuh dengan pergolakan, konspirasi serta manuver politik, dan disisi yang lain secara hukum tidak dapat disalahkan juga perihal demikian. Namun kesemuanya mengajarkan kepada Indonesia sejak dikembalikannya UUD 1945 sebagai Konstitusi negara Indonesia lagi saat itu hingga kini.

Dengan demikian suatu bangunan hukum dapat berdiri tegak jika ia lahir dari consensus kerakyatan yang murni serta mempunyai kesamaan kehendak menuju satu cita-cita, bebas dari intervensi dan pemengaruhan dari negara. Dan UUD 1945 meskipun darurat akan tetapi ia lahir dari keinginan luhur, meskipun terjadi perdepatan dari kubu religius dan nasionalis akan tetapi demi satu tujuan yakni “merdeka” maka semua itu kemudian ditanggalkan, consensus rakyat yang

demikian juga melahirkan “sumpah pemuda” melalui kongres pemuda-pemuda kala itu (1928). Bahwa dasar negara sebagai kaidah nilai dan norma yang tumbuh dalam masyarakat yang kemudian dituangkan oleh para the founding father kedalam sebuah naskah UUD bukanlah merupakan hal mudah, inilah juga yang membedakan antara BPUPKI, PPKI dan Konstituante yang telah syarat dengan kepentingan serta tidak lagi berada dalam semangat persatuan yang luhur membangun Indonesia sebagai sebuah negara kesatuan yang pluralistik.

c. Monolitik Militer Sebagai Tradisi Hegemoni Negara

(sebuah pengingkaran atas konstitusi)

Jika dibandingkan dengan waktu sebelumnya, garis politik yang ditempuh Soekarno dapatlah memperlihatkan kestabilan, lebih-lebih setelah dilakukan penyederhanaan kepartaian dan terbentuknya Front Nasional untuk membuat consensus bagi tujuan nasional. Akan tetapi ternyata kemudian Soekarno tidak berhasil meletakkan dasar yang kuat dalam proses penggantian kepemimpinan. Pertentangan dan konflik-konflik politik menjadi semakin tinggi terutama antara TNI dan PKI yang sama-sama mempunyai kekuatan riil dan kepribadiannya sendiri. Puncak atas konflik dan pertentangan itu kemudian terjadi pada tahun 1965 ketika pada tanggal 30 september 1965 PKI dibawah pimpinan Letkol Untung melakukan pemberontakannya yang kemudian lebih dikenal dengan “pemberontakan G 30 S/PKI”, namun pemberontakan ini berhasil dihancurkan oleh TNI yang dipimpin oleh Soeharto yang kala itu sebagai Panglima Strategi Angkatan Darat (Pangkostrad)¹¹⁴. Dengan demikian, babak baru ketatanegaraan Indonesia telah dimulai yakni oleh kepemimpinan nasional baru dengan label Orde baru, untuk membedakannya dengan era sebelumnya, yang oleh penguasa orde baru disebut “Orde lama”.

Tampilnya Orde baru di panggung politik dan ketatanegaraan Indonesia telah memunculkan sedikit kesadaran nasional baik ditingkat pemerintah, partai politik, dan ormas, maupun masyarakat luas untuk melaksanakan konstitusi secara lebih baik era sebelumnya. Kesadaran tersebut salah satu alasannya adalah untuk

108) Mahfud MD, Ibid. hlm. 59-60.

menghindari terjadinya kembali praktek ketatanegaraan masa Soekarno yang dipenuhi pelanggaran terhadap UUD 1945, hukum, dan HAM. Dari pergumulan pemikiran dan suasana psikologis bangsa yang demikian, pada akhirnya memunculkan consensus nasional untuk melaksanakan Pancasila dan UUD 1945 secara murni dan konsekuen¹¹⁵, komitmen ini merupakan usaha untuk menghentikan segala penyelewengan terhadap Pancasila dan UUD 1945.

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

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

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

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

sebesar 5:2, begitu juga perbandingan tersebut terlihat pada keanggotaan MPRS¹¹⁶.

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

“pertengahan dasawarsa 60-an adalah masa suram bagi perekonomian Indonesia. tingkat Produksi dan investasi diberbagai sektor utama menunjukkan kemunduran semenjak tahun 1950. pendapatan riil perkapita dalam tahun 1966 sangat mungkin lebih rendah daripada Dalam tahun 1938. Sektor industry yang menyumbangkan hanya sekitar 10% dari GDP Dihadapkan pada masalah pengangguran dalam kapasitas yang serius. Di awal dasawarsa Tersebut defisit anggaran belanja negara mencapai 50% dari keperluan total negara, penerimaan ekspor sangat menurun, dan selama tahun 1960 – 1966 hyperinflasi melanda negara ini dengan lumpuhnya perekonomian”¹¹⁷.

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

Sebagaimana telah dikemukakan sebelumnya, Orde baru memperlihatkan tampilnya militer secara terang-terangan ke langgam politik Indonesia serta juga sebagai pelaku utama yang berlindung dibalik Pancasila dan UUD 1945 telah membuat sendi-sendi demokrasi menjadi kaku dan cenderung beku, melalui Dwifungsi ABRI kala itu menjadikan hegemoni negara begitu kuat disemua aspek kehidupan rakyat yang dilaksanakan dengan otoriter. Senada dengan hal ini, Arief

110) Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, Ibid. hlm. 30.

111) Mahfud MD, Ibid. hlm. 63.

Budiman mengemukakan bahwa, konsep Dwifungsi pada kenyataannya telah membukakan pintu bagi ABRI untuk masuk dalam kegiatan ekonomi dan politik. Golongan militer kemudian menjadi pengelola dari berbagai perusahaan-perusahaan asing terutama perusahaan-perusahaan Belanda dan Amerika pada saat berlangsungnya konfrontasi dengan Malaysia.

Sebetulnya secara riil, sebelum lahirnya konsep Dwifungsi, militer sudah terlibat dalam kegiatan politik sejak awal berdirinya negara Republik Indonesia, meskipun pada mulanya melalui cara-cara yang tidak resmi. Pada tingkat pusat di zaman revolusi pembatasan bidang antara militer dan sipil memang tampak jelas. Tetapi musyawarah antara pemimpin pemerintahan dengan pemimpin militer seringkali dilakukan dan keputusan yang diambil terletak banyak dalam soal politik. Dipandang dari sudut ini militer bisa bersuara dalam bidang politik¹¹⁸. Sesuatu yang berarti bahwa masuknya militer dalam lapangan politik sudah berlangsung sejak awal perjalanan negara Republik Indonesia ini.

Yahya Muhaimin menyimpulkan bahwa sebenarnya TNI sejak lahirnya sudah committed dengan urusan-urusan non-militer, termasuk bidang politik, terutama pada para perwira yang mempunyai ideologi tertentu seperti; almarhum Jendral Soedirman, A.H. Nasution, TB Simatupang, atau perwira seperti Zulkifli Lubis. Peranan TNI dalam menanggulangi kejadian-kejadian peristiwa G 30 S/PKI, atau pada masa “aksi militer ke-2” bukan saja terdorong oleh karena fungsi TNI sebagai alat pertahanan negara, namun ada unsure politik yang beraksi dalam penyelesaian kejadian-kejadian semacam itu¹¹⁹.

Kecendrungan masuknya militer dalam bidang politik semakin kuat setelah pada tahun-tahun berikutnya mereka harus mengatasi baik ancaman dari luar (Belanda) maupun krisis dari dalam yaitu peristiwa penculikan politik 3 juli 1946 dan pemberontakan PKI di Madiun tahun 1948¹²⁰. Meskipun demikian turut sertanya militer secara terbuka dalam lapangan politik baru dimulai tahun 1952

112) Deliar Noer, *Perkembangan Demokrasi Kita – dalam Demokrasi dan Proses Politik*, LP3ES, Jakarta, 1986, hlm. 81.

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

114) Yahya A. Muhaimin, *Ibid.* hlm. 11-12.

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

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

Militerisme di Indonesia telah membungkam demokrasi bertameng konstitusi, ditengah kondisi yang demikian, beberapa nama perlu disebutkan disini karena telah berani menentang arus kekuasaan kala itu, antara lain; Prof. Dr. Harun Alrasid, S.H. yang pada tahun 1973 menjelang Sidang Umum MPR – ditengah konsolidasi kekuasaan Soeharto – mengusulkan agar MPR mengubah/mengamandemen UUD 1945. Sebuah kolom yang ditulisnya di majalah Tempo saat itu berisi “bapak-bapak anggota MPR ingatlah, ini ada amanat dari *the founding fathers*, tugas anda pertama adalah membuat UUD. UUD 1945 hanyalah UUD sementara¹²¹. Sebelumnya, pada awal berdirinya Orde baru tepatnya tahun 1968, Prof. Iwa Kusuma Sumantri, S.H. – salah seorang penyusun UUD 1945 – berusaha menerbitkan kembali buku yang berisi

115) Lihat dalam Bagir Manan, hlm. 32.

gagasannya tentang penyempurnaan UUD 1945 yang telah pernah diterbitkan pada tahun 1957 saat konstituante bersidang. Ia berpandangan bahwa UUD 1945 dibuat dalam keadaan darurat, mengingat situasi ketika itu memerlukan gerak cepat.

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

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

Dengan demikian, setelah melewati periode Revolusi dan Orde baru ketatanegaraan Indonesia telah mengalami suatu perkembangan yang cukup signifikan, setelah kini memasuki tahap reformasi seiring berjalannya waktu konstitusi Indonesia semakin diperbaiki melalui amandemen UUD 1945. Akan tetapi juga perlu ditekankan adalah hegemoni negara telah bergeser lebih soft. Tahap yang agak kritis barangkali tahap pembangunan akhir-akhir ini yang menuntut dimulainya pendekatan-pendekatan yang lebih manusiawi dalam pembangunan bangsa. Dengan kemungkinan yang harus dibuka seluas-luasnya guna meningkatkan kualitas manusia dan mempertinggi keberdayaan

masyarakatnya. Tuntutan seperti ini kini sudah merupakan suatu isuglobal, marak dalam kehidupan transnasional yang tak lagi mementingkan *state centrism*¹²².

Perkembangan seperti ini mestilah terus diantisipasi, dan cepat atau lambat mengharuskan para penyelenggara negara dan para administrator untuk merespon pergeseran-pergeseran peran yang tengah dan/atau akan terjadi, dengan sikap yang lebih positif, realistis, adaptif, dan tentu saja juga arif. Maka akan tibalah saatnya konstitusi-konstitusi yang menjadi dasar kekuasaan dan kewenangan negara ditafsir ulang untuk dipahami berdasarkan ide konstitusionalisme, ialah ide dan ideology yang menjadi dasar kekuatan bertumpu hak-hak rakyat yang tak lagi lagi sekali-kali berstatus sebagai hamba, sahaya, ataupun kawula, melainkan berstatus sebagai warga.

B. SETELAH REFORMASI KONSTITUSI

1. Substansi Pokok Hasil Amandemen

Konstitusi Indonesia telah mengalami beberapa fase sejarah yakni mulai dari Konstitusi RIS, UUDS hingga kemudian kembali ke UUD 1945. Dimana dalam fase-fase tersebut banyak sekali kasus-kasus inkonstitusional, terutama pada fase pra-amandemen pasca revolusi dan Orde baru. praktek-praktek inkonstitusional tersebut sebagai akibat dari pengaruh politik serta belum menguatnya konstitusionalisme dalam langgam ketatanegaraan Indonesia. setelah reformasi 1998 barulah kemudian aspirasi dan kritikan yang di era sebelumnya di tekan mulai mengemuka, termasuk wacana amandemen, sebagai agenda utama reformasi dan tuntutan nasional dalam prosesnya tentulah ada alasan mengenai pentingnya perubahan tersebut dan kenapa harus dilakukan, berikut uraiannya dari berbagai perspektif¹²³ :

i. Perspektif Filosofis

Pada tingkat filosofis, setiap UUD pada hakekatnya merupakan upaya untuk memperoleh kepastian hukum dalam memperoleh keadilan serta pembatasan kekuasaan terhadap kemungkinan bergeraknya kekuasaan atas

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

117) Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, *Ibid.* hlm. 55-56.

naluriannya sendiri (*power tends to corrupt*), yang akhirnya mengarah pada penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*). Sebagai upaya pembatasan, menciptakan sistem *check and balances*, serta berbagai upaya untuk memperoleh kepastian hukum dalam memperoleh keadilan, setiap UUD tentu sangat terbatas keberlakuannya karena terikat oleh ruang dan waktu. Artinya, tidak satupun UUD yang keberlakuannya sepanjang zaman dan telah memenuhi kebutuhan realitas sosial yang berubah. Sehingga setiap perubahan UUD pada hakekatnya merupakan konsekuensi logis bagi setiap keinginan untuk memenuhi tuntutan zaman. Oleh karena itu dalam konteks UUD 1945, ia juga tidak bebas dari keharusan terhadap kemungkinan terjadinya perubahan.

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

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

ii. Perspektif Historis

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

barangkali boleh dikatakan pula inilah *revolutiegrondwet*, nanti kita membuat UUD yang lebih sempurna dan lengkap”.

iii. Perspektif Sosiologis

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

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

Selain itu Soeharto memanfaatkan teks pasal 7 UUD 1945 untuk kepentingan politiknya agar terus berkuasa, sehingga pada akhirnya diangkat terus menerus menjadi presiden selama 7 kali. Sementara pasal 7 UUD 1945 apabila di pahami secara mendalam hanyalah dua kali masa jabatan presiden walaupun tetap ada pihak yang berpendapat tidak demikian. Perilaku 7 kali menjadi presiden secara terus menerus tentu saja tidak sesuai dengan ketentuan pasal ini, minimal melanggar semangat demokrasi agar terjadi suksesi dan generasi kepemimpinan nasional secara lebih cepat, dan lebih jauh dari itu menampakan dahaga kekuasaan yang luar biasa. Berbagai kebijakan dan perilaku Soeharto juga dipandang tidak sesuai dengan ketentuan pasal 33 UUD 1945. KKN yang merajalela, melakukan upaya represif melalui lembaga ekstra konstitusional yaitu Kopkamtib (Bakorstanas yang kini di likuidasi), dan tidak memberikan kebebasan berserikat,

berkumpul dan mengeluarkan pendapat sebagaimana di jamin dalam pasal 28 UUD 1945¹²⁴.

iv. Perspektif Yuridis dan Materi

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

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

Presiden menjadi pusat kekuasaan dengan berbagai hak prerogratif. Selain menguasai bidang eksekutif, presiden memiliki setengah dari kekuasaan legislatif; *kedua*, terlalu banyaknya atribusi kewenangan; *ketiga*, adanya pasal-pasal multitafsir, misalnya pada pasal 7 UUD 1945¹²⁵. Dengan demikian, amandemen atas UUD 1945 telah menjadi agenda utama reformasi, sebab melalui perubahan tersebut diharapkan kehidupan demokrasi dan ketatanegaraan di Indonesia mengalami perubahan pula, menata kembali kehidupan hukum, kemandirian

118) Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, Ibid. hlm. 62.

119) Slamet Effendy Yusuf & Umar Basalim, Ibid. hlm. 63.

ekonomi, serta kebebasan setiap orang untuk berserikat, berpendapat, serta menuntut hak-haknya kepada negara, dan untuk menegakkan keadilan dengan sebenar-benarnya.

Secara garis besar tahapan amandemen tersebut ialah sebagai berikut :

a. Amandemen Pertama UUD 1945

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

Sedangkan dalam kurun waktu 1967 – 1998, Presiden Soeharto pun telah melakukan penyimpangan konstitusional, dimana DPR yang menurut UUD 1945 dapat mengajukan usul inisiatif RUU, tidak dapat melakukan haknya. Semua RUU berasal dari pemerintah, sehingga melalui amandemen UUD 1945 dilakukan beberapa upaya; *Pertama*, mengurangi/mengendalikan Kekuasaan Presiden; *Kedua*, hak legislasi dikembalikan ke DPR, sedangkan presiden berhak mengajukan RUU kepada DPR.

b. Amandemen Kedua UUD 1945

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

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

c. Amandemen Ketiga UUD 1945

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

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

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

d. Amandemen Keempat UUD 1945

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

(8) aturan tambahandan aturan peralihan; dan (9) kedudukan penjelasan UUD 1945.

Dengan demikian, setelah disahkannya perubahan keempat UUD 1945 pada sidang tahunan MPR tahun 2002 lalu, agenda reformasi konstitusi Indonesia untuk kurun waktu yang sekarang ini dianggap dipandang telah tuntas. Mengingat perubahan UUD 1945 Indonesia dilakukan dengan cara ‘adendum’¹²⁶ Perubahan UUD 1945 yang dilakukan ditinjau dari dari jumlah Bab, Pasal, dan ayat Undang-Undang Dasar 1945 sebelum diubah terdiri dari 16 Bab, 37 Pasal, 49 Ayat, 4 Pasal Aturan Peralihan, dan 2 Aturan Tambahan. Adapun UUD 1945 setelah diubah (amandemen) terdiri dari 21 Bab, 73 Pasal, 170 Ayat, 3 Pasal Aturan Peralihan, dan 2 Pasal Aturan Tambahan. Berikut tabelnya :

Table 1

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

2. Memantapkan Dimensi Konstitusionalisme Pasca Amandemen UUD 1945

(mewujudkan dan menegakkan demokrasi konsensus)

Sebagaimana disebutkan sebelumnya di awal bab, bahwa tegaknya konstitusi memiliki kata kunci sebelum kemudian dijalankan dalam sebuah sistem ketatanegaraan, kata kunci tersebut ialah “Konsensus”. Jika kesepakatan (*consensus*) umum itu runtuh maka runtuh pula legitimasi kekuasaan negara yang bersangkutan, dan pada gilirannya terjadi perang saudara (civil war) atau revolusi

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

dapat terjadi¹²⁷. Hal ini misalnya tercermin dalam tiga peristiwa besar dalam sejarah umat manusia, yaitu revolusi penting yang terjadi di Prancis tahun 1789, di Amerika tahun 1776, dan Rusia pada tahun 1917, ataupun di Indonesia pada tahun 1945, 1965, dan 1998.

Adapun konsensus yang menjamin tegaknya konstitusionalisme di zaman modern pada umumnya dipahami bersandar pada tiga elemen kesepakatan (konsensus)¹²⁸ yaitu :

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

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

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

121) Jimly Asshidique, Ibid. hlm. 21.

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

Lima prinsip dasar bernegara tersebut dipakai sebagai dasar filosofis-ideologis untuk mewujudkan empat empat tujuan atau cita-cita ideal bernegara, yaitu : (i) melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah bangsa Indonesia, (ii) meningkatkan kesejahteraan umum, (iii) mencerdaskan kehidupan bangsa, dan (iv) ikut melaksanakan ketertiban dunia berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial¹²⁹.

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

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

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

123) Jimly Ashidique, Ibid. hlm. 22.

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

Konstitusi tidak sama dengan undang-undang yang dapat lebih mudah diubah, karena itulah mekanisme perubahan Undang-Undang Dasar memang seharusnya tidak diubah semudah mengubah undang-undang. Sudah tentu, tidak mudahnya mekanisme perubahan Undang-Undang Dasar memang sudah seharusnya tidak diubah semudah mengubah undang-undang. Sudah tentu, tidak mudahnya mekanisme perubahan Undang-Undang Dasar tidak boleh menyebabkan Undang-Undang Dasar itu menjadi terlalu kaku karena tidak dapat diubah. Konstitusi juga tidak boleh disakralkan dari kemungkinan perubahan seperti yang terjadi di masa Orde baru¹³⁰.

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

Dari ungkapan William G. Andrews tersebut sebelumnya, dapatlah ditarik pengertian konstitusionalisme mengatur dua hubungan yang saling berkaitan satu sama lain, yaitu; pertama, hubungan antara pemerintahan dengan warga negara;

124) Jimly Ashidique, Ibid. hlm. 23.

kedua, hubungan antara lembaga pemerintahan yang satu dengan lembaga pemerintahan yang lain. Karena itu, biasanya isi konstitusi dimaksudkan untuk mengatur mengenai tiga hal penting, yaitu :

- i. Menentukan pembatasan kekuasaan organ-organ negara;
- ii. Mengatur hubungan antara lembaga-lembaga negara yang satu dengan yang lain;
- iii. Mengatur hubungan kekuasaan antara lembaga-lembaga negara dengan warga negara;

Konstitusionalisme adalah gagasan bahwa pemerintah merupakan suatu kumpulan aktifitas yang diselenggarakan atas nama rakyat, tetapi yang tunduk kepada beberapa pematasan yang dimaksud untuk memberi jaminan bahwa kekuasaan yang diperlukan untuk pemerintahan itu tidak disalahgunakan oleh mereka yang mendapatkan tugas untuk memerintah, pembatasan yang dimaksud termaktub dalam konstitusi. Jadi konstitusi memiliki fungsi untuk mengorganisir kekuasaan agar tidak dapat digunakan secara paksa dan sewenang-wenang. Konstitusi dalam pengertian ini juga biasanya memuat nilai-nilai yang terdapat dalam prinsip klasik pemisahan kekuasaan seperti yang di formulasikan oleh Montesquieu dalam bukunya *L'Esprit des lois* (1748).

konstitusionalisme Indonesia menurut penjelasan UUD 1945 tersebut dapat disimpulkan dalam tujuh prinsip dasar yaitu¹³¹ (Ismail Sunny); *pertama*, negara hukum, *kedua*, sistem konstitusional, *ketiga*, kekuasaan tertinggi MPR, *keempat*, pemerintah yang bertanggung jawab, *kelima*, pemerintah yang berdasarkan perwakilan, *keenam*, pemerintah presidensial, dan *ketujuh*, pengawasan parlemen.

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

125) Lihat *Konstitusionalisme peran DPR dan judicial review – penyusun JARIM dan YLBHI*, disusun oleh Benny K. Harman, hlm. 17.

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

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

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

Mengenai pemerintah yang bertanggung jawab ditegaskan Presiden ialah penyelenggara pemerintah negara yang tertinggi di bawahnya majelis. Di bawah Majelis Permusyawaratan Rakyat. Presiden ialah penyelenggara pemerintah negara tertinggi, dalam menjalankan pemerintahan negara, kekuasaan dan tanggung jawab adalah di tangan Presiden. Kemudian mengenai pemerintah yang berdasarkan perwakilan ditegaskan, disampingnya Presiden ialah Dewan

Perwakilan Rakyat, Presiden harus mendapat persetujuan DPR untuk membentuk Undang-undang dan untuk menetapkan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara.

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

Mengenai pengawasan parlemen, ditegaskan kekuasaan kepala negara tidak tak terbatas. Meskipun kepala negara tidak bertanggung jawab kepada DPR, tidak dapat pula ditafsirkan “dictator”, artinya kekuasaan tidak tak terbatas, bahwa ia bertanggung jawab kepada MPR, kecuali itu ia harus memperhatikan sungguh-sungguh suara dari DPR, sebab kedudukan DPR adalah kuat secara konstitusional, Dewan ini tidak bisa di bubarkan oleh Presiden (berlainan dengan sistem parlementer). Oleh karena itu, DPR dapat senantiasa mengawasi (prinsip check and balance) tindakan-tindakan Presiden dan jika Dewan menganggap bahwa Presiden sungguh melanggar GBHN yang ditetapkan oleh UUD atau MPR, maka dapat diundang untuk persidangan istimewa untuk meminta pertanggung jawaban Presiden.

Lebih jauh soal gagasan konstitusi, pada hakekatnya konstitusi lahir sebagai suatu tuntutan dan harapan masyarakat untuk mencapai suatu keadilan¹³². Dengan didirikannya negara dan konstitusi, masyarakat menyerahkan hak-hak tertentu kepada penyelenggara negara. Namun, tiap anggota masyarakat dalam negara tetap mempertahankan haknya sebagai pribadi. Negara dan konstitusi didirikan untuk menjamin hak-hak asasi itu, dan hal tersebut pula yang menjadi titik tolak pembentukan negara dan konstitusi.

126) Taufiqurrohman Syahuri, *Tafsir Konstitusi Berbagai Aspek Hukum*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 32.

Dengan demikian, esensi konstitusionalisme minimal terdiri atas dua hal; *pertama*, konsepsi negara hukum yang menyatakan bahwa secara universal kewibawaan hukum haruslah mengatasi kekuasaan pemerintah yang karenanya hukum harus mampu mengontrol dan mengendalikan politik; *kedua*, konsepsi hak-hak sipil warga negara yang menggariskan adanya kebebasan warga negara dibawah jaminan konstitusi sekaligus adanya pembatasan kekuasaan negara yang dasar legitimasinya hanya dapat diperoleh oleh konstitusi (Soetandyo Wignjosoebroto, 1998).

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

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

keempat, kebebasan pers untuk mengungkap dan mengekspresikan kehendak, kejadian, dan aspirasi yang berkembang didalam masyarakat ataupun aspirasi institusi pers itu sendiri; *kelima*, partisipasi masyarakat dalam setiap

proses kenegaraan; *keenam*, pembuatan kebijakan yang tidak diskriminatif terhadap golongan, gender, agama, ras, dan ikatan primordial lainnya; *ketujuh*, akuntabilitas pemerintah terhadap masyarakat; *kedelapan*, terbukanya akses masyarakat bagi keputusan-keputusan negara dan pemerintah¹³³.

Konstitusionalisme, baik sebagai faham ataupun aliran yang bernilai filsafat dan budaya politik, pada hakekatnya merupakan doktrin yang mendasari kehidupan politik dan ketatanegaraan, bahkan mendasari kebijakan yang dilaksanakan oleh para pelaku politik dan birokrasi di berbagai negara dan masyarakat politik¹³⁴(Solly Lubis).

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

Dalam paradigma normatif, Indonesia secara formal sudah sejak tahun 1945 (UUD 1945 pra-amandemen) telah mendeklarasikan diri sebagai Negara hukum terbukti dalam penjelasan UUD 1945 pernah tegas dinyatakan “Indonesia adalah Negara yang berdasarkan hukum dan bukan Negara yang berdasarkan kekuasaan belaka”. Konsep Negara hukum Indonesia kemudian dipertegas melalui amandemen UUD 1945 hasil amandemen dalam pasal 1 ayat 3 yang menetapkan; “Negara Indonesia adalah Negara hukum”. Tanpa konsespsi Negara hukum maka aplikasi hukum ketatanegaraan menjadi bias, sebab ditataran praksis hal demikian sangat mempengaruhi proses demokrasi, sebagaimana terjadi dalam perjalanan

127) Mahfud MD, Ibid. hlm. 145-146.

128) *Lihat Konstitusionalisme Peran DPR dan Judicial Review* – disusun oleh JARIM dan YLBHI, disusun oleh Benny K. Harman, hlm. 59.

ketatanegaraan Indonesia. Interrelasinya terhadap seluruh aspek kehidupan masyarakat sangat bergantung kepada poros interaksi politik.

Akibatnya pun akan menyebabkan terjadinya wajah hukum yang ambivalen, multi fungsinya kewenangan, serta tidak terakomodirnya kesepakatan-kesepakatan tradisional atas modernisasi. Pertanyaannya adalah, apakah konsep Negara hukum Indonesia? Garry F. Bell dalam bukunya *The New Indonesian Laws Relating to Regional Autonomy Good Intentions, Confusing Laws* seperti dikutip Denny Indrayana : sebagai terminology Negara hukum (*a nation of law*) dalam konteks hukum Indonesia lebih mendekati konsep hukum continental (*Rechtsstaat*) dibandingkan *Rule of Law* di Negara-negara Anglo-Saxon, berbeda dengan Bell, R.M. Ananda B. Kusuma melihat bahwa republik Indonesia menganut asas *Rechtsstaat* continental dan asas *Rule of Law*¹³⁵.

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

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

Selain pertanyaan diatas, ada pertanyaan lain yang patut diajukan ialah, apakah konstitusionalisme sebagai suatu paham bagi kehidupan negara hukum telah membudaya sebagai doktrin politik dan ketatanegaraan serta mekanisme

129) Titik Triwulan Tutik, Ibid. hlm. 62-63.

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

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

Sewajarnya UUD berkata demikian, sesuai dengan kedudukan dan fungsi UUD sebagai konsep dasar manajemen nasional kita¹³⁶. Namun untuk pelaksanaannya, maka GBHN menyusul dan berfungsi menetapkan strategi dasar kebijakan yang menentukan sistem yang akan dikembangkan di negara ini, baik sistem pemerintahan maupun sistem hukum yang akan berlaku, baik pada skala nasional maupun daerah.

Dengan kata lain, konstitusionalisme itu sebagai doktrin strategis dan negara hukum sebagai salah satu sisi dari sistem kenegaraannya, memerlukan konsep strategis dalam penjabarannya. Bila bicara mengenai garis politik hukum secara nasional, haruslah mulai bicara mengenai “wawasan politik hukum nasional”. Tidak hanya mengemukakan segi-segi aksiologis dari hukum, tetapi juga kejelasan mengenai aspek ontologisnya. Dengan kata lain, tidak ada garis

130) Benny K. Harman, *Ibid.* hlm. 60.

politik yang tegas dan jelas mengenai postur dan sistem hukum yang akan dibina dan dikembangkan (Solly Lubis). Oleh karena itu, amandemen UUD 1945 menjadi tuntutan dasar dalam agenda reformasi, untuk menyongsong kehidupan ketatanegaraan yang lebih baik, dan dapat mengkomodir tuntutan dan kebutuhan rakyat di masa depan, juga merupakan ‘ruang’ dituangkannya gagasan strategis politik hukum sebagaimana diuraikan diatas, sebagai upaya menegaskan kembali bahwa Indonesia adalah negara konstitusional, dimana hukum adalah panglima, dan kedaulatan rakyat adalah kedaulatan tertinggi di negeri ini, sebagai negara hukum modern dan demokratis.

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

Wacana transisi dan konsolidasi yang membalut situasi pasca reformasi, telah menjadi kajian publik maupun akademisi tentang konstitusi yang sesuai dengan prinsip demokrasi dan selaras dengan pancasila. Transisi demokrasi sebagai salah satu fase dalam upaya demokratisasi yang memang harus dilalui, tentu mengandung banyak kemungkinan. Menurut Guilerno O’Donnel dan Schimter¹³⁷, paling tidak ada lima kemungkinan yang bisa terjadi dari suatu proses transisi demokrasi *pertama*, terbentuknya restorasi atau sistem otoriter

131) Lihat Dede Ismatullah, *Ilmu Negara Dalam Multi Perspektif, Masyarakat, Hukum dan Agama*, Pustaka Stia, Bandung, 2007, hlm. 119.

dalam bentuk baru; *kedua*, terjadi revolusi sosial yang disebabkan menajamnya konflik-konflik kepentingan ditengah masyarakat; *ketiga*, liberalisasi terhadap sistem otoriter yang dilakukan oleh penguasa pasca masa transisi, dengan tujuan mendapatkan dukungan politis dan mengurangi tekanan-tekanan masyarakat; *keempat*, merupakan kebalikan dari *ketiga*, yaitu penyempitan proses demokrasi dari sistem liberal kepada demokrasi limitatif; dan *kelima*, terbentuknya pemerintahan yang demokratis.

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

Amandemen UUD 1945 sebagai amanat demokrasi dan demokratisasi, semua kepentingan haruslah saling respek terhadap perbedaan sikap politik, Robert A. Dahl mengemukakan perihal demokrasi, bahwa ada enam lembaga politik yang dibutuhkan demokrasi, yakni¹³⁸ :

- (a) Para pejabat yang dipilih secara demokratis menjadi pemegang kendali terhadap segala keputusan pemerintahan mengenai kebijakan secara konstitusional artinya pemerintahan demokrasi modern merupakan demokrasi perwakilan;
- (b) Pemilihan umum yang jujur, adil, bebas dan periodik;
- (c) Kebebasan berpendapat, warga negara berhak menyatakan pendapat mereka sendiri tanpa halangan dan ancaman dari penguasa;
- (d) Akses informasi alternatif, artinya warga negara berhak mencari sumber-sumber informasi alternatif;
- (e) Otonomi asosiasional, yakni warga negara berhak membentuk perkumpulan-perkumpulan atau organisasi-organisasi yang relatif bebas, termasuk partai politik dan kelompok kepentingan;

132) Alwi Wahyudi, Ibid. hlm 211.

(f) Hak kewarganegaraan yang inklusif;

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

John Locke, memberikan pandangan tentang kewajiban negara, yaitu untuk memberikan perlindungan terhadap rakyat, ada beberapa kewajiban dari pemerintah yang harus dipegang untuk menjamin fungsi pemerintahan demi kepentingan masyarakat, yaitu :

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

Dengan terjadinya perubahan terhadap UUD 1945, diharapkan akan lebih menciptakan kultur masyarakat yang demokratis, yakni masyarakat yang kritis, konstruktif, dan berani. Menurut Muhaimin¹³⁹, bahwa nilai penting dalam demokrasi ialah bermusyawarah berdasarkan asas saling menghargai dan tunduk kepada *rule of law* yang pada akhirnya dapat menjamin terlindunginya hak asasi tiap-tiap manusia Indonesia.

133) Muhaimin AG. *Islam Dalam Bingkai Budaya Lokal Potret dari Cirebon*, Logos, Jakarta, 2002, hlm. 11.

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

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

BAB V
PROBLEMATIKA REFORMASI KONSTITUSI
(Suatu Analisis)
*“Represi atas kepentingan adalah termasuk
 Bagian dari kepentingan itu sendiri”*
(Jurgen Habermas)

E. KONSTRUKSI EPISTEMIK

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

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

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

Serta pendekatan empiris dimana pada kenyataannya reformasi konstitusi tersebut juga merupakan reformasi sistem pemerintahan baik itu eksekutif, legislatif, yudikatif, yang juga ikut melahirkan lembaga-lembaga negara baru dimana pada implementasinya tidak maksimal dan tidak tepat penguatannya secara konstitusional serta tumpang tindihnya kewenangan antar lembaga-lembaga negara.

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

Selain itu ada juga indikasi bahwa masa transisi dan konsolidasi demokrasi ini juga meneruskan warisan tradisi monolitik militer tapi dalam bentuk baru, juga pada pembagian kekuasaan melalui peran-peran lembaga negara pasca reformasi, sebagai bentuk hegemoni negara atas kedaulatan rakyat sebelum terjadinya reformasi memang telah melahirkan hukum-hukum publik yang berkarakter ortodoks, konservatif, elitis ini telah memutus mata rantai legitimasi tradisional, dimana sudah jauh dari identitas pluralistik, Indonesia yang kini tengah berkompromi, apakah nilai dan norma yang telah tumbuh, dan hidup ditengah-tengah masyarakat itu harus diruntuhkan dan diganti dengan konsep liberalisme, bertumpu pada individualisme, yang pada akhirnya kemudian paham integralistik hanya menjadi bagian dari sejarah ketatanegaraan Indonesia.

Oleh karena itu, melalui analisis ini penulis perlu mengkritik bahwa hukum bukanlah sebatas apa yang diungkapkan Pound; *law is a tool of social engineering*, dari perspektif legitimasi sebagai dasar dari berfungsinya kekuasaan bisa bermacam-macam tafsirnya, sehingga penting untuk meletakkan fungsi legitimasi dalam negara secara tepat, dan hukum di Indonesia haruslah meletakkan salah satu legitimasi penting yakni; legitimasi tradisional sebagai bagian yang diakui dan di posisikan sebagaimana mestinya, dan harus terlepas dari kelembagaan negara yang patut dihormati dan menjadi pertimbangan konstitusional dalam rangka menciptakan negara hukum yang demokratis, dan

menyongsong suatu kultur demokratisasi kehidupan politik kita, serta melahirkan hukum yang responsif dan implementatif berdasarkan prinsip supremasi hukum, dan menjunjung tinggi hak-hak asasi manusia dalam artian menjauhkan dari paham-paham liberal dan individualistik.

F. TINJAUAN SISTEM PEMERINTAHAN INDONESIA

Eksekutif – Legislatif –Yudikatif

1. Pembagian Dan Pembatasan Kekuasaan Berdasarkan UUD 1945

(pasca amandemen)

Secara garis besar perubahan UUD 1945 tersebut, ada beberapa hal baru yang diatur dalam konstitusi kita, antara lain mengenai Presiden dan Wakil Presiden dipilih langsung oleh rakyat, adanya lembaga baru, yaitu Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dan Mahkamah Konstitusi, serta HAM dan Pemilu. Selain itu, beberapa perubahan mendasar yang dapat dijadikan sebagai potret konstitusi kita pasca perubahan UUD 1945 ialah melalui analisa mengenai Pembagian Kekuasaan berdasarkan UUD 1945 pasca amandemen. Dalam rangka pembahasan tentang organisasi dan kelembagaan negara, dapat dilihat apabila kita mengetahui arti dari lembaga negara dan hakekat kekuasaan yang dilembagakan atau di organisasikan ke dalam bangunan kenegaraan. intinya, apa dan siapa sesungguhnya yang memegang kekuasaan¹⁴⁰.

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

134) A.M. Fatwa, Ibid. hlm. 8.

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

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

Adapun pembagian kekuasaan bersifat vertikal ke bawah kepada lembaga-lembaga tinggi negara di bawah lembaga pemegang kedaulatan rakyat. Sebelum amandemen 1945, tidak dikenal pemisahan yang tegas, dan cenderung vertikal, tetapi setelah amandemen prinsip pembagian kekuasaan secara horizontal jelas dianut. Misalnya mengenai pemisahan antara pemegang kekuasaan eksekutif yang berada ditangan Presiden (pasal 5 ayat 1) dan pemegang kekuasaan legislatif yang berada ditangan DPR (pasal 20 ayat 1). Dengan penegasan prinsip tersebut, sekaligus untuk menunjukkan ciri konstitusionalisme yang berlaku dengan maksud untuk menghindari kesewenang-wenangan kekuasaan¹⁴¹.

135) A.M. Fatwa, Ibid. hlm. 9.

Reformasi eksekutif
Sistem Presidensial sebelum dan sesudah amandemen
Table 2

Aturan-aturan	Sebelum perubahan	Sesudah perubahan
Satu orang Atau gabungan	Satu orang	Satu orang
Status	Kepala eksekutif	Sama
Proses pemilihan	Tidak langsung, dipilih MPR	Dipilih langsung oleh rakyat
Masa jabatan	Tidak terbatas, dapat dipilih kembali setiap 5 tahun Tidak pasti, mudah diberhentikan	<ul style="list-style-type: none"> • Terbatas selama dua kali lima tahun • Pasti, tidak mudah diberhentikan
Kekuasaan legislatif	Lebih dominan dari DPR	Berbagi kekuasaan dengan DPR Dan DPD
Kekuasaan untuk Mengangkat dan Memberhentikan pejabat Pejabat tinggi	Tidak disebutkan dengan jelas, Sehingga pada prakteknya Kekuasaan ini menjadi tidak terbatas	Terbatas
Prosedur Impeachment Landasan hukum	Disebutkan secara umum dalam Penjelasan UUD 1945, dan kebanyakan Diatur dalam Tap MPR	Diatur dalam Konstitusi
Alasan	Lebih bersifat politisasi ketimbang Legal, yaitu bila presiden sungguh Sungguh telah melanggar haluan Negara dan UUD 1945	Lebih bersifat criminal, yaitu bila Presiden terbukti melakukan Penghianatan, korupsi, tindak pidana Berat dan perbuatan tercela lainnya
Cabang yudisial	Tidak dilibatkan dalam proses	Terlibat MK menyelidiki, mengadili, Dan memutuskan atas saran DPR bahwa Presiden harus diberhentikan
Syarat suara	Lebih mudah asalkan tercapai suara Mayoritas menolak, maka presiden dapat Di impeachment	Lebih sulit, mensyaratkan pengambilan keputusan di DPR, MK, dan MPR. Hanya suara mayoritas mutlak DPR, vonis bersalah di MK dan suara mayoritas lainnya di MPR lah yang bisa mengimpeachment presiden

Sumber : Denny Indrayana, 2008:375-376

Reformasi legislatif
Kedudukan, tugas, dan wewenang MPR
 Table 3

Aturan-aturan	Sebelum amandemen	Sesudah amandemen
Kedaulatan rakyat	Dimonopoli oleh MPR	Tidak lagi bisa memonopoli, kedaulatan Rakyat dilaksanakan menurut UUD 1945
Kedudukan	Lembaga tertinggi negara dengan Kekuasaan yang tak terbatas	MPR hanya salah satu dari beberapa Lembaga negara dengan kekuasaan yang Terbatas
Pemilihan Presiden	Dipilih oleh MPR	MPR melantik presiden dan wakil presiden yang langsung dipilih oleh rakyat
GBHN	Disusun oleh MPR, presiden melaksanakannya dan bertanggung Jawab kepada MPR	MPR tidak lagi memiliki kewenangan ini
Perubahan konstitusi	Diubah dan ditentukan oleh MPR	MPR tidak lagi memiliki kewenangan ini
Pemberhentian presiden	Diberhentikan oleh MPR, prosedur ini tidak diatur secara eksplisit dalam UUD	MPR masih tetap memiliki kewenangan ini
Kekosongan kursi presiden	Konstitusi tidak memiliki atauran tentang hal ini	MPR memiliki kekuasaan untuk Memilih presiden dan wakil presiden ketika salah satu dari jabatan tersebut kosong

Sumber : Denny Indrayana, 2008:368

Reformasi Yudikatif

Table 4

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

Sumber : Denny Indrayana, 2008:382

Perspektif Reformasi Eksekutif

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

Perspektif Reformasi Legislatif

Dari tabel terlihat bahwa kewenangan MPR tidak lagi berkedudukan sebagai lembaga tertinggi negara dan memegang kedaulatan rakyat tertinggi, serta tidak lagi memiliki kekuasaan-kekuasaan tak terbatas. Amandemen telah berimplikasi terhadap kewenangan MPR menjadi (1) mengubah dan menetapkan

UUD; (2) melantik presiden dan/atau wakil presiden; (3) memberhentikan presiden dan/atau wakil presiden dalam masa jabatannya menurut UUD 1945. Disamping itu prosedur impeachment tidak lagi se-absolut sebelum amandemen, sebagaimana di jelaskan dalam tabel. Kekurangan dari reformasi legislatif ini disamping menguatkan DPR, juga tersirat belum ditemukannya cara memadukan sistem negara hukum dengan kondisi pluralistik kedaerahan, dimana DPD sebagai salah satu lembaga legislatif hanya mendapatkan porsi dan ruangan legislasi yang tidak sesuai dan setara dengan DPR.

Perspektif Reformasi Yudikatif

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

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

2. Hubungan Antar Lembaga Negara

(refleksi kritis & pembuktian atas hubungan dan tumpang tindihnya kewenangan)

- MPR dengan DPR, DPD, dan Mahkamah Konstitusi

Keberadaan MPR dalam sistem perwakilan dipandang sebagai ciri yang khas dalam sistem demokrasi di Indonesia. Keanggotaan MPR yang terdiri atas anggota DPR dan anggota DPD menunjukkan bahwa MPR masih dipandang sebagai

lembaga perwakilan rakyat karena keanggotaannya dipilih dalam pemilihan umum. Unsure anggota DPR untuk mencerminkan prinsip demokrasi politik, sedangkan unsure anggota DPD untuk mencerminkan prinsip keterwakilan daerah agar keterwakilan daerah tidak terabaikan. Dengan adanya perubahan kedudukan MPR, pemahaman wujud kedaulatan rakyat tercermin dalam tiga cabang kekuasaan, yaitu lembaga perwakilan, presiden, dan pemegang kekuasaan kehakiman¹⁴².

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

- DPR dengan Presiden, DPD, dan MK

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

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

136) A.M. Fatwa, Ibid. hlm. 13.

pengajuan pendapat DPR yang menyatakan bahwa presiden bersalah untuk diperiksa oleh MK¹⁴³;

- DPD dengan DPR, BPK, dan MK

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

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

- MA, MK, dan KY

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

Sementara kewenangan MK sesuai dengan ketentuan pasal 24C ayat (1) dan (2) adalah untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir untuk menguji UU terhadap UUD 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang

137) A.M. Fatwa, Ibid. hlm. 15.

kewenangannya diberikan UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil Pemilu.

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

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

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

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

Lembaga-lembaga negara yang dimaksud itulah yang secara instrumental mencerminkan pelembagaan fungsi-fungsi kekuasaan negara yang *utama (main state functions, principal state functions)*, sehingga lembaga-lembaga negara itu pula yang dapat disebut sebagai lembaga negara utama, yang hubungan satu dan lainnya diikat oleh prinsip "*check and balances*". Selanjutnya berdasarkan ketentuan UUD 1945 pasca amandemen, tidak lagi dikenal pembagian dalam kelompok lembaga tertinggi negara dan lembaga tinggi negara, berkaitan dengan keadaan tersebut dalam sistem ketatanegaraan Indonesia terdapat tiga kelompok lembaga negara, yakni; (1) lembaga negara yang ditentukan dalam UUD 1945; (2) lembaga negara yang ditentukan dalam UU; dan (3) lembaga negara yang ditentukan dalam keputusan Presiden.

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

Komisi Yudisial sebagai lembaga negara tidaklah menjalankan salah satu dari fungsi kekuasaan negara sebagaimana yang secara universal dipahami¹⁴⁴. Dengan kata lain, bahwa lembaga-lembaga negara ini hanya bertugas melayani atau dalam tugas dan wewenangnya berkaitan dengan lembaga-lembaga negara utama sebagaimana disebutkan diatas, yang dalam ketatanegaraan disebut *state auxiliary bodies* (*lembaga negara yang melayani*).

b. Antara Tanggung jawab dan Prinsip Saling Mengawasi

Berdasarkan uraian diatas, maka beberapa pertanyaan yang penting untuk diajukan adalah mekanisme pengawasan seperti apa yang perlu untuk ditegakkan? Dalam implementasinya kemudian, apakah reformasi eksekutif, legislatif, dan yudikatif telah mencerminkan sebuah langkah reformasi yang bercirikan negara kesatuan (pluralistik)? Apakah kehadiran lembaga-lembaga negara utama baru dan berjamurnya lembaga negara bantu ini cermin dari menguatnya legitimasi politik di negeri ini? Untuk menjawab pertanyaan-pertanyaan ini maka perlu dekonstruksi kritis, yakni :

Pertama, reformasi telah melahirkan lembaga negara utama yang diperkuat kedudukan dan fungsinya dan ada lembaga yang dilemahkan kewenangannya, lembaga tersebut ialah Mahkamah Konstitusi, dan Dewan Perwakilan Daerah, dan Dewan Perwakilan Rakyat; Dalam rangka menuju independensi hukum, dilakukanlah kristalisasi dalam kekuasaan kehakiman, yang kemudian melahirkan salah satu lembaga hukum yakni Mahkamah Konstitusi

138) Titik Triwulan Tutik, Ibid. hlm. 179.

(MK). Secara normatif ketentuan umum tentang MK kemudian diatur dalam pasal 24C UUD 1945 dan kemudian dikuatkan melalui UU No 24 tahun 2003. Pada hakekatnya, fungsi utama lembaga ini ialah mengawal supaya konstitusi dijalankan dengan konsisten (*the guardian of constitutions*) dan menafsirkan konstitusi atau UUD (*the interpreter of constitutions*). Dengan demikian sebagaimana dijelaskan dalam “rencana strategis mahkamah konstitusi 2010-2014” disebutkan bahwa kehadiran MK ialah untuk menegakkan keadilan substantif.

Demikian halnya dengan DPR, kalau di zaman orde lama dan orde baru DPR cenderung pasif dan tidak memperoleh hak legislasinya secara total, maka setelah amandemen, DPR mengalami perubahan dari fungsi legislasi yang sebelumnya berada ditangan presiden telah kembali ke DPR. Ini kemudian diperkuat dengan hak DPR yakni (i) hak interpelasi, yaitu hak DPR untuk meminta keterangan kepada pemerintah (eksekutif) mengenai kebijakan pemerintah yang penting dan strategis serta berdampak luas pada kehidupan bermasyarakat dan bernegara; (ii) hak angket, ialah untuk melakukan penyelidikan terhadap kebijakan pemerintah yang penting dan strategis serta berdampak luas pada kehidupan bermasyarakat dan bernegara yang diduga bertentangan dengan peraturan perundang-undangan; (iii) hak menyatakan pendapat (HMP), yaitu hak untuk menyatakan pendapat terhadap kebijakan pemerintah atau mengenai kejadian luar biasa yang terjadi di tanah air disertai dengan solusi dan tindak lanjut dari hak interpelasi dan hak angket.

Berbeda halnya dengan DPD, sebagai sebuah lembaga legislasi yang sama dengan DPR, DPD justru hanya memiliki kewenangan terbatas, khususnya berkaitan dengan hubungan daerah dan pusat (Bab VIIA pasal 22C dan pasal 22D UUD 1945). Pembentukan Dewan Perwakilan Daerah (*senate* atau *upperhouse*) ini dimaksudkan agar mekanisme *check and balances* dapat berjalan relative seimbang, terutama yang berkaitan dengan kebijakan pusat dan kebijakan di daerah.

Mengapa kemudian ini terlihat tumpang tindih dan cenderung bukan berprinsip *distribution of power*, yang menjadi rancu adalah MK sebagai lembaga hukum yang merupakan lembaga negara utama sebab lahir dari UUD 1945, dan diperkuat lagi lewat UU No 24 tahun 2003 jelas menyiratkan sebuah pemahaman hukum yang sifatnya konservatif/ortodoks dimana ini menunjukkan visi politik pemegang kekuasaan dominan. Dengan hadirnya MK, maka prosedur impeachment terhadap presiden tidaklah mudah, sebab harus melewati MK, yang kemudian final di MPR, lalu bagaimanakah kedudukan MPR sebagai wujud dari ruang rakyat, ruang permusyawaratan rakyat?. Ketika presiden terindikasi melakukan pelanggaran konstitusi secara politik, lalu kemudian tidak dapat dibuktikan secara hukum, berarti MK tidak akan bisa memberikan data penyelidikan secara yuridis kepada MPR untuk ditindak lanjuti.

Artinya jika tidak dapat dibuktikan secara hukum maka presiden akan terlepas dari persoalan tersebut, dan MPR tidak dapat berbuat apa-apa untuk menindak lanjuti persoalan itu. hal penting yang perlu di pahami adalah DPR sebagai pemegang hak legislasi, bersama presiden membentuk UU yang kemudian pada prakteknya tidak disetujui publik, ataupun dianggap tidak relevan oleh sebgaiian kelompok masyarakat, juga praktisi hukum perorangan misalnya, maka dapat di gugat ke MK, berarti kewenangan legislasi DPR tersebut tidak ada kualitasnya, sebab dalam membuat produk UU pada kenyataannya kemudian dapat digugat dan diproses di hadapan MK. Ini semacam tolak-tarik kewenangan, jika kemudian yang ingin dikedepankan adalah mekanisme prinsip *check and balances* maka prosedur yang harus dilakukan adalah sebelum di legitimasi maka produk hukum tersebut di sortir dulu lewat MK apakah materi-susbtansinya relevan ataukah tidak yang kemudian selanjutnya diserahkan kembali ke DPR untuk di sahkan lalu di Undangkan.

Demikian pun dengan usulan presiden ketika mengusulkan UU kepada DPR harus juga melewati proses legitimasi MK, lalu kemudian diserahkan kembali dan diproses selanjutnya. menjadi rancu ketika sudah di undangkan lalu kemudian ketika tidak relevan di gugat ke MK, maka fungsi legislasi telah bergeser kedaulatan yuridisnya ke MK, dan MK juga haruslah melakukan

revitalisasi dan evaluasi produk hukum yang lama, agar tidak menciptakan polemik ketika di proses (judicial review), lalu setelah dilakukan evaluasi lalu segera diputuskan tanpa menunggu di perkarakan, sebab perlu di tegaskan juga adalah jika MK mengawal konstitusi, bukankah itu sebagai wujud dari absolutism legitimasi lembaga ini, dan yang paling penting ialah *siapa yang mengawasi MK*, jika MPR saja harus menunggu keputusan yuridis dari MK untuk sebuah keputusan-keputusan khusus seperti impeachment.

Adapun soal menegakkan keadilan substantif, bahwa tidak boleh semata-mata diterjemahkan sebagai bentuk karakter hukum responsive dan otonom, sebab didalam substansi ada pemahaman esensi, oleh karenanya MK dalam memutuskan suatu perkara menjadi ambivalen, artinya keadilan yang lebih didasarkan pada kebenaran material daripada kebenaran formal-prosedural. Dengan kata lain, apa yang secara formal-prosedural benar bisa saja disalahkan jika secara material dan substansinya melanggar keadilan. Sebaliknya apa yang secara formal-prosedural salah bisa saja dibenarkan jika secara material dan substansinya sudah cukup adil (Mahfud MD).

Ini berarti bahwa MK belum menemukan mekanisme terbaik dalam menegakkan prinsip check and balances, sebagaimana konstitusi yang dikawalinya tersusun secara manusiawi dan bisa saja konstitusi tersebut kurang tepat atau bahkan keliru, maka demikianpun dengan lembaga ini, yang juga perlu pengawasan sebab lembaga ini dikelola oleh manusia dan tentu saja pasti keliru dalam menetapkan dan memutuskan suatu perkara konstitusional.

Sebab lain yang juga perlu untuk diperhatikan adalah lembaga ini selain lahir berdasarkan amandemen yang kala itu memang dibutuhkan adanya suatu lembaga pengawal konstitusi, merupakan wujud dari dukungan kepentingan terhadapnya, melemahkan MPR sebagai wujud lembaga permusyawaratan rakyat, dan memangkas kedudukan DPR sebagai lembaga legislasi. kemudian juga dikuatkan berdasarkan legitimasi politik melalui UU No 24 tahun 2003, ini mengartikan bahwa MK perlu di awasi oleh sebuah lembaga di luar kelembagaan negara namun bukan lembaga yang lahir dari legitimasi politik, tapi legitimasi tradisional dalam arti luas sebagai perwujudan dari publik space seluruh rakyat

Indonesia, dan lembaga ini perlu bersanding dengan lembaga tradisional terutama menyandingkan legitimasinya dengan legitimasi tradisional dalam memutuskan dan menetapkan suatu perkara itu konstitusional atau inkonstitusional. Dan yang penting ialah prosedur pemutusan perkara melewati tahapan konsensus antara MK dan lembaga yang mengawasinya.

Kedua, bahwa dalam dimensi kerakyatan kita ada mata rantai legitimasi tradisional yang telah diputuskan akibat legitimasi politik yang begitu dominan dan sentralistik pada reformasi lembaga yudikatif dan legislatif; Sebagaimana dijelaskan pada poin pertama, segmentasi terhadap beralihnya kewenangan legislasi ke MK dan hegemoni yudikatif yang begitu sentral, hal itu berimplikasi kepada tatanan masyarakat tradisional khususnya terhadap lembaga yang merupakan perwakilannya, yakni DPD. Seperti diketahui mengenai tugas dan kewenangan DPD sebagai salah satu lembaga legislasi di jelaskan dalam Bab VIIA pasal 22C dan pasal 22D UUD 1945.

Dimana pada kedudukan konstitusional tersebut DPD hanya diberikan kewenangan untuk hubungan pusat daerah, selain itu juga kewenangan strategis berupa memberikan pertimbangan kepada DPR untuk pengisian jabatan strategis kenegaraan yaitu dalam memilih anggota BPK, sementara dalam hal keuangan DPD memiliki kewenangan memberikan pertimbangan kepada DPR atas rancangan undang-undang APBN, juga yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama.

Pertanyaannya adalah darimanakah Indonesia menemukan dasar dan mekanisme perwakilan daerah khususnya perwakilan satuan masyarakat hukum adat untuk sistem pemerintahannya? Sebagai negara yang baru lahir dari proses perlawanan terhadap penjajah, mekanisme lembaga perwakilan di Indonesia lebih memilih format baru namun bukan berarti mengadopsi begitu saja sistem lembaga perwakilan dari teori-teori yang ada. Pertanyaan diatas tentu tidaklah mudah dijawab, apalagi dalam prakteknya, tidak semudah mengatakan bahwa mekanisme perwakilan tersebut adalah harus menjunjung tinggi kolektivisme.

Dalam perjalanannya kemudian mekanisme perwakilan di Indonesia, sama halnya dengan di negara lain yang lebih cenderung sebagai perwakilan politik, inilah mengapa mata rantai hukum tradisional/pluralistik telah diputuskan. Sehingga segmentasi terhadap kesatuan masyarakat hukum adat hanyalah sebagai bukti atas penghormatan terhadap satuan ini melalui DPD dan pengukuhan melalui UU ataupun Perda.

Sebagai sebuah lembaga negara yang mewakili rakyat yang pluralistik, seharusnya lembaga ini diterjemahkan sebagai lembaga yang merupakan wujud legitimasi plural, legitimasi tradisional, berprinsipkan hukum adat, dan di posisikan diluar kelembagaan negara, sejatinya lembaga ini di tafsirkan sebagai penjaga kesepakatan antara nilai dan norma dalam masyarakat dalam era modern ini. Sebagai materi penting dalam konstitusi negara Indonesia, nilai dan norma haruslah terjaga dan terlepas daripada kepentingan politik. DPD seharusnya bersanding dengan MK, akan tetapi diluar lembaga negara, ia diwujudkan dalam sebuah lembaga satuan hukum adat Indonesia, juga sebagai pengawas MK.

DPD yang dimaksudkan ini ialah sebuah ruang publik/rakyat/satuan masyarakat hukum adat dari tiap-tiap daerah, dilahirkan dari rekonsiliasi nasional, kebangsaan, dan bersifat religius. Lembaga ini haruslah diterjemahkan menjadi pemersatu konflik antara masyarakat modern dan masyarakat tradisional, sebab dalam dimensi masyarakat dapatlah ditemui potret problematika yang demikian, dimana ketika kesepakatan antara nilai dan norma ini runtuh maka runtuhlah persatuan dan kesatuan Indonesia.

Sebab untuk mengatasi konflik-konflik dalam lapisan masyarakat terbawah, hukum adat masih sangat kuat pengaruhnya, demikian pun dengan urusan-urusan keraifan local, budaya bangsa, dan prinsip ke-bhinekaan yang tidak bisa ditegakkan, hingga kini disintegrasi masih terus mewarnai, apalagi pasca reformasi hukum yang cenderung ortodoks dan tidak sungguh-sungguh dalam menegakkan keadilan serta sangat bergantung pada proses demokratisasi.

Putusnya mata rantai legitimasi tradisional sebagai akibat sentralistik hegemoni legitimasi politik, belum ditemukannya konsepsi demokratisasi. Demikian pun dengan DPD sebagai perwakilan daerah hanya dipahami secara sempit dan masih dengan mudah dijadikan komoditas politik, sehingga ini bisa disebut sebagai pengingkaran terhadap satuan masyarakat hukum adat, terhadap pluralistik, dan terhadap ke-religiusan Indonesia dalam membangun bangsa.

Hegemoni negara yang telah dipertontonkan oleh orde lama dan orde baru, telah membawa serta paham liberal dalam konsep kelembagaan negara, sehingga dalam aplikasinya cenderung menggambarkan praktek birokrasi prosedural yang rumit dan sangat berpotensi korupsi.

Hal penting lainnya yang terlupakan pasca reformasi ialah, pijakan konsensus, dimana bayangan akan terbukanya ruang publik seluas-luasnya justru dituangkan dalam lembaga-lembaga bantu. Bahwa konstituen power yang dibangun sejak tahun 1928 hingga Proklamasi adalah masyarakat tradisional, organisasi-organisasi pemuda daerah, hingga kemudian berhasil memuncak pada konsensus besar yaitu persatuan dan kesatuan untuk merdeka dalam satu bangsa yaitu bangsa Indonesia, artinya daerah adalah konstituen penting, demikian pun dengan satuan masyarakat hukum adat yang merupakan konstituen utama untuk memberikan legitimasi, bukannya bergantung pada konsensus dimana konstituennya semua adalah perwakilan partai politik (DPR) yang membawa serta kepentingan golongannya.

Ketiga, reformasi konstitusional telah memberikan kesempatan yang luar biasa besarnya terhadap kelahiran lembaga-lembaga negara bantu, yang secara fungsional memberikan ciri praktek sebuah negara federal, yang pada perjalannya kemudian bisa saja dibubarkan dan diganti, ini berarti sebagai bentuk tidak konsistennya negara dalam menyelenggarakan mekanisme *check and balances*. Hal lain yang juga ironi ialah setiap saat bisa dibubarkan dan diganti tersebut dapatlah dipahami sebagai kuatnya hegemoni negara secara politik dan sangat bergantung pada legitimasi kepentingan politik melalui parlemen;

Seperti yang diketahui bahwa pasca amandemen UUD 1945 hanya menentukan satu lembaga yang termasuk *auxiliary body*, namun kemudian diluar berkembang *auxiliary body* tanpa kendali, atau disebut Komisi. Penting untuk diperjelas soal lembaga-lembaga ini, menurut pendapat Asimov, komisi negara dapat dibedakan dalam dua kategori; pertama, komisi negara independen, yaitu organ negara (*state organs*) yang di idealkan independen dan karenanya berada diluar cabang kekuasaan eksekutif, legislatif, maupun yudisial, namun justru mempunyai fungsi campur sari ketiganya; kedua, komisi negara biasa (*state commissions*) yaitu komisi negara yang merupakan bagian dari cabang kekuasaan eksekutif, dan tidak mempunyai peran terlalu penting.

Pertanyaannya apakah kehadiran lembaga-lembaga seperti ini tidak menimbulkan kekisruhan dalam hubungan antar lembaga, termasuk juga dengan lembaga-lembaga negara utama? Di Indonesia saat ini sudah lebih dari 50-an lembaga negara bantu yang terbentuk. Diperkirakan jumlah ini di masa depan akan semakin bertambah, yang terbentuk menurut dasar hukum yang berbeda, ada yang berdasarkan UUD 1945, antara lain KPU, dan ada pula berdasarkan UU, antara lain Komisi Penyiaran Indonesia, dan Badan Perlindungan Konsumen, juga lembaga yang lahir berdasarkan Keppres antara lain, Komisi Ombudsman Nasional. Dengan demikian perincian komisi negara independen (*independent regulatory agencies*) ada sekitar 13 komisi, dan komisi negara eksekutif (*executive branch agencies*) yang jumlahnya sekitar 40 komisi, dan yang paling penting adalah lembaga-lembaga ini lahir berdasarkan legitimasi politik, ketika sudah tidak lagi relevan maka bisa saja dibubarkan kapan pun, juga setiap saat bisa di intervensi secara politik. Secara lengkap keberadaan lembaga-lembaga negara bantu sebagaimana dijelaskan diatas dapat dilihat dalam table 5 dan table 6

Table 5
Komisi Negara Independent

No	Komisi	Dasar Hukum
1.	Komisi Nasional anti kekerasan terhadap Perempuan	Keppres NO 181/1998
2.	Komisi pengawas persaingan usaha	UU No 5/1999
3.	Dewan pers	UU No 40/1999
4.	Komisi nasional hak asasi manusia	Keppres 48/2001 – UU No 39/1999

5.	Komisi ombudsman nasional	Keppres No 44/2000
6.	Komisi tindak pidana korupsi	UU No 30/2002
7.	Komisi penyiaran Indonesia	UU No 32/2002
8.	Komisi perlindungan anak	UU No 23/2002 & Keppres No 77/2003
9.	Dewan pendidikan	UU No 20/2003
10.	Pusat pelaporan & analisis transaksi keuangan	Keppres No 18/2003
11.	Komisi pemilihan umum	Pasal 22E UUD 1945 & UU No 12/2003
12.	Komisi kebenaran dan rekonsiliasi	UU No 27/2004
13.	Komisi yudisial	Pasal 24B UUD 1945 & UU No 22/2004

Sumber: diolah dari Kompas, 30 april 2005 dan Meneg PAN

Table 6

Komisi Negara Eksekutif

No	Komisi	Dasar Hukum
1.	Komisi hukum nasional	Keppres No 15/2000
2.	Komisi kepolisian	UU No 2/2002
3.	Komisi kejaksaan	UU No 16/2004 & Perpres No 18/2005
4.	Dewan Pembina industry strategis	Keppres No 40/1999
5.	Dewan riset nasional	Keppres No 94/1999
6.	Dewan buku nasional	Keppres No 110/1999
7.	Dewan maritime Indonesia	Keppres No 161/1999
8.	Dewan ekonomi nasional	Keppres No 144/1999
9.	Dewan pengembangan usaha nasional	Keppres No 165/1999
10.	Komite nasional keselamatan transportasi	UU No 41/1999 & Keppres No 105/1999
11.	Komite antar departemen bidang kehutanan	Keppres No 80/2000
12.	Komite akreditasi nasional	Keppres No 78/2001
13.	Komite penilaian independen	Keppres No 99/1999
14.	Komite olahraga nasional	Keppres No 72/2001
15.	Komite kebijakan sektor keuangan	Keppres No 89/1999
16.	Komite standar nasional untuk satuan ukuran	PP No 102/2000
17.	Komite aksi nasional penghapusan bentuk-bentuk pekerjaan terburuk untuk anak	Keppres No 12/2000
18.	Tim koordinasi penanggulangan kemiskinan	Keppres No 54/2005
19.	Dewan gula nasional	Keppres No 23/2003
20.	Dewan ketahanan nasional	Keppres No 132/2001
21.	Dewan pengembangan kawasan timur Indonesia	Keppres No 44/2002
22.	Dewan pertimbangan otonomi daerah	Keppres No 151/2000

23.	Dewan pertahanan nasional	UU No 3/2003
24.	Badan narkotika nasional	Keppres No 17/2002
25.	Bakornas penanggulangan bencana & pengungsi	Keppres No 3/2001 jo. Keppres No 111/2001
26.	Badan pengembangan kapet	Keppres No 150/2002
27.	Bakor pengembangan TKI	Keppres No 29/1999
28.	Badan pengelola gelora bung karno	Keppres No 72/1999
29.	Badan pengelola kawasan kemayoran	Keppres No 73/1999
30.	Badan rehabilitasi & rekonstruksi wilayah dan kehidupan masyarakat provinsi NAD dan kep. Sumatera utara	Perpu No 2/2005
31.	Badan nasional sertifikasi profesi	PP No 23/2004
32.	Badan pengatur jalan tol	PP No 15 2005
33.	Badan pendukung pengembangan sistem penyediaan air minum	PP No 16/2005
34.	Lembaga koordinasi dan pengendalian peningkatan kesejahteraan sosial penyandang cacat	Keppres No 83/1999
35.	Lembaga sensor film	PP No 8/1994
36.	Korsil kedokteran Indonesia	UU No 29/2004
37.	Badan pengelola puspitek	Keppres No 43/1976
38.	Badan pengembangan kehidupan bernegara	Keppres No 85/1999

Sumber: diolah dari Kompas, 30 april 2005 dan Meneg PAN

Dengan memperhatikan perkembangan lembaga-lembaga bantu tersebut di table 5 dan 6, maka efektifitasnya tentu saja perlu dipertanyakan, menurut Sri Soemantri, bahwa untuk memahami perkembangan *auxiliary body* perlu diketahui terlebih dahulu tujuan didirikannya suatu negara, baru kemudian ditetapkan berbagai lembaga negara termasuk lembaga negara bantu dalam undang-undang dasarnya. Selanjutnya dijelaskan, bahwa dalam negara yang menganut sistem pemerintahan presidensial seperti Indonesia, presidenlah yang pertama mengetahui, lembaga macam apa yang diperlukan untuk menangani masalah-masalah tertentu dalam mewujudkan nasional. Inilah sebuah proses yang masih jauh dari harapan, dan masih belum disadari kehadirannya efektif atukah tidak, termasuk juga alokasi anggaran terhadap lembaga negara bantu tersebut yang tentu saja harus dikalkulasikan secara logis.

Terlepas dari apakah menghadirkan lembaga-lembaga bantu seperti ini sebagai bentuk distribusi kekuasaan agar tidak terlalu sentralistik, yang juga harus diperhatikan adalah legitimasi politik yang melahirkannya tentulah menjadi sesuatu yang perlu dikawal secara kritis, sebab intervensi politik terhadap lembaga-lembaga semacam ini sangatlah potensial, dan cenderung mengarah ke pembubaran jika sudah tidak lagi sejalan dengan kepentingan penguasa, bagaimanapun juga ini tradisi politik yang harus dilenyapkan dari ketatanegaraan Indonesia, dan sebagai sebuah harapan bahwa legitimasi plural/tradisional perlu dikuatkan, sebagai bentuk pendampingan terhadap lembaga yudikatif utama negara, yang terlepas dari politik dan struktur lembaga negara, agar tercipta ruang publik yang seluas-luasnya untuk turut mengkritisi setiap kebijakan penguasa.

Dengan demikian sistem ketatanegaraan Indonesia pasca reformasi, jelas masih mencoba menemukan ketepatan, sebab tumpang tindihnya kewenangan dan kedudukan lembaga negara menghantarkan kita pada pengakuan bahwa kedudukan dan kewenangan tersebut berada kondisi yang tidak sebagaimana mestinya. Untuk itulah, strategi perbaikan sangat perlu dilakukan dari hulu hingga hilir, maka sampailah pada suatu pertanyaan penting, yakni *dari bagian mana kita mulai?*

G. DEMOKRASI DAN POLITIK HUKUM INDONESIA

1. Demokrasi Dalam Bayangan Intervensi Kepentingan Politik

Sepanjang sejarah pemikiran mengenai hukum dan politik, hampir selalu diterima bahwa pandangan atas demokrasi sebagai pilihan sistem senantiasa masih berada pada situasi *ambiguous*. Ambiguitas tersebut terletak pada apakah demokrasi itu baik ataukah tidak? Dan pada bagaimana mengimplementasikannya. Meskipun begitu, pada umumnya orang berpendapat atau mengambil ukuran demokrasi itu seperti diidentifikasi yang, antara lain, dipakai oleh Dohrendorf atau Carter dan Herz yakni demokrasi suatu negara dilihat dari jarak antara realita dan idealita pada pluralisme liberal. Semakin liberal pluralistik suatu negara dianggap semakin demokratis. Secara konvensional pluralisme-liberal suatu negara biasanya diukur dari kehidupannya atas pilar-pilar

demokrasi, yaitu kehidupan parta-partai dan lembaga perwakilannya, peranan eksekutifnya, dan kehidupan persnya¹⁴⁵.

Pendapat seperti diatas pada dasarnya dilandaskan pada teori mengenai demokrasi itu sendiri, sebab setiap negara berbeda interpretasinya terhadap paham demokrasi ini, dan pandangan tersebut tidak banyak membantu dalam mengidentifikasikan sebuah negara tersebut demokratis atau tidak. Di Indonesia demokrasi dalam konstitusi UUD 1945 disebut sebagai “kedaulatan rakyat”, adapun rumusan Dahl mengenai demokrasi, tentu mengantarkan pada pengertian demokrasi sebagai sebuah sistem politik jika dikaitkan dengan organisasi negara, yakni masyarakat mewujudkan kehendaknya dan mengorganisir dirinya untuk mewujudkan cita-cita masyarakat itu sendiri. Jika memakai ukuran ideal, menurut Arbi Sanit, ada tiga nilai ideal yang mendukung demokrasi sebagai suatu gagasan kehidupan bernegara, yakni; (1) kemerdekaan (freedom); (2) persamaan (equality); dan (3) keadilan (justice);

Asas kedaulatan rakyat dalam konstitusi Indonesia menghendaki agar setiap tindakan dari pemerintah haruslah berdasarkan kemauan rakyat, sebagai negara yang menganut paham kedaulatan rakyat, maka pertanyaan kritisnya adalah, apakah demokrasi di Indonesia sudah di jalankan sebagaimana amanat konstitusi (UUD 1945)? Tentu tidaklah mudah menjawab pertanyaan ini, apalagi pelaksanaannya, dan hal yang paling penting ialah mengenai penyelenggaraan demokrasi melalui mekanisme perwakilan, Yang tentu saja hal ini perlu di kritisi secara tegas. Sebab kedaulatan rakyat sebagaimana disebutkan UUD 1945 tersebut terkandung makna konsepsi tentang ide kekuasaan tertinggi dalam negara Indonesia.

Sebagai sebuah konsep kedaulatan tertinggi, implementasi dari kedaulatan rakyat ini jika menggunakan mekanisme perwakilan haruslah terbagi dan terdistribusi secara efisien, Terutama sekali ialah pembatasan terhadap kekuasaan dari lembaga-lembaga perwakilan tersebut. konsepsi kedaulatan rakyat ini sangat abstrak dan disebut oleh para ahli sebagai *the utmost difficult*, sehingga dalam

139) Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Gramedia, Yogyakarta, 1999, hlm. 53.

pelaksanaannya cenderung melahirkan kepentingan-kepentingan elit mayoritas semata, atau juga kelompok penguasa. Sehingga perlu untuk ditemukan sebuah mekanisme perwakilan yang bersih dan otonom dalam mewujudkan demokrasi perwakilan yang benar-benar membawa aspirasi rakyat.

Di Indonesia, mekanisme perwakilan ini diwujudkan dalam Dewan Perwakilan Rakyat, melalui agennya yaitu partai politik. Dan Majelis Permusyawaratan Rakyat sebagai penjelmaan dari seluruh rakyat. Memang ini tampak mudah saja, akan tetapi dari mekanisme inilah lahir kepentingan dan konspirasi besar yang terus menggerogoti bangsa ini. jelas mekanisme seperti masih merupakan proses panjang dalam rangka menciptakan negara hukum yang demokratis, dan masih sangat perlu untuk di kritisi.

Kritik *pertama* yakni mengenai partai politik yang menjadi agen untuk proses rekrutmen dengan pendekatan perbandingan ruang publik otonom untuk menyuarakan aspirasi. Artinya partai politik sebagai kelompok yang membawa kepentingan tentulah akan memperjuangkan kepentingan politik dalam sebuah lembaga perwakilan. Apabila kebijakan yang hendak diambil berhubungan dengan sektor strategis maka ini akan menimbulkan potensi-potensi lain seperti korupsi dan akan cenderung menjadi forum konfrontasi kepentingan.

Disamping itu akan dipengaruhi juga oleh kalangan elite dari partai politik tersebut, dominasi tersebut terutama dalam menentukan siapa yang akan di ajukan dalam pemilihan calon legislatif, dengan memperhatikan ranking calon tersebut, tentu saja ini akan menimbulkan konflik internal dalam artian jika mekanisme internal partai saja sudah bermasalah, bagaimana nantinya setelah menjadi wakil rakyat.

Pada hakekatnya memang diperlukan sebuah ruang publik yang otonom, bebas politik kepentingan. Dengan adanya ruang publik yang otonom tersebut maka diharapkan cita-cita rakyat akan langsung disuarakan oleh rakyat itu sendiri, ataupun kelompok yang selama ini tertindas. Mekanisme seperti ini secara fundamental tidak dimiliki oleh lembaga perwakilan di Indonesia, sehingga lembaga peradilan memiliki legitimasi politik yang kuat di segala bidang strategis, terutama dalam mengendalikan sistem pemerintahan.

kedua adalah kecendrungan terhadap digunakannya lembaga perwakilan ini sebagai kekuatan legitimasi, artinya adanya kondisi ketergantungan terhadap legitimasi politik dari lembaga perwakilan ini. pada dasarnya memang ketergantungan sebagian masyarakat Indonesia terhadap partai politik harus diakui, selain partai politik dianggap mampu menjadi kendaraan untuk memperjuangkan kehendak, partai politik juga dianggap sebagai kesempatan untuk memperkaya diri. Bagaimana tidak, pada kondisi sekarang ini secara empiris dapat dilihat, selain kualitas sebagai legislator yang jauh dari standar, politisi juga kini menjadi sebuah profesi yang populer.

Legitimasi politik telah berubah menjadi hegemoni baru pasca reformasi, kalau pada masa orde lama dan orde baru kita melihat sebuah tradisi monolitik militer, maka sekarang tradisi tersebut ber-evolusi dan membabi buta dalam lembaga perwakilan yang di era sebelumnya tidak memiliki hak legislasinya. DPR telah berubah menjadi sebuah kekuatan politik yang super body, meskipun dengan hadirnya MK kekuatan politik tersebut tidak bisa tembus, namun dalam beberapa kasus, intervensi lembaga perwakilan terhadap lembaga negara ataupun kebijakan eksekutif sangatlah nyata.

ketiga adalah mekanisme internal lembaga perwakilan ini dalam mewujudkan fungsinya secara optimal. Menurut Afan Gaffar¹⁴⁶, salah satu kendala lembaga legislasi ini tidak dapat berfungsi dengan baik adalah peraturan tata tertib DPR itu sendiri. Hal penting lainnya adalah pergulatan koalisi, artinya sebuah kebijakan yang baik bagi rakyat bisa saja gagal jika tidak mendapatkan dukungan mayoritas. Koalisi juga menyiratkan tidak adanya semangat kolektif, jika tidak mau berkoalisi maka selanjutnya dianggap sebagai oposisi, dari sudut ini jelas akan membingungkan masyarakat awam, mana yang harus dipercaya apakah kelompok oposisi, ataukah kelompok koalisi, dan yang paling penting adalah mana yang membawa visi keadilan bagi rakyat.

140) Afan Gaffar, Ibid. hlm. 293.

Dalam agenda jangka panjang kekurangan-kekurangan seperti ini haruslah ditambah baik oleh DPR maupun oleh partai politik, pembenahan perlu untuk dilakukan, dan evaluasi menjadi tuntutan di masa depan, sebagai sebuah lembaga perwakilan yang harus mencitrakan sebagai lembaga perwakilan rakyat, sebagai cermin dari lembaga yang mewakili dan mengutamakan kepentingan rakyat, apapun itu, dan bagaimana pun, serta sesulit apapun, lembaga ini punya kewajiban konstitusional untuk mewujudkannya.

2. Implikasi Hegemoni Politik Terhadap Hukum

Uraian tersebut diatas telah menunjukkan bahwa kapasitas demokrasi tertentu dapat melahirkan hukum dengan karakter tertentu pula yang secara teoritis-dikotomis, sistem politik yang demokratis akan melahirkan hukum yang otonom, akan tetapi jika terjadi sebaliknya maka hukum hanyalah menjadi kristalisasi kepentingan semata dalam rangka menguatkan kekuasaan. Politik di Indonesia pada masa transisi ini merupakan politik yang muncul karena euphoria. Semua orang dan kelompok masyarakat merasa lega karena terlepas dari sebuah beban berat yang bernama otoritarianisme dibawah rezim pemerintahan Soeharto. Orang atau masyarakat pada umumnya merasa boleh melakukan apa saja karena terbebas dari belenggu kekuasaan. Tentu saja implikasinya luas sekali, baik untuk masa transisi itu sendiri maupun masa-masa yang akan datang¹⁴⁷.

Dikalangan ahli hukum minimal ada dua pendapat mengenai hubungan kausalitas antara politik dan hukum. kaum idealis yang lebih berdiri pada das sollen mengatakan bahwa hukum harus mampu mengendalikan dan merekayasa perkembangan masyarakat, termasuk kehidupan politiknya. Penulis seperti Roscoe Pound telah lama berbicara tentang "*law as a tool of social engineering*". Sebagai keinginan tentu saja wajar jika ada upaya untuk meletakkan hukum sebagai penentu arah perjalanan masyarakat karena dengan itu fungsi hukum untuk menjamin ketertiban dan melindungi kepentingan masyarakatnya akan menjadi lebih relevan¹⁴⁸.

141) Afan Gaffar, Ibid. hlm. 316.

142) Mahfud MD, Ibid. hlm 71.

Tetapi kaum realis seperti Savigny mengatakan bahwa hukum selalu berkembang sesuai dengan perkembangan masyarakat dalam suatu negara, ini berarti bahwa hukum mau tidak mau juga bergantung pada keadaan diluarnya, terutama keadaan politik. Memang dalam kenyataannya hukum itu lahir sebagai refleksi dari konfigurasi politik yang melatarbelakanginya, dalam artian sebagai kristalisasi dari kehendak politik. Jadi dapatlah dikatakan bahwa ketika reformasi konstitusional terjadi tentu saja amandemen adalah merupakan kristalisasi dari kehendak politik, dan ini berarti penguatan kepentingan tersebut dilakukan melalui amandemen. Itulah sebabnya amandemen tidak menghasilkan keseimbangan kehidupan demokrasi dan hukum di Indonesia. masih belum ditemukannya mekanisme yang pas dalam pembagian kekuasaan menjadi agenda utama lintas generasi.

Sebagaimana diungkapkan oleh Sadjipto Rahardjo bahwa, kalau kita melihat sub-sistem politik dan hukum, tampak bahwa politik memiliki konsentrasi energi yang lebih besar, sehingga hukum selalu berada pada posisi yang lemah. Itulah sebabnya, seorang pakar seperti Sri Soemantri sering mengeluh bahwa perjalanan politik dan hukum di Indonesia ini ibarat perjalanan kereta api diluar relnya, artinya, banyak sekali praktik politik secara substansif seringkali bertentangan dengan aturan-aturan hukum positif.

Dari uraian diatas dimaksudkan untuk menegaskan bahwa didalam kenyataan empiris, politik sangatlah menentukan bekerjanya hukum. hal demikian dapat dilihat pada sistem orde lama dan orde baru, dan kini menjadi tantangan masyarakat yang lahir dari reformasi untuk terlepas dari tradisi hegemoni politik atas hukum, dan segera menyiapkan strategi untuk sebuah kehidupan hukum dan politik yang demokratis, paling tidak adalah bisa seimbang.

H. CIVIL SOCIETY, NEGARA, DAN SIFAT KEKUASAAN

(sebuah harapan di masa transisi dan konsolidasi)

1. Reformasi Perspektif Sosiologis; Pilihan Menuju Indonesia Baru

Seperti yang telah diuraikan pada sub sebelumnya, reformasi adalah sebuah pilihan, sebagai pilihan dalam rangka menuju Indonesia baru, tentu yang

menjadi poros dari perubahan tersebut adalah masyarakat. Perlunya strategi perbaikan kondisi masyarakat dimasa transisi kini menjadi tuntutan nasional, sebab secara empiris, pada umumnya kapasitas masyarakat madani atau *civil society* di berbagai daerah di Indonesia tidak sama dan integritasnya masih lemah.

Indonesia sebagai negara plural tentulah satunya beragam kelompok primordial menjadi penting untuk di agendakan secara nasional secara serius. Sebab ikatan-ikatan primordial menjadi harapan sebagai kekuatan hukum adat (legitimasi tradisional), yang seringkali bertentangan dengan negara. Artinya, selain kesetiaan terhadap bangsa masyarakat primordial juga terikat pada kesetiaan-kesetiaan lain yang berakar dari ikatan-ikatan primordialnya¹⁴⁹. Di Indonesia ketegangan sosial yang mengancam ikatan kebangsaan seingkali muncul karena kesetiaan kelompok-kelompok primordial kepada ikatan primordialnya sehingga kerap kali masalah SARA dianggap sebagai hal yang harus senantiasa diwaspadai, sehingga penting bagi negara ini untuk mengukuhkan satuan-satuan adat ke dalam sebuah lembaga pendamping lembaga negara utama, sebagai ciri negara pluralistik dengan beragam budaya dan adat.

Berikut elaborasi dari pemikiran Affan Gaffar :

a. Transnational Civil Society Development

Sebelum membahas lebih jauh, perlu kiranya untuk meninjau terlebih dahulu apa yang dimaksud dengan *civil society* tersebut? Dan bagaimana hubungannya dengan negara (*state*)?. Ada beberapa pandangan mengenai ini, diantaranya ada yang menekankan kepada ruang (*space*)¹⁵⁰, dimana individu dan kelompok masyarakat dapat saling berinteraksi dengan semangat toleransi. Di dalam ruang (*space*) tersebut, masyarakat dapat melakukan partisipasi dalam pembentukan kebijaksanaan publik dalam suatu negara.

Civil society merupakan suatu bentuk hubungan antara negara dengan sejumlah kelompok sosial, namun sifatnya independen terhadap negara (Eisenstadt). Namun menurut Eisenstadt, masyarakat tersebut bukanlah

143) Mahfud MD, Ibid. hlm. 72.

144) Afan Gaffar, Ibid. hlm. 177.

masyarakat yang secara mudah kita artikan, masyarakat yang dimaksudkan ialah masyarakat yang memiliki komponen tertentu sebagai syarat dari masyarakat yang disebut *civil society* itu. komponen tersebut meliputi empat hal, yakni¹⁵¹ :

- *Otonomi*

Dengan otonomi dimaksudkan bahwa sebuah *civil society* haruslah sebuah masyarakat yang terlepas sama sekali dari pengaruh negara, apakah itu dalam bidang ekonomi, politik, ataupun bidang sosial. Dalam masyarakat seperti itu, segala bentuk kegiatannya sepenuhnya bersumber dari masyarakat itu sendiri, tanpa ada campur tangan dari negara, dan negara hanyalah fasilitator.

Makna dari otonomi *civil society* disini adalah kemandirian dalam melakukan inisiatif untuk melakukan kegiatan dan kemandirian dari intervensi negara yang tidak seharusnya dilakukan. Demikian juga dengan kemandirian dalam bidang politik, organisasi politik seperti partai-partai politik, organisasi massa, kelompok kepentingan, dan kelompok penekan. Dapat melakukan apa saja, sepanjang hal yang dilakukan itu tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku.

- *Akses masyarakat terhadap lembaga negara*

yang kedua adalah akses masyarakat terhadap lembaga negara, dalam konteks hubungan antara negara dan masyarakat, setiap warga negara, baik secara sendiri-sendiri maupun kelompok harus mempunyai akses terhadap *agencies of state*. Artinya, individu dapat melakukan partisipasi politik dengan berbagai bentuknya, apakah dengan menghubungi pejabat untuk menyampaikan aspirasi mereka, atau dengan terlibat secara langsung ataupun tidak dalam organisasi politik yang ada.

- *Arena publik yang otonom*

Yang dimaksud dalam komponen yang ketiga ini ialah, mengenai tumbuh dan berkembangnya arena publik yang bersifat otonom, dimana berbagai

145) Afan Gaffar, Ibid. hlm. 181-184.

organisasi sosial dan politik mengatur diri mereka sendiri. Arena publik adalah suatu ruang tempat warga negara mengembangkan dirinya secara maksimal dalam aspek kehidupan, bidang ekonomi maupun bidang lainnya. Artinya antara negara dan masyarakat harus saling memberikan pengakuan atas otoritas masing-masing, di satu pihak negara tidak harus dengan sewenang-wenang menyatakan kehendaknya terhadap masyarakat, dan masyarakat tidak perlu memilih jalan yang bersifat anarkis didalam menyampaikan kehendak dan aspirasi mereka.

- *Arena publik yang terbuka*

Yaitu arena publik yang terbuka bagi semua lapisan masyarakat, tidak dijalankan dengan cara yang bersifat rahasia, eksklusif, dan setting yang bersifat korporatif. Pertanyaan pentingnya adalah, apakah yang merekatkan hubungan antara berbagai kelompok sosial yang tumbuh dan berkembang itu serta bagaimana hubungan mereka dengan negara? Eisenstadt menjelaskan, bahwa yang mengikat mereka satu sama lain adalah kehadiran lembaga-lembaga tertentu dan ideologi.

Lembaga tersebut yang paling utama adalah lembaga perwakilan, selain lembaga yang inheren dengan negara, juga lembaga yang diluar kelembagaan negara (satuan masyarakat hukum adat). Lembaga yang diluar lembaga negara utama ini dimaksudkan untuk menghindari hegemoni negara, ataupun kelompok kepentingan tertentu, atau kelas tertentu, dan lembaga yang dimaksud ini menjadi proteksi rakyat atas negara agar kemudian menciptakan akuntabilitas pejabat negara ataupun penguasa.

Dalam konteks civil society di Indonesia, maka pertanyaan yang paling awal yang harus dijawab adalah, apakah di Indonesia sudah terwujud *civil society*? Kalau belum, apakah yang menghambatnya? Kalau sudah dan sedang mengalami proses, maka bagaimanakah prospeknya?¹⁵². menurut Afan Gaffar, secara sederhana dapat dikatakan bahwa apa yang disebut *civil society* di Indonesia belum dapat ditemukan, karena masyarakat Indonesia baru saja atau tengah menghadapi proses transformasi sosial, di satu pihak dan di pihak yang lain, dimensi kekuasaan negara sangatlah besar dan masih mempengaruhi seluruh

146) Afan Gaffar, Ibid. hlm. 186.

aspek kehidupan masyarakat. Bagaimanapun juga membicarakan *civil society*, tidak mungkin melupakan transformasi sosial yang membawa masyarakat pada satu tahap, seperti modernitas.

Tahapan modernitas inilah yang kemudian dalam dimensi masyarakat di level bawah terjadi pendangkalan, serta gesekan terhadap arus modernitas. Pergesekan ini di khawatirkan akan meruntuhkan *consensus* (kesepakatan) antara nilai dan norma dalam masyarakat Indonesia, yang telah berwujud menjadi konstitusi (UUD 1945). karena itu, modernisasi sebagai sebuah gelombang yang dibawa oleh arus global, pasti akan membawa serta imperialism dalam bentuk baru, terutama dari sudut ekonomi. Kecendrungan yang lain ialah konsekuensi distorsi dengan negara menyebabkan hubungan dalam sebuah masyarakat menjadi tidak seimbang, terutama dalam rangka menciptakan kondisi masyarakat sipil yang berdaulat. Ada bagian lain menguat, dan ada bagian lain dari masyarakat yang melemah, untuk itu, dibutuhkan sebuah pra-kondisi untuk menciptakan *civil society* di Indonesia, dan juga untuk mengatasi ketimpangan yang terjadi di intern masyarakat itu sendiri.

Pra-kondisi tersebut ialah; *civic existence*, dimana merupakan ruang dan aturan main yang diperlukan untuk membuat setiap kelompok masyarakat dapat hadir dan eksis dalam ruang tersebut. Setiap kelompok maupun individu bisa mengembangkan potensinya secara optimal dan mengaktualisasikan dirinya; berikutnya adalah *civic system*, ialah mekanisme berbagai kelompok dalam ruang interaksi untuk ikut menentukan berbagai proses pengambilan keputusan yang memengaruhi dirinya. Tingkat partisipasi masyarakat ini dipengaruhi oleh sumber kekuasaan dalam bentuk informasi. Dalam arena masyarakat sipil penguasaan informasi hanya oleh sekelompok orang tentu akan mendistorsi mekanisme interaksi antar komponen masyarakat, ketersediaan informasi ini akan menjadi salah satu pra-kondisi dalam bentuk *civic engagement*¹⁵³.

b. Transnational Civil Society Movement

147) Andi Widjajanto, *Transnasionalisasi masyarakat sipil*, LKIS, Yogyakarta, 2007, hlm. 46.

Pembudayaan, pemasyarakatan, dan pendidikan hukum (*law socialitation and law education*) dalam rangka menciptakan masyarakat yang sadar hukum seringkali dianggap tidak penting¹⁵⁴. Setelah membahas pentingnya pra-kondisi pembangunan masyarakat sipil (*civil society*) sebagai pilar dari demokratisasi, selanjutnya adalah mengenai pergerakannya, serta prospeknya dalam Indonesia, sebagai negara dengan kondisi masyarakat yang baru melewati rezim otoritarian, dan tengah dalam masa transisi demokrasi tentulah ini bukan hal yang mudah.

Menurut Linz dan Stepan, dalam sebuah negara ada tiga kelompok masyarakat¹⁵⁵, yaitu; (1) masyarakat ekonomi yang oleh Antonio Gramsci disebut dengan masyarakat privat; (2) masyarakat politik selaku institusi yang memiliki instrument untuk mendominasi; dan (3) masyarakat sipil yang merupakan perwujudan rakyat kebanyakan (proletar) sebagai sistem kelas sosial yang di hegemoni.

Sebagai sistem masyarakat yang di hegemoni, menurut Riza Primahendra, masyarakat sipil memiliki potensi peran yakni sebagai katalis dialog, menjaga keseimbangan kepentingan, pemberian sinyal dan mobilisasi untuk aksi bersama dalam mewujudkan cita-cita mereka. Namun peran ini baru bisa optimal jika didukung oleh beberapa perangkat sistem, yakni; (1) tersedia sistem sipil yang mampu mengartikulasikan kebutuhan dan kepentingan kelompok masyarakat secara santun (*civilized*), dan (2) tersedianya prosedur yang dapat menjaga keseluruhan proses dalam koridor dinamika sosial yang tidak mengabaikan hak-hak fundamental individu dan komunitas. Dengan demikian masyarakat sipil dalam pergerakannya memberikan kerangka berbasis hak (*rights based framework*).

Menurut Julie Fisher, terdapat beberapa faktor kunci dalam konteks politik nasional yang dapat mempengaruhi perkembangan organisasi masyarakat sipil, baik ditingkat komunitas local maupun nasional, seperti di uraikan dalam table 7 :

Table 7

148) Jimly Ashidique, Ibid. hlm. 312.

149) Andi Widjajanto, Op.cit. hlm. 47.

*Faktor kunci perkembangan organisasi masyarakat sipil
Dalam konteks politik domestik*

Tipe rezim	<ul style="list-style-type: none"> a. Kebebasan berpendapat dan berserikat dapat meningkatkan Peran signifikan dari organisasi masyarakat sipil dan memperkecil kemungkinan negara menggunakan tindakan represif (di Indonesia pada masa orde baru kebebasan seperti ini tidak ditemukan, namun setelah reformasi terjadi, telah ada proses) b. Kelompok-kelompok oposisi, walaupun berada dalam posisi yang sama, tidak selalu menjadi aliansi masyarakat sipil dan organisasi masyarakat sipil c. Tidak terdapat hubungan otomatis antara bentuk pemerintahan dan cara perlakuan terhadap organisasi masyarakat sipil dari hulu hingga hilir
Budaya politik	Keunikan dari setiap budaya politik memiliki akar sejarah yang dapat menggambarkan hubungan dengan organisasi masyarakat sipil
Ketidakmampuan dan instabilitas negara	Negara yang memiliki institusi lemah dapat dipengaruhi oleh organisasi masyarakat sipil, akan tetapi implementasi dari kebijakan yang dihasilkan akan sulit diprediksikan keberlangsungannya. Negara yang lemah juga akan mengalami kesulitan untuk mengembangkan hubungan yang konsisten dengan organisasi masyarakat sipil. Misalnya dalam kondisi perang sipil atau konflik etnik, pemerintah cenderung meningkatkan kewaspadaan terhadap aktivitas organisasi masyarakat sipil

Sumber: Andi Widjanto – transnasional masyarakat sipil, 2007.

Organisasi masyarakat sipil dalam konteks Indonesia di lembagakan melalui institusi-institusi, seperti media, perguruan tinggi, organisasi kemasyarakatan, kelompok agama, dan kelompok adat. Di negara yang sedang mengalami transisi demokrasi seperti Indonesia pasca reformasi, kelompok ini haruslah memainkan penting, terutama sebagai gerakan untuk melakukan check and balances terhadap power negara serta bekerja berdampingan dengan negara untuk menghasilkan perubahan menuju demokrasi, terutama untuk mewujudkan cita masyarakat madani (*civil society*) untuk melaksanakan pembudayaan, pemasyarakatan, dan pendidikan hukum.

Sebagai sebuah proses panjang menuju demokratisasi, untuk menciptakan iklim *civil society* di Indonesia bukanlah hal mudah, lebih jauh soal hal tersebut, agar terlaksana, selain melalui organisasi masyarakat sipil yang mandiri, *civil society* haruslah dibangun melalui adanya *public sphere* atau ruang yang cukup

yang disitu masyarakat sipil ataupun organisasi masyarakat sipil dapat dengan leluasa melakukan aktivitas sosial, politik bebas intervensi, dan kesempatan membangun ekonomi yang tidak berpihak pada golongan tertentu. Didalam *public sphere* ini masyarakat akan memiliki akses yang luas juga terhadap lembaga-lembaga, baik lembaga negara seperti birokrasi, lembaga perwakilan dan peradilan, maupun lembaga non-negara seperti partai politik dan kelompok kepentingan. Dan melalui *public sphere* ini segala sesuatu bisa didiskusikan secara serius dan intensif menyangkut segala hal yang berkaitan dengan negara, serta kebijakan untuk masyarakat nantinya dengan melibatkan langsung masyarakat untuk mendiskusikannya.

Oleh sebab itu, penting bagi Indonesia dalam rangka membangun iklim *civil society*, dan menguatkan serta memberdayakan masyarakat sipil sebagai proses menuju demokratisasi, untuk mulai melakukan pembenahan terutama menciptakan *public sphere* dalam setiap pengambilan kebijakannya. Sebagai tantangan reformasi, *civil society* bukanlah merupakan keniscayaan, disinilah awal memulai langkah menuju masyarakat madani, menuju masyarakat yang otonom serta kritis dalam mengawal pemerintahan Indonesia menuju masa depan yang lebih baik.

Untuk mewujudkan *civil society* dalam sebuah negara, sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa dalam prosesnya kemudian masyarakat akan tergiring kedalam sebuah tahap yakni modernisasi, dan Indonesia tengah mengalami hal ini. Sudah barang tentu, dampak-dampak negative tersebut turut serta dalam arus yang di bawa oleh tahap ini, terutama bagi masyarakat Indonesia, yang bertipikal tradisional, serta menjunjung tinggi adat dan budaya bangsa, sebagai akibat dari arus tersebut kini telah bergeser menjadi masyarakat konsumtif dan hedon, dimana ini juga berdampak bagi penyelenggaraan hukum dan penyelenggaraan ketatanegaraan di negeri ini.

c. Dalam kepongungan paham global

Masyarakat senantiasa mengalami perkembangan, tahap-tahap tersebut bisa ditelusuri misalnya secara teologis, pengetahuan animisme, telah bergeser menuju dinamisme dari dinamisme menuju ke politeisme, dan politeisme menuju

konsep monoteisme. Demikian pun menyangkut paradigma ilmu pengetahuan, dari teosentris, ke empirisme, dari empiris ke rasionalisme, dari rasionalisme ke positivisme, dari positivisme ke materialisme, dari materialisme ke idealisme dan pada tataran tertentu intuisiisme juga mendapat posisinya sebagai paradigma ilmu pengetahuan. Berbagai simbol telah diciptakan manusia untuk dilekatkan mewakili bahasa manusia dalam menyebut pergeseran paradigma pemikiran dan pengetahuan manusia dari waktu ke waktu¹⁵⁶.

Terkait modernisasi melalui pengetahuan modern (tahapan masyarakat yang harus dilewati), Foucault kemudian memberikan kritik yang tajam terhadap hal ini, Menurutnya pengetahuan moderen telah menciptakan kebenaran melalui produksi pengetahuan ilmiah yang disebarkan melalui institusi-institusi seperti Universitas, angkatan bersenjata, dan media. Penciptaannya ini tidak dapat dilepaskan dari hasrat kekuasaan untuk melakukan kontrol. Disamping itu dikenal juga wacana *developmentisme*, yang menurut pendekatan post-strukturalisme dalam teori pembangunan berpendapat bahwa wacana *development* bukanlah wacana yang netral.

Di balik wacana tersebut (*developmentalisme*) terkandung nafsu negara-negara maju untuk mengontrol dan menguasai politik dan ekonomi negara dunia ketiga. Melalui *discourse developmentalis*, dunia pertama menetapkan kontrol terhadap negara dunia ketiga, dimana dunia ketiga pertama-tama diberi label "kekurangan" dan berada dalam kondisi keterbelakangan, kemudian untuk dunia ketiga selanjutnya perlu belajar mengikuti jalan yang pernah ditempuh masyarakat

150) Masing – masing tokoh menyebutkan model pergeseran konsep mereka tentang pergeseran pemikiran sangat beragam. Meski terkadang tidak berurutan secara kronologis disinilah yang menjadikan sejumlah aliran-aliran pemikiran dalam filsafat semakin berkembang. Aliran tersebut melingkupi rasionalisme, empirisme, materiaslisme, positivisme, idealisme, pragmatisme, eksistensialisme, perenialisme dan lain sebagainya. Masing – masing aliran memiliki model gaya dan karakter pemikiran yang berbeda sesuai dengan kecenderungan masing-masing. Masing –masing aliran muncul sebagai reaksi atas aliran yang lain yang dianggap terdapat anomali dan krisis sehingga diperlukan paradigma baru dalam menyelesaikannya. Secara lebih dalam berkaitan dengan pergeseran paradigma positifisme ke postpositifisme baca tulisan Alex Rosenberg, *Philosophy of Science; A Contemporary Introduction* (New York:Routledge,2005) hal 146-168 dan juga buku kecil Seri posmodernisme Karangan Ziauddin Sardar, Thomas Kuhn dan Perang Ilmu, Penerjemah Sigit Djatmiko(Yogyakarta:Jendela, 2002) hal. 13- 64

barat. Dengan berhasil melakukan hegemoni wacana terhadap masyarakat dunia ketiga, maka *Developmentalisme* akhirnya berhasil melakukan penunggalan impian dan tujuan pembangunan masyarakat dunia ketiga, serta cara untuk mencapainya. Dengan demikian ide ini tidak memberi ruang bagi pengetahuan lain di luar pengetahuan yang mendukung *developmentalisme* untuk tumbuh dan berkembang. Hal ini tentu saja menindas dan bahkan mematikan pengetahuan yang berbeda dengan teori-teori modernisasi seperti Pengetahuan lokal misalnya cara pertanian tradisional, kelembagaan sosial yang dimiliki masyarakat tradisional, pendidikan tradisional seperti pesantren.

Singkat kata kaum *developmentalis* berpendapat pengetahuan lokal, tradisional dan pengetahuan lain diluar pengetahuan moderen adalah pengetahuan yang menghambat masyarakat menuju kemajuan. Oleh karena itu pengetahuan tersebut harus diubah dan digantikan dengan pengetahuan moderen. Pada akhirnya *developmentalisme* tidaklah membuat masyarakat dunia ketiga pada kondisi yang lebih baik. Penindasan terhadap pengetahuan lokal telah mematikan pengetahuan lokal yang telah tumbuh dan berkembang didalam masyarakat. Akibatnya teori-teori pembangunan modernisasi tidak mempunyai akar yang kuat didalam masyarakat dunia ketiga.

Teori ini (*developmentalisme*) juga membuat masyarakat dunia ketiga mempunyai ketergantungan terhadap produk dan modal dari negara maju, sebab ukuran pembangunan mereka mengikuti kriteria dan cara yang telah ditentukan oleh masyarakat barat, akibatnya negara dunia ketiga semakin berada dalam kontrol negara barat¹⁵⁷. Selanjutnya, pertentangan juga muncul dari kelompok postmodernisme, yang merupakan suatu pergerakan ide yang menggantikan ide-ide zaman modern. Zaman modern dicirikan dengan pengutamaan rasio, objektivitas, totalitas, strukturalisasi/ sistematisasi¹⁵⁸, universalisasi tunggal dan kemajuan saints¹⁵⁹. Postmodern memiliki ide cita-cita, ingin meningkatkan

151) Revisi Terhadap *Teori Pembangunan Foucaultian*: Yanuardi / 22783/IV-1/2114/05 Sebuah Upaya Mengembangkan Teori Pembangunan Deliberatif .

152) Louis Leahy, *Manusia Sebuah Misteri; sintesa filosofis makhluk paradoks*, Gramedia, Jakarta, 1985, hlm. 271.

153) Disini lain muncullah Gerakan anti strukturalis yang disebut dengan gerakan poststrukturalis dan beberapa penulis menyebutkan dengan superstrukturalis. Konsep ini

kondisi sosial, budaya dan kesadaran akan semua realitas serta perkembangan dalam berbagai bidang. Postmodern mengkritik modernisme yang dianggap telah menyebabkan sentralisasi dan universalisasi ide di berbagai bidang ilmu dan teknologi, dengan pengaruhnya yang mencengkram kokoh dalam bentuknya globalisasi dunia.

Prinsip postmodernisme adalah meleburnya batas wilayah dan perbedaan antar budaya tinggi dengan budaya rendah, antara penampilan dan kenyataan, antara simbol dan realitas, antara universal dan peripheral dan segala oposisi biner lainnya yang selama ini dijunjung tinggi oleh teori sosial dan filsafat konvensional¹⁶⁰. Jadi postmodern secara umum adalah proses *dediferensiasi* dan munculnya peleburan di segala bidang.¹⁶¹ Postmodernisme merupakan *intensifikasi* (perluasan konsep) yang dinamis, yang merupakan upaya terus menerus untuk mencari kebaruan, eksperimentasi dan revolusi kehidupan, yang menentang dan tidak percaya pada segala bentuk narasi besar (*meta naratif*), dan penolakannya terhadap filsafat metafisis, filsafat sejarah, dan segala bentuk pemikiran totalitas, dan lain-lain.

Dari paparan tersebut sebelumnya dimaksudkan, bahwa ciri dari postmodern adalah melingkupi hal-hal secara konseptual ide yang meliputi; **Pertama**, Ide yang menghendaki penghargaan besar terhadap alam ini sebagai kritik atas gerakan modernisme yang mengeksploitasi alam; **Kedua** Ide yang menekankan pentingnya bahasa (Hermeneutik, Filologi) dalam kehidupan manusia dengan segala konsep dan analisisnya yang kompleks, ini sebagai antitesa atas kondisi modernisme atas kuasa tafsir oleh mesin birokrasi ilmu pengetahuan; **Ketiga**, Ide besar untuk mengurangi kekaguman terhadap ilmu pengetahuan,

berkembang sebagai gerakan ingin melakukan kritik serius atas pemikiran strukturalis kaum modernis yang telah melumpuhkan nalar kreatif manusia yang hidup dalam kancan kontemporer. Aliran poststrukturalisme mengandung arti sebuah gerakan filsafat yang merupakan reaksi terhadap strukturalisme dan membongkar setiap klaim akan oposisi berpasangan, hierarki berjenjang, dan validitas kebenaran universal dan kemudian mengajukan konsep baru dengan menjunjung tinggi permainan bebas tanda serta ketidakstabilan makna dan kategorisasi intelektual. Untuk mendapatkan gambaran lebih utuh baca Karua Richhard Harland, *Superstrukturalisme; Pengantar komprehensif kepada semiotika, strukturalisme dan poststrukturalisme*, (Yogyakarta; Jalasutra, 2006).

154) Bambang Sugiharto, *Postmodernisme Tantangan Bagi Filsafat*, Kanisius, Yogyakarta, 2000, hlm. 20.

155) Scoot Lash, *Sosiologi Postmodernisme*, Kanisius, Jakarta, hlm. 21.

kapitalisme, dan teknologi yang muncul dari perkembangan modernisme. Dengan alasan bahwa semua itu telah melahirkan konstruksi manusia sebagai obyek yang mati dalam realitas kehidupannya. Sehingga menjauhkan manusia dari humanismenya itu sendiri; **Keempat**, ide pentingnya inklusivitas dalam menerima tantangan agama lain atas agama dominant sehingga terbuka munculnya ruang dialogis. Ini muncul sebagai akibat menjamurnya dan tumbuhkembangnya realitas modernis yang menempatkan ideologi sebagai alat pembenar masing-masing; **Kelima** sikap yang cenderung permisive dan menerima terhadap ideologi dan juga agama lain dengan berbagai penafsiran; **Keenam**, secara kasuistik munculnya ide pergeseran dominasi kulit putih di dunia barat; **Ketujuh**, merupakan ide-ide cemerlang yang menjadi daya dorong kebangkitan golongan tertindas, seperti golongan ras, gender, kelas minoritas secara sosial yang tersisihkan; **Kedelapan**, Ide tentang tumbuhnya kesadaran akan pentingnya *interdependensi* secara radikal dari semua pihak dengan cara yang dapat dan memungkinkan terpikirkan oleh manusia secara menyeluruh.

Dengan demikian, di tengah kepingan paham-paham global seperti di paparkan diatas, masyarakat Indonesia diperhadapkan dengan beragam pilihan, sebagai negara yang sedang di mengalami transformasi modernitas, masyarakat Indonesia kini tengah mengalami krisis multidimensi tahap dua (pasca krisis multidimensi 1998, yang kemudian memuncak menjadi reformasi), beberapa kecendrungan masyarakat harus diperhatikan, sebab kini masyarakat Indonesia bukan lagi constituen yang memiliki power terhadap negara, negara juga semakin kuat, watak kekuasaan pun kini tengah bergeser secara luar biasa.

Sebagai akibat dari bergesernya paham dalam masyarakat plural di Indonesia, telah membuat terciptanya krisis-krisis di hampir semua dimensi masyarakat dan negara. Fenomena sosiologi ini merupakan tantangan Indonesia setelah reformasi konstitusional, Adapun bentuk dari krisis multidimensi yang akan merusak tatanan pluralistik bersama perangkatnya budaya dan adatnya, yang harus diantisipasi secara serius, ialah :

- Hukum Sebagai Alat Kejahatan

Law as a tool of crime, perbuatan jahat dengan menggunakan hukum sebagai alatnya sulit dilacak karena diselubungi oleh hukum dan berada dalam hukum. Di Indonesia sendiri sebagai negara hukum, fenomena seperti ini seringkali mengemuka, dan menjadi persoalan utama yang harus di selesaikan;

- a. *Judicial activism* adalah Kejahatan yg dilakukan aparat penegak hukum, yang menyalahgunakan jabatan untuk membuat seseorang bersalah atau tidak;
- b. Kecendrungan hakim mengembangkan atau memperluas pengertian hukum & peraturan konstitusi yang berlaku dengan gunakan interpretasi hukum menurut pendapatnya;
- c. Kecendrungan para penegak hukum untuk mengarah ke upaya memperluas/mempersempit pengertian peraturan hukum dan ketetapan konstitusi diluar kehendak pembuat peraturan hukum serta ketetapan tersebut;

Sebagai akibatnya, fenomena ini akan menciptakan *Extra judicial crime* yaitu :

- (a) Lembaga yang terbentuk karena ketidakpuasan masyarakat terhadap kinerja penegak hukum;
- (b) Masyarakat tidak percaya integritas moral para penegak hukum karena aparat telah melakukan penyalahgunaan wewenang¹⁶²;
- Masalah sosial

Secara umum masalah sosial merupakan penyimpangan perilaku individu maupun lembaga di dalam masyarakat yang dirasakan mengganggu, berbahaya dan merugikan bagi kepentingan orang banyak atau masyarakat umum, bidang-bidang permasalahan sosial diantaranya meliputi :

- 1) Folkways → Perangkat peran - Fungsi lembaga
- 2) Mores → Perilaku peran - Peran lembaga

156) Prof. Dr. Tb. Ronny Rahman Nitibaskara & Dr. Bambang Widodo Umar, *makalah Sosiologi Hukum*

- 3) Customs → Kegagalan berperan - Proses pelembagaan
 4) Laws → Konflik peran - Kepentingan – lembaga

Bentuk-bentuk dari permasalahan sosial diantaranya ialah :

(1) Alienasi

Ialah ketidakberdayaan, ketidakberartian, ketiadaan norma, keterpencilan, keterasingan, ketidakseimbangan diri, Keterasingan diri atas karyanya di dalam masyarakat atau kelompok, disertai perasaan tanpa norma, tanpa arti, tanpa daya, tanpa kemampuan, tanpa perhatian, merasa rendah diri, terisolasi, dan tersingkir dalam kehidupan;

(2) Anomi yakni :

- Kondisi masyarakat yang tidak memiliki seperangkat norma dan sistem nilai yang dihayati kebenarannya, berlaku secara konsisten, dan digunakan sebagai pedoman oleh warga masyarakatnya;
- Nilai-nilai lama telah ditinggalkan sedangkan nilai baru belum terbentuk;
- Cara menerapkan nilai lama tidak sesuai dengan perkembangan, sedangkan cara baru belum ada;

(3) Anomali

Anomali adalah proses penyimpangan fungsi-fungsi lembaga dalam masyarakat yang tidak segera diperbaiki perannya sehingga menimbulkan kegalauan atau keadaan anomie. Bentuknya berupa pelanggaran terhadap norma-norma sosial yang telah melembaga atau mapan, tidak ada sanksi yang efektif, dan tidak melakukan perubahan secara substansial cara utk mengatasi masalah;

(4) Involusi adalah kemunduran, kemerosotan kebudayaan karena ketidakseimbangan yang terjadi di dalam kehidupan sosial sudah mencapai bentuk yang pasti, namun tidak berhasil diseimbangkan atau diubah menjadi suatu pola baru, justru terus berkembang hingga menjadi semakin rumit. Bentuknya berupa peningkatan

teknik melangsungkan kehidupan atas dasar ketertutupan (*exclucivisme*), dalam konteks mekanisme daya tahan masyarakat (*defence-mechanisme*), hingga sikap sosial mengalami dehumanisasi, kepekaan sosial menghilang, persepsi sosial menjadi kabur, kebanggan hanya pada lambang-lambang kesuksesan, mabuk kekuasaan, materi dan panik;

- (5) Polarisasi yaitu proses terjadinya dua lapisan dalam masyarakat (lapisan atas dan lapisan bawah) yang menunjukkan perbedaan sikap dan kemampuan dalam merespon ilmu pengetahuan dan teknologi serta hasil-hasil pembangunan sedemikian rupa, sehingga tingkat kesejahteraan dan kemampuan kedua lapisan itu jauh berbeda. Bentuknya antara lain adalah kesenjangan dalam kesejahteraan, pendidikan, akses dalam berpolitik dan lain-lain;

Krisis-krisis yang diuraikan tersebut pada intinya adalah merupakan proses melemahnya daya pengikat sosial berupa nilai-nilai, lembaga-lembaga, fungsi-fungsi, status-status, peranan-peranan, mekanisme, cara-cara hidup dalam masyarakat, Bentuknya berupa kontradiksi-kontradiksi sikap dan tindakan dlm bentuk arogan, brutal, agresif, anarkhi di masyarakat dalam menghadapi setiap kebijakan negara yang dianggap tidak selaras dengan pendapat umum. Selanjutnya problem sosial dapat di klasifikasikan sebagai berikut :

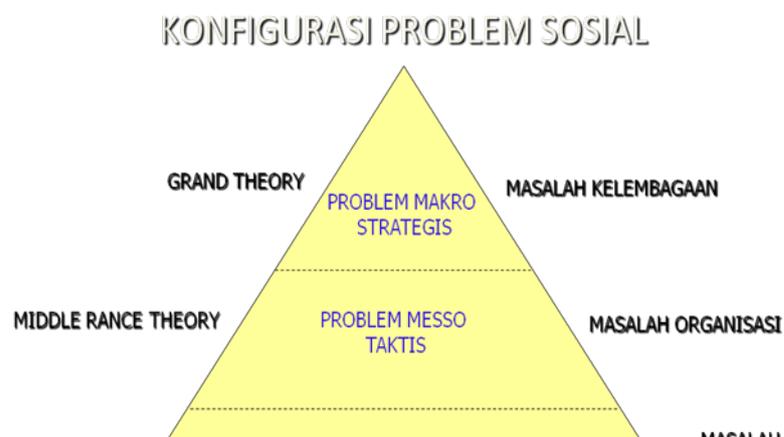


Table 8

Masalah makro	<ul style="list-style-type: none"> - Hak Atas Kekayaan Intelektual. - Fungsi Lembaga Arbitase. - Sistem Kepolisian Nasional
Masalah meso	<ul style="list-style-type: none"> - Persaingan Usaha. - Kepailitan Perusahaan. - Transaksi Bisnis Nasional – Internasional. - Peranan lembaga. - Perbankan
Masalah mikro	<ul style="list-style-type: none"> - Perlindungan konsumen. - Perlindungan wanita. - PHK. - Kenakalan remaja

Dengan demikian, problem-problem masyarakat tidak hanya ada di lapisan bawah, dari klasifikasi tersebut sebelumnya, bahwa persoalan ini adalah mulai dari makro, meso, hingga mikro, perlu dituntaskan dalam rangka membangun *civil society*. Masalah-masalah sosial seperti yang dikemukakan sebelumnya, menjadi penting untuk diwaspadai kehadirannya di tengah situasi transisi demokrasi. Reformasi yang terjadi di Indonesia sejatinya dipahami bukan saja mengenai reformasi sistem pemerintahan, akan tetapi juga reformasi dalam rangka menyatukan kembali satuan kelompok masyarakat yang terpecah belah, serta mempersiapkan pra-kondisi untuk terciptanya *civil society* di negeri ini, juga sebagai sebuah langkah politik hukum untuk menuntaskan persoalan baik di level makro hingga mikro.

2. Harapan Membangun Negara Hukum Demokratis

(di bawah bayang-bayang krisis multidimensi)

Sebagai sebuah harapan, selain sistem pemerintahan yang di benahi, kondisi masyarakat juga perlu untuk di pahami problematikanya, melalui pembacaan secara empiris mengenai kondisi masyarakat Indonesia kini. Arus global yang begitu deras telah membawa serta kepentingan global khususnya penguasa-penguasa internasional untuk melirik potensi serta ingin menguasai sektor-sektor penting dalam negara yang baru saja melakukan reformasi seperti Indonesia. arus demikian juga menyebabkan masyarakat kebingungan hendak bertahan sebagai masyarakat tradisional atautkah modern, menjadi dilematis, apakah harus meninggalkan cara-cara lama yang tradisional dan mulai menerima cara-cara baru yang cenderung tidak lagi menempatkan nilai dan norma sebagai pandangan hidup.

Disamping itu, dalam dimensi masyarakat tertentu beberapa praktek tersebut telah terjadi, kejahatan-kejahatan dengan beragam modus, masalah-masalah sosial seperti alienasi, anomie, anomaly, involusi, dan polarisasi yang semakin tampak sesungguhnya memberikan sinyal kepada negara agar menuntaskan ini semua, bahwa reformasi konstitusional adalah kesepakatan untuk tetap berada dalam pondasi tatanan nilai dan norma kehidupan kebangsaan. Masyarakat sebagai elemen penting tersebut haruslah diselamatkan dari kepongahan paham global yang mulai memporak-porandakan baik dari sistem pemerintahan hingga budaya dan adat melalui *influence* terhadap pola hidup serta penguasaan atas ekonomi strategis.

Ditengah transisi demokrasi menuju demokrasi yang sedang berlangsung dengan sangat intensif ini, sebagian pakar menyebutkan bahwa sudah waktunya untuk memikirkan tentang format demokrasi yang tepat untuk masyarakat Indonesia, selain wacana *civil society*, serta masalah-masalah sosial yang dikemukakan sebelumnya. Pertanyaannya adalah bagaimana kita menemukan sebuah "*a workable democracy*", yakni demokrasi yang dapat berfungsi, yang menjamin stabilitas politik dan terpeliharanya kesatuan dan persatuan bangsa,

serta memungkinkan pemerintah mampu melaksanakannya secara maksimal? Melalui proses perubahan sosial yang berjalan selama seperempat abad diharapkan akan memunculkan kelas menengah di Indonesia yang secara teoritik akan membantu proses demokratisasi menuju sebuah kehidupan politik dan hukum yang demokratis. Namun pada kenyataannya kelas menengah yang diharapkan ini masih terlampau sedikit untuk berperanan dalam sebuah demokrasi. Ketimpangan sosial yang terjadi dalam masyarakat semakin kuat, terutama ketimpangan antar golongan, ditopang ketimpangan antar sektor dan regional.

Adapun masalah pokok yang berkaitan dengan negara adalah watak kekuasaan, kehidupan negara adalah suatu proses pembentukan dan penggantian yang terus berlangsung, menurut Gramsci yang harus dilakukan adalah menyatukan dua tingkat dua tingkat suprastruktur utama, yakni; pertama, seperti yang sudah penulis bahas dalam sub sebelumnya yakni masyarakat sipil, yaitu bagian dari kelompok yang biasanya disebut 'private', dan yang kedua adalah masyarakat politik atau negara. Keduanya di satu sisi, memiliki fungsi-fungsi hegemoni yang dilakukan oleh kelompok dominan dalam masyarakat, dan di sisi lain juga mempunyai fungsi-fungsi dominasi langsung yang dilakukan oleh negara dan pemerintahan yakni hukum¹⁶³. Sepintas ini tampak seperti perang posisi, yang jelas akan berimplikasi pada pelaksanaan politik dan hukum. pertanyaan yang patut diajukan dari perang posisi ini ialah, apakah pembentukan pola budaya politik dan budaya hukum Indonesia bersifat negatif ataukah positif terhadap pembentukan *civil society* di Indonesia guna menyongsong proses demokratisasi di masa-masa yang akan datang? Untuk menjawab ini, penulis ingin menegaskan untuk tidak menggunakan pendekatan berdasarkan positivisme, akan tetapi melalui kacamata post-positivisme, serta kaidah-kaidah empiris, yang dipadukan dengan dinamika masyarakat di Indonesia.

c. Menata Cultur politik

157) Roger Simon, *Gagasan Politik Gramsci*, Insist bekerjasama dengan Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2004, hlm. 102.

Teori tentang budaya politik merupakan salah satu bentuk teori yang dikembangkan dalam memahami suatu sistem politik. Diantara kalangan teoritis dalam ilmu politik yang sangat berperan dalam mengembangkan teori kebudayaan politik adalah Gabriel Almond dan Sidney Verba. Menurut keduanya, budaya politik merupakan sikap individu terhadap sistem politik dan komponennya, juga sikap individu terhadap peranan yang dapat dimainkan dalam sebuah sistem politik¹⁶⁴. Budaya politik tidak lain daripada orientasi psikologis terhadap objek sosial, dalam hal ini sistem politik kemudian mengalami proses internalisasi ke dalam bentuk orientasi yang bersifat *cognitive, affective, dan evaluative*.

Orientasi yang bersifat kognitif menyangkut pemahaman dan keyakinan individu terhadap sistem politik dan atributnya, seperti tentang ibukota negara, lambang negara, kepala negara, batas-batas negara, mata uang yang dipakai, dan lain sebagainya. Sementara itu, orientasi yang bersifat afektif menyangkut ikatan emosional yang dimiliki oleh individu terhadap sistem politik. Jadi, menyangkut *feelings* terhadap sistem politik. Sedangkan orientasi yang bersifat evaluatif menyangkut kapasitas individu dalam rangka memberikan penilaian terhadap sistem politik yang sedang berjalan dan bagaimana peranan individu didalamnya.

Dengan sikap dan orientasi seperti itu, kemudian terbentuklah budaya politik yang berbeda. Misalnya, dalam masyarakat yang sikap dan orientasi politiknya di dominasi oleh karakteristik yang bersifat kognitif akan terbentuk budaya politik yang parokial. Sementara, dalam sebuah masyarakat yang sikap dan orientasi politiknya diwarnai oleh karakteristik yang bersifat afektif, maka akan terbentuk budaya politik yang bersifat subjektif. Akhirnya masyarakat akan memiliki kompetensi politik yang tinggi, dimana warga masyarakat mampu memberikan evaluasi terhadap proses politik yang berjalan, dan akan terbentuk sebuah budaya politik yang bersifat partisipatif. Selanjutnya budaya politik demokratis, dalam hal ini budaya politik yang partisipatif, akan mendukung terbentuknya sebuah sistem politik yang demokratis dan stabil. Budaya politik

158) Afan Gaffar, Ibid. hlm. 99.

yang demokratik ini menyangkut suatu kumpulan sistem keyakinan, sikap, norma, persepsi, dan sejenisnya, yang menopang terwujudnya partisipasi.

Almond dan Verba menjelaskan, bahwa keyakinan akan kemampuan seseorang merupakan kunci bagi sebuah sikap politik, dan keyakinan tersebut juga merupakan kunci bagi terbentuk dan terpeliharanya demokrasi. Dan dalam melakukan proses akulturasi, proses pembentukan budaya politik itu dilakukan melalui apa yang disebut sebagai sosialisasi politik, namun perlu di ingat juga bahwa hal tersebut dapat terwujud jika ada kesadaran politik yang tinggi dilapisan bawah masyarakat Indonesia. Dalam konteks Indonesia, sulit untuk melakukan identifikasi budaya politiknya, menurut Afan Gaffar, hal ini disebabkan oleh :

- (2) Hierarchy yang tegar;
- (3) Kecenderungan patronage (interaksi yang bersifat resiprokal atau timbal balik);
- (4) Kecenderungan neo-patrimonialistik (mempersesikan segala sesuatunya secara pribadi);

Oleh karena itu, secara praktis memang untuk merealisasikan budaya politik tentu bukanlah hal yang mudah, apalagi dengan kultur Indonesia yang dirumuskan dalam tiga faktor tadi, namun bukanlah berarti ini menjadi suatu keniscayaan, tentu ini menjadi agenda masa depan dalam rangka demokratisasi, terlepas dari komponen-komponen teori ini apakah masih relevan atau tidak, namun penting bagi masyarakat Indonesia untuk sadar politik, agar lebih cermat dalam mengawal dan menyuarakan aspirasinya.

d. Membingkai Budaya hukum

Konsep mengenai budaya hukum adalah konsep yang relative masih baru dalam kajian hukum pada umumnya dan perkembangan kajian hukum di negara kita pada khususnya. Konsep tentang budaya hukum ini untuk pertama kalinya diperkenalkan oleh Lawrence M. Friedmann pada tahun 1969. Menurut Friedmann, setiap sistem hukum (*legal system*) selalu mengandung tiga komponen atau unsur, yaitu unsur substansial, unsur struktural, dan unsur kultural (budaya).

Unsur ketiga yang oleh Friedmann disebut budaya hukum, adalah sebagai “bensinnya motor keadilan”, yang selanjutnya dirumuskan sebagai sikap-sikap

dan nilai-nilai yang ada hubungannya dengan hukum dan sistem hukum. menurutnya, apa yang disebut sebagai budaya hukum itu adalah tidak lain dari keseluruhan faktor yang menentukan bagaimana sistem hukum memperoleh tempatnya yang logis dalam kerangka budaya milik masyarakat umum. Secara singkat dapat dikatakan bahwa apa yang disebut budaya hukum ini adalah keseluruhan sikap warga masyarakat dan sistem nilai-nilai yang ada dalam masyarakat yang akan menentukan bagaimana seharusnya hukum itu berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan¹⁶⁵.

Bilamana kita melihat bekerjanya hukum semata-mata dari segi struktural saja, maka kita akan terpaku pada kerangka bekerjanya sistem hukum sebagaimana yang telah digambarkan dalam peraturan-peraturan hukum yang berlaku. Demikian pun jika hanya dilihat dari segi substansialnya saja, maka yang tampak adalah hukum sebagai seperangkat norma yang logis dan konsisten dan bersifat otonom, dalam hal ini hukum menjadi dogmatis sehingga realitas sosial terlupakan.

Dengan dimasukkannya unsur budaya dalam rencana strategis Indonesia dimasa depan, maka tentulah akan terlihat hukum secara lebih realistis, yaitu hukum sebagaimana apa adanya dalam kehidupan masyarakat. Dengan demikian budaya hukum akan berfungsi sebagai 'jiwa' yang akan menghidupkan mekanisme hukum secara keseluruhan. Selain itu juga dengan melalui budaya hukum ini mekanisme monitoring akan lebih leluasa, misalnya melalui penakaran efektifitas sebuah kebijakan pemerintah.

Sebagaimana budaya politik, budaya hukum juga menitik beratkan pada kesadaran masyarakat atas hukum, terutama ialah mengenai hak dan kewajibannya, terkait tujuan terciptanya *civil society*, maka budaya hukum perlu di sosialisasikan melalui diskursus-disukursus terkait persoalan implementasi hukum sejauh ini, apakah sudah tepat ataukah masih jauh dari cita keadilan. Budaya hukum ini juga dimaksudkan sebagai gerakan pembangunan kekuasaan

159) Soetanto Soepiady, *UUD 1945 – kekosongan politik makro*, KEPTEL PRESS, Jakarta, 2004, hlm. 39-40.

yudikatif yang berpihak kepada rakyat, serta otonom dan bebas intervensi politik kepentingan.

F. PERANG POSISI DALAM KETATANEGARAAN INDONESIA

Momentum reformasi pada pertengahan tahun 1998 telah memudahkan pintu masuk bagi proses kesepakatan (*consensus*) politik dan hukum untuk menata kembali negara Indonesia, dimulai dari amandemen UUD 1945 secara menyeluruh dan bertahap, juga mengusung isu-isu sentral dan strategis antara lain, penegakkan demokrasi, hukum, dan hak asasi manusia (HAM), serta otonomi daerah. Tujuannya adalah untuk mewujudkan penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara agar lebih demokratis serta dalam rangka mendorong percepatan tercapainya kesejahteraan rakyat. Untuk itu, maka perubahan mendasar dalam berbagai tatanan kehidupan kenegaraan dan kemasyarakatan dilakukan baik dalam suorasutruktur maupun infrastruktur politik, penegasan jaminan terhadap hak-hak konstitusional warga negara, serta merespons perkembangan global yang memungkinkan sebagai bangsa yang berdaulat bisa berdiri tegak bersaing dalam kompetisi.

Tahapan-tahapan sejarah yang telah dilalui Indonesia hingga kemudian sampai pada momentum reformasi ini tentulah bukan sebuah proses yang singkat, akan tetapi melalui tahap-tahap yang sulit dan panjang, bahkan penuh pengorbanan. Bahwa dalam sepanjang perjalanan ketatanegaraan Indonesia ternyata telah terjadi yang oleh Mahfud MD disebut tolak-tarik antara langgam demokrasi dan langgam otoritarian. Menurut penulis, juga merupakan pergulatan ideology dan kepentingan politik antar golongan yang telah terstruktur didalam kekuasaan negara. Diantaranya golongan kebangsaan atau nasionalis sekuler dan golongan islam atau nasionalis religius, sebagaimana tercermin Dewan Konstituante.

Sistem demokrasi sendiri menurut penulis, telah dimulai dari pengangkatan Presiden dan Wakil Presiden, yang kemudian disusul oleh lahir dan berubahnya posisi KNIP melalui Maklumat Wakil Presiden No. X tahun 1945 yang kemudian menimbulkan polemik, dan ini adalah akibat dari kekosongan

politik di level makro. Ada beberapa hal yang perlu di kritisi di tahap ini yakni; perubahan kedudukan KNIP dari yang semula sebagai pembantu Presiden berubah menjadi MPR dan DPR berarti telah terjadi perubahan sistem pemerintahan dari Presidensial menjadi Parlementer yang dibuktikan bahwa menteri-menteri tidak lagi bertanggung jawab kepada Presiden, tetapi bertanggung jawab kepada parlemen KNIP.

Perubahan seperti ini tidak dikenal dalam UUD 1945, namun sistem seperti ini terus berjalan hingga 27 desember 1949 dan UUD 1945 sendiri secara tekstual tidak mengalami perubahan. Disisi yang lain, keinginan membentuk pemerintahan yang demokratis berbasis partisipasi masyarakat dilakukan dengan Maklumat Pemerintah tanggal 3 november 1947 tentang pembentukan Partai Politik, sehingga berlakulah sistem parlementer dengan multipartai. Hal ini juga merupakan penyimpangan terhadap pelaksanaan UUD 1945 yang menganut sistem presidensial, walaupun memang jika kita kaji lebih jauh sistem presidensial yang dianut sendiri merupakan bentuk sistem presidensial yang tidak murni (quasi presidensial).

Adapun perubahan konstitusi dari UUD 1945 ke Konstitusi RIS adalah merupakan hasil dari intervensi Belanda dengan melakukan politik konfrontasi, di level Internasional (PBB) melalui konferensi meja bundar (KMB) yang menghasilkan keputusan berdirinya Republik Indonesia Serikat yang terdiri dari negara-negara bagian yaitu Republik Indonesia dan BFO (*byeenkomst voor federal overlage*). Atas dasar kepentingan tersebut disusunlah sebuah konstitusi baru oleh delegasi RI dan delegasi BFO, rancangan tersebut kemudian ditetapkan pada tanggal 27 desember 1949 dan diberi nama Konstitusi Republik Indonesia Serikat. Tahap ini disebut sebagai tahap demokrasi liberal, demikianpun dengan muatan konstitusinya yang sarat dengan paham liberal, dan konstitusi ini juga tidak sanggup mengakomodir kedua kepentingan baik itu dari pihak RI dan BFO. Menurut penulis, polemik di tahap ini sangat minim diplomat ulung, dan juga mulai runtuhnya kesepakatan akibat dari gesekan paham liberal dan kesatuan di tingkat elit kala itu.

Tahapan selanjutnya adalah perubahan konstitusi dari konstitusi RIS ke UUDS, melalui ‘mosi integral’ yang dipelopori oleh Mohammad Natsir seorang tokoh nasionalis religius (Partai Masyumi). Mosi itu mendesak agar Indonesia segera kembali ke bentuk negara kesatuan. Gagasan ini mendapat dukungan dari mayoritas, dan segera ditindaklanjuti dengan perundingan, akhirnya terbitlah UU Federal No. 7 tahun 1950 pada tanggal 15 agustus tahun 1950. Isinya adalah Indonesia kembali menjadi negara kesatuan dengan memberlakukan UUDS 1950, yang merupakan hasil perubahan dari konstitusi RIS. Melalui prosedur perubahan pasal 190, pasal 127a, dan pasal 191 Konstitusi RIS, cara ini merupakan cara formal konstitusional yang dimungkinkan kala itu, sebab apabila ditempuh cara penggantian UUD sebagaimana yang ditentukan oleh konstitusi RIS yaitu pasal 186 perubahan tersebut tidak dapat dilakukan, karena badan konstituante belum terbentuk, oleh karena itu penggantian UUD di tempuh dengan cara perubahan¹⁶⁶

Sebagaimana halnya dengan UUD 1945, konstitusi RIS, UUDS 1950 juga dimaksudkan berlaku sementara, hal demikian menurut penulis, tidak memberikan kejelasan konstitusional, serta membuka ruang polemik kepentingan. Perubahan-perubahan seperti ini sejatinya memberikan pengertian lemahnya konstitusi Indonesia, terutama adalah soal penghormatan atas konsensus (kesepakatan nasional) yang setiap saat memungkinkan untuk diingkari.

Selanjutnya di tengah kekosongan dan lemahnya hasil konsensus tersebut di selenggarakanlah pemilihan umum untuk anggota konstituante dan DPR (pemilu pertama kali setelah sepuluh tahun merdeka). Adapun persoalan seputar lembaga ini ialah, yang *pertama*, keanggotaannya yang terdiri dari beragam kelompok dengan beragam ideologi politiknya, dan yang *kedua*, aspirasi yang diperjuangkan tidak menemukan kesejatian konstitusi seperti apa yang harus di tegakkan. Pertarungan antara kelompok nasionalis dan religius kembali terjadi,

160) Pasal 190 konstitusi RIS menentukan bahwa untuk mengubah Konstitusi RIS harus dilakukan dengan UU Federal. Ada dua macam UU Federal yaitu UU Federal yang dibuat oleh pemerintah bersama-sama dengan DPR dan Senat (pasal 27a) dan UU Federal yang dibuat oleh pemerintah bersama-sama DPR tanpa Senat (127b). oleh karena itu perubahan UUD menyangkut bentuk susunan negara harus dilakukan sesuai pasal 127a, dan terbitlah UU Federal No. 7 tahun 1950 yaitu UU tentang perubahan konstitusi RIS menjadi UUDS. Pasal 186 konstitusi RIS menyatakan bahwa yang berwenang menetapkan UUD ialah Konstituante bersama-sama dengan pemerintah.

yang pada intinya, membicarakan konsep baru, sementara konsep lama saja tidak dijalankan dengan baik dan bahkan diingkari, lalu bagaimana bisa konstituante di jadikan harapan?

Sebagai perwujudan ruang *consensus*, harusnya konstituante menjadi ruang yang benar-benar murni ingin membahas serta merumuskan kembali konsep ketatanegaraan, bukan lagi membahas *philosophische gronslag*, merubah dasar negara apalagi sistem pemerintahan. Karena sebetulnya pada sidang BPUPKI dan PPKI hal ini sudah selesai di bahas, dan menghasilkan suatu kesepakatan nasional yang tidak ada duanya di dunia ini. yakni dasar negara Indonesia Pancasila yang kemudian di tuangkan dalam Pembukaan UUD 1945. Yang menjadi ironi sejarah adalah konstituante menurut Adnan Buyung Nasution telah berhasil merumuskan rancangan UUD baru secara menyeluruh, ini berarti tidak ada upaya untuk mempertahankan Pembukaan yang di dalamnya memuat pancasila sebagai kesepakatan luhur bangsa ini melalui sidang BPUPKI dan PPKI.

Banyaknya kepentingan politik dan faham di dalam sidang konstituante tersebut telah mengaburkan tujuan utama dibentuknya lembaga itu, yang oleh Soekarno melalui pidato pada saat melantik lembaga ini mengamanatkan "*susunlah konstitusi yang benar-benar Res Publica*". Pada akhirnya kemudian lembaga ini dibubarkan melalui Dekrit Presiden 5 juli 1959 karena dianggap tidak mampu dan gagal menunaikan tugas konstitusinya, terlepas dari polemik apakah benar demikian, penulis mengambil sikap dan pendapat bahwa, selain ini sebagai akibat dari perang kepentingan dan ideologi, ada rekayasa terhadap peristiwa ini, dan yang paling utama adalah bukan bagaimana lembaga ini berhasil atau tidak, akan tetapi lembaga ini adalah merupakan perwujudan ruang rakyat untuk merumuskan kembali konstitusi Indonesia kedepan, sampai kemudian di bubarkan berarti ada semacam konspirasi, ada semacam upaya untuk menghancurkan negara Indonesia melalui di masukannya kepentingan suatu kelompok tertentu dalam konstitusi yang nanti akan dihasilkan, bahwa inilah catatan sejarah yang gelap selain Supersemar yang penuh dengan tanda Tanya, dan kemudian disusul dengan peristiwa G 30 S/PKI, serta merta mengantarkan Indonesia ke langgam otoritarianisme selama kurang lebih 32 tahun lamanya.

Persoalannya konstituante menurut penulis, bukanlah di lihat dari sisi benar atautkah salah, akan tetapi dari sisi implikasinya dalam penyelenggaraan negara. Konflik yang terjadi di konstituante tersebut menyiratkan bahwa dalam kenyataan politik, penguasa selalu dianggap benar dalam memutuskan ataupun menetapkan kebijakan, dan ini berimplikasi terhadap penegakkan hukum sebab keputusan politik tentu saja berdasarkan kondisi politik, sementara apabila dicari pelanggaran hukumnya tidak akan di temukan, yang ada hanyalah ungkapan bahwa pelanggaran tersebut adalah inkonstitusional dan bahkan seringkali disebut konstitusional.

Setelah tahap UUDS, sampailah kepada kembalinya UUD 1945 sebagai konstitusi sah Indonesia, melalui Dekrit Presiden 5 juli 1959. Selanjutnya perjalanan kemudian tiba ke tahap dimana militer maju sebagai aktor utama, setelah penumpasan G 30 S/PKI, apakah ini merupakan tragedi atau rekayasa, masih belum ditemukan jawaban yang pasti terhadap seputar peristiwa ini. yang jelas peristiwa ini telah menghantarkan Indonesia ke langgam otoritarian, yang berarti sebuah babak baru dalam sistem ketatanegaraan telah lahir dari *tug and war*.

Semula dalam tiga tahun pertama rezim orde baru menampilkan langgam politik yang demokratis, namun setelah itu rezim ini menjadi otoriter dengan selalu mengedepankan sikapnya sesuai dengan konstitusi yaitu UUD 1945. Melalui rezim inilah tafsir atas konstitusi Indonesia menjadi liar dan cenderung spekulatif, seperti oleh Mahfud MD bahwasanya UUD 1945 selalu melahirkan sistem pemerintahan yang otoriter. kiranya tidak cukup demikian, sebab teralu dini untuk mengatakan hal tersebut, nyatanya UUD 1945 juga memberikan ruang untuk di amandemen jika permasalahannya adalah selalu melahirkan sistem otoritarian. Oleh karenanya, salah satu agenda penting reformasi adalah amandemen UUD 1945. Mungkin lebih tepat adalah hegemoni negara melalui monolitik militer di segala aspek kehidupan rakyat, dengan menggunakan UUD 1945 sebagai landasan dan tameng untuk melakukan tugasnya, artinya sebagai penafsir tunggal atas konstitusi, dan tidak memberikan kesempatan kepada rakyat untuk menafsirkan konstitusi. Pada akhirnya kemudian, rezim ini di tumbangkan

oleh gerakan reformasi 1998, akibat krisis multidimensi yang menggurita di semua lini, dan Soeharto sebagai pimpinan rezim ini pun mengundurkan diri dari jabatannya sebagai Presiden.

Dari kronologi sejarah ketatanegaraan yang dipaparkan sebelumnya, dapatlah di tarik simpul dan benang merah, bahwa prinsip demokrasi yang disebutkan dalam konstitusi tidak dengan sendirinya akan melahirkan sistem pemerintahan yang demokratis pula. Demikian halnya dengan konstitusi Indonesia yang menyebutkan dengan tegas bahwa demokrasi merupakan salah satu asas negara yang fundamental, tetapi dalam kenyataannya justru sebaliknya. Dengan demikian, sangat penting sekali untuk di cermati perihal tersebut, dan reformasi sebagai pintu yang membuka kemungkinan tersebut dapat di artikan sebagai ruang konsolidasi, di tengah transisi. Ruang untuk mengkonsolidasikan segala kekurangan di masa lampau. Seperti yang sudah disebutkan di awal bahwa salah satu agenda utama reformasi adalah mengamandemen UUD 1945, melalui amandemen inilah di harapkan akan terwujud sebuah sistem pemerintahan yang demokratis, dan menjunjung tinggi hukum sebagai panglima. Meskipun masih banyak kekurangan dan kelemahan, akan tetapi harus diakui oleh kita semua bahwa amandemen UUD 1945 adalah merupakan suatu lompatan jauh ke depan yang telah menghasilkan perubahan fundamental bagi kehidupan ketatanegaraan Indonesia antara lain dengan mentransformasi sistem pemerintahan yang sentralistik menuju pemerintahan desentralistik, dari pola pemerintahan yang otoriter menuju pemerintahan yang demokratis, serta dari pemerintahan berpaham otoritarianisme menjadi konstitusionalisme. Dan sebagai agenda strategis ke depan agar lebih memusatkan pada pembaharuan sistem hukum nasional melalui tahapan-tahapan diantaranya **(1) pembaharuan sistem hukum; dan (2) penataan kelembagaan negara; serta (3) mewujudkan civil society yang otonom dan mandiri;** melalui tahapan-tahapan tersebut di harapkan menjadi suatu proses pematangan konsepsional dalam praktek sebagai negara hukum yang demokratis.

BAB VI

UPAYA Mencari Format Baru

“Democracies die behind closed doors”

(demokrasi seringkali mati dalam kamar yang pintunya tertutup)

A. MENATAP PROSES DAN PROSPEK

1. Mantapkan Prinsip *Check And Balance* Antar Lembaga Negara

Reformasi konstitusional yang dilakukan atas konstitusi Indonesia, jelas belumlah menemukan format yang pas mengenai apa dan bagaimana seharusnya formasi ketatanegaraan di masa depan. Melalui amandemen yang dilakukan sebanyak empat kali tersebut dapat diterjemahkan sebagai upaya mencari format yang pas (bukan sempurna), tentu membawa problematika baru dalam dimensi reformasi. Problematika tersebut adalah mengenai tumpang tindihnya kedudukan dan kewenangan lembaga negara utama dan lembaga negara bantu, serta menguatnya beberapa lembaga negara utama yakni DPR dan MK. Lembaga lain yang juga vital justru di lemahkan fungsi dan kedudukannya, lembaga tersebut adalah DPD. Kehadiran MK sebagai “stasiun utama yang harus di lewati”, patut di kritisi secara serius, terutama mengenai pelanggaran-pelanggaran yang dilakukan oleh personil MK yang tidak menutup kemungkinan terjadinya pelanggaran mulai dari kode etik hingga korupsi dan penyelewengan kekuasaan lainnya.

Sebagaimana di jelaskan di Bab III, segmentasi terhadap beralihnya kewenangan legislasi ke MK dan hegemoni yudikatif yang begitu sentral, hal itu berimplikasi kepada tatanan masyarakat tradisional khususnya terhadap lembaga yang merupakan perwakilannya, yakni DPD. Seperti diketahui mengenai tugas dan kewenangan DPD sebagai salah satu lembaga legislasi di jelaskan dalam Bab VIIA pasal 22C dan pasal 22D UUD 1945. Dimana pada kedudukan konstitusional tersebut DPD hanya diberikan kewenangan untuk hubungan pusat daerah, selain itu juga kewenangan strategis berupa memberikan pertimbangan kepada DPR untuk pengisian jabatan strategis kenegaraan yaitu dalam memilih anggota BPK, sementara dalam hal keuangan DPD memiliki kewenangan

memberikan pertimbangan kepada DPR atas rancangan undang-undang APBN, juga yang berkaitan dengan pajak, pendidikan dan agama.

Dalam perjalanannya kemudian mekanisme perwakilan di Indonesia, sama halnya dengan di negara lain yang lebih cenderung sebagai perwakilan politik, inilah mengapa mata rantai hukum tradisional/pluralistik telah diputuskan. Sehingga segmentasi terhadap kesatuan masyarakat hukum adat hanyalah sebagai bukti atas penghormatan terhadap satuan ini melalui DPD dan pengukuhan melalui UU ataupun Perda.

Sebagai sebuah lembaga negara yang mewakili rakyat yang pluralistik, seharusnya lembaga ini diterjemahkan sebagai lembaga yang merupakan wujud legitimasi plural, legitimasi tradisional, berprinsipkan hukum adat, dan di posisikan diluar kelembagaan negara, sejatinya lembaga ini di tafsirkan sebagai penjaga kesepakatan antara nilai dan norma dalam masyarakat dalam era modern ini. Sebagai materi penting dalam konstitusi negara Indonesia, nilai dan norma haruslah terjaga dan terlepas daripada kepentingan politik. DPD seharusnya bersanding dengan MK, akan tetapi diluar lembaga negara, ia diwujudkan dalam sebuah lembaga satuan hukum adat Indonesia, juga sebagai pengawas MK. DPD yang dimaksudkan ini ialah sebuah ruang publik/rakyat/satuan masyarakat hukum adat dari tiap-tiap daerah, dilahirkan dari rekonsiliasi nasional, kebangsaan, dan bersifat religius. Antara MK dan DPD seharusnya menjadi bentuk berdampingannya legitimasi masyarakat hukum adat dan hukum positif di negara ini. juga harus diterjemahkan menjadi pemersatu konflik antara masyarakat modern dan masyarakat tradisional, sebab dalam dimensi masyarakat dapatlah ditemui potret problematika yang demikian, dimana ketika kesepakatan antara nilai dan norma ini runtuh maka runtuhlah persatuan dan kesatuan Indonesia.

Artinya porsi kewenangan DPD haruslah di tambah berdasarkan kebutuhan yang diuraikan diatas, dan porsi kewenangan MK di batasi agar tercipta mekanisme *check and balances* antar lembaga. Demikian pun dengan DPR, dengan kecendrungan terhadap digunakannya lembaga perwakilan ini sebagai kekuatan legitimasi, artinya adanya kondisi ketergantungan terhadap legitimasi politik dari lembaga perwakilan ini. pada dasarnya memang

ketergantungan sebagian masyarakat Indonesia terhadap partai politik harus diakui, selain partai politik dianggap mampu menjadi kendaraan untuk memperjuangkan kehendak, partai politik juga dianggap sebagai kesempatan untuk memperkaya diri.

Bagaimana tidak, pada kondisi sekarang ini secara empiris dapat dilihat, selain kualitas sebagai legislator yang jauh dari standar, politisi juga kini menjadi sebuah profesi yang populer. Legitimasi politik telah berubah menjadi hegemoni baru pasca reformasi, kalau pada masa orde lama dan orde baru kita melihat sebuah tradisi monolitik militer, maka sekarang tradisi tersebut ber-evolusi dan membabi buta dalam lembaga perwakilan yang di era sebelumnya tidak memiliki hak legislasinya. DPR telah berubah menjadi sebuah kekuatan politik yang super body, meskipun kemudian produk-produk legislasinya seringkali digugat ke MK, ini menandakan bahwa tidak *check and balance* antar kedua lembaga ini sebelum atau sesudah dikeluarkannya sebuah produk undang-undang, terutama mongkroscek kembali produk-produk undang-undang yang substansinya sudah tidak lagi relevan, tanpa menunggu di gugat. Pertanyaan pentingnya adalah dimana letak kualitas lembaga legislasi dalam hal ini DPR ketika produk-produknya sering digugat? Bagaimanapun inilah fakta empiris tersebut, bahwa harus ada upaya perbaikan yang harus dilakukan terutama menyangkut hubungan dan kewenangan antar lembaga-lembaga negara.

Concern berikutnya ialah, mengembalikan kedaulatan rakyat ke MPR, dengan membuka sebuah ruang publik (*publik sphere*), tempat seluruh rakyat Indonesia menyampaikan aspirasinya secara langsung, tanpa perwakilan, dan ikut memutuskan dan mengawal kebijakan-kebijakan negara. Ketergantungan terhadap lembaga legislasi dalam hal ini DPR haruslah dihilangkan terutama adalah legitimasi politiknya yang dominan. Dengan demikian kita akan sampai ke langgam demokrasi langsung, dengan melepaskan tradisi demokrasi perwakilan.

Penulis juga ingin menegaskan mengenai pemahaman terhadap lembaga perwakilan di Indonesia yaitu MPR, DPR, dan DPD, bukan berarti parlemen Indonesia dapat dikategorikan ke dalam sistem unicameral ataupun bicameral, seperti lazimnya lembaga parlemen di negara lain. Sistem parlemen di Indonesia

bukanlah unicameral karena fungsi legislasi, walaupun dilakukan oleh DPR, namun masih dapat menerima masukan dari lembaga negara yang lain, yaitu DPD, atau bahkan pembahasan yang dilakukan bersama-sama dengan presiden. Indonesia juga tidak mengenal sistem bicameral karena tidak adanya majelis tinggi (*upper house*) atau *senat* dan majelis rendah (*lower house*). Walaupun sudah ada lembaga DPD, tidak berarti DPD otomatis menjadi majelis tinggi, dan menganut sistem *bicameral*, karena kewenangan DPD pun amat terbatas. Jimly Asshiddique berpendapat, bahwa parlemen Indonesia mungkin dapat dikategorikan sebagai *tricameral* atau tiga kamar, oleh karena itu parlemen Indonesia juga bisa dikatakan unik karena sistem dan mekanisme kerjanya berbeda. Dan yang paling penting adalah bagaimana memberdayakan kewenangan setiap lembaga agar dapat bekerja secara efektif untuk pembangunan masyarakat yang lebih baik.

2. Menciptakan civil society yang memiliki budaya sadar politik dan hukum

Civil society secara fundamental mensyaratkan adanya organisasi sosial yang memiliki tingkat kemandirian yang tinggi, serta praktek hukum yang otonom. Dalam kaitannya dengan demokratisasi, maka ada dua hal yang perlu dikemukakan, yakni; ***pertama***, keberhasilan proses demokratisasi akan sangat ditentukan oleh seberapa jauh masyarakat memiliki nilai-nilai yang menopang demokrasi itu sendiri. Demokrasi baru dapat berfungsi dengan baik apabila di topang oleh sistem nilai yang ada. Dalam masyarakat yang sangat hirarkis seperti Indonesia yang juga diwarnai oleh patronage yang sangat menonjol maka proses demokratisasi akan membutuhkan waktu yang sangat panjang, bahkan akan berbenturan dengan struktur kekuasaan yang di topang oleh tatanan yang dominan itu.

Kedua, masyarakat Indonesia merupakan campuran semua elemen sosial yang ada. Mulai dari masyarakat yang dapat dikatakan masih primitif sampai masyarakat yang sudah melewati post-industrialis, sehingga hal itu merupakan salah satu kendala bagi proses demokratisasi. Kita dapat berbicara tentang

demokrasi dengan kalangan masyarakat elit, kaum intelektual, kelompok kelas menengah yang jumlahnya masih belum banyak, atau kalangan aktivis, akan tetapi kita akan sulit membicarakan demokrasi dengan kelompok masyarakat yang ada di level terbawah (primitif), inilah kendala bagi demokratisasi Indonesia.

Adapun komponen-komponen dari *civil society* meliputi empat hal, yakni¹⁶⁷ :

(1) *Otonomi*

Dengan otonomi dimaksudkan bahwa sebuah *civil society* haruslah sebuah masyarakat yang terlepas sama sekali dari pengaruh negara, apakah itu dalam bidang ekonomi, politik, ataupun bidang sosial. Dalam masyarakat seperti itu, segala bentuk kegiatannya sepenuhnya bersumber dari masyarakat itu sendiri, tanpa ada campur tangan dari negara, dan negara hanyalah fasilitator.

Makna dari otonomi *civil society* disini adalah kemandirian dalam melakukan inisiatif untuk melakukan kegiatan dan kemandirian dari intervensi negara yang tidak seharusnya dilakukan. Demikian juga dengan kemandirian dalam bidang politik, organisasi politik seperti partai-partai politik, organisasi massa, kelompok kepentingan, dan kelompok penekan. Dapat melakukan apa saja, sepanjang hal yang dilakukan itu tidak bertentangan dengan hukum yang berlaku.

(2) *Akses masyarakat terhadap lembaga negara*

yang kedua adalah akses masyarakat terhadap lembaga negara, dalam konteks hubungan antara negara dan masyarakat, setiap warga negara, baik secara sendiri-sendiri maupun kelompok harus mempunyai akses terhadap agencies of state. Artinya, individu dapat melakukan partisipasi politik dengan berbagai bentuknya, apakah dengan menghubungi pejabat untuk menyampaikan aspirasi mereka, atau dengan terlibat secara langsung ataupun tidak dalam organisasi politik yang ada.

(3) *Arena publik yang otonom*

Yang dimaksud dalam komponen yang ketiga ini ialah, mengenai tumbuh dan berkembangnya arena publik yang bersifat otonom, dimana berbagai organisasi sosial dan politik mengatur diri mereka sendiri. Arena publik adalah

161) Afan Gaffar, Ibid. hlm. 181-182.

suatu ruang tempat warga negara mengembangkan dirinya secara maksimal dalam aspek kehidupan, bidang ekonomi maupun bidang lainnya. Artinya antara negara dan masyarakat harus saling memberikan pengakuan atas otoritas masing-masing, di satu pihak negara tidak harus dengan sewenang-wenang menyatakan kehendaknya terhadap masyarakat, dan masyarakat tidak perlu memilih jalan yang bersifat anarkis didalam menyampaikan kehendak dan aspirasi mereka.

(4) *Arena publik yang terbuka*

Yaitu arena publik yang terbuka bagi semua lapisan masyarakat, tidak dijalankan dengan cara yang bersifat rahasia, eksklusif, dan setting yang bersifat korporatif. Pertanyaan pentingnya adalah, apakah yang merekatkan hubungan antara berbagai kelompok sosial yang tumbuh dan berkembang itu serta bagaimana hubungan mereka dengan negara? Eisenstadt menjelaskan, bahwa yang mengikat mereka satu sama lain adalah kehadiran lembaga-lembaga tertentu dan ideologi.

Lembaga tersebut yang paling utama adalah lembaga perwakilan, selain lembaga yang inheren dengan negara, juga lembaga yang diluar kelembagaan negara (satuan masyarakat hukum adat). Lembaga yang diluar lembaga negara utama ini dimaksudkan untuk menghindari hegemoni negara, ataupun kelompok kepentingan tertentu, atau kelas tertentu, dan lembaga yang dimaksud ini menjadi proteksi rakyat atas negara agar kemudian menciptakan akuntabilitas pejabat negara ataupun penguasa¹⁶⁸.

Permasalahan sosial yang diuraikan pada sub sebelumnya juga merupakan tantangan semua elemen yang optimis terhadap demokratisasi di masa depan. Sebagai sebuah gejala sosial, apa yang diuraikan diatas secara garis besar tentu sedang di alami oleh masyarakat Indonesia kini, di tengah transisi dan konsolidasi, apakah pemerintah akan memberikan kompromi terhadap realitas demikian atautkah melakukan upaya preventif? Menurut penulis ada beberapa cara yang bisa digunakan, yakni :

(1) Sosialisasi melalui pendidikan;

162) Afan Gaffar, Ibid. hlm. 183.

- (2) Menciptakan lembaga-lembaga bantuan hukum khusus bagi masyarakat yang kurang mampu dan terbatas kondisinya;
- (3) Sosialisasi kebudayaan sadar politik dan hukum melalui mekanisme pendekatan yang otonom, tanpa ada niat dan kepentingan untuk golongan/kelompok tertentu;
- (4) Memangkas pengangguran dengan menciptakan lembaga-lembaga pendidikan keterampilan yang terjangkau dan siap kerja serta menciptakan ruang publik untuk seluruh rakyat Indonesia secara terbuka, umum, dan bebas;

Demikian saran tersebut dapatlah diterjemahkan sebagai sebuah harapan untuk menata dan menciptakan *civil society* yang mandiri dan otonom serta kritis dalam mengawal sistem pemerintahan yang dilaksanakan oleh penguasa. Dengan demikian, Indonesia sebagai negara hukum yang demokratis yang dituangkan dalam konstitusi pada kenyataannya akan terwujud. Dan tentunya sebagai sebuah proses panjang meniti ketatanegaraan Indonesia, pada akhirnya kita semua harus optimis jika menginginkan perubahan, dan kita semua harus optimis untuk sampai pada waktu dimana hukum benar-benar menjadi panglima, dan pemerintahan dilaksanakan secara demokratis, jujur, bebas, adil, yang berpijak diatas sendi-sendi kebangsaan dalam keseregaman adat-budaya yang kuat serta religius.

B. SEBUAH EKSEMPLAR PEMIKIRAN

(menegakkan supremasi sipil)

"Vox Populei Vox Dei"

(suara rakyat adalah suara tuhan)

Dalam konteks Indonesia kini, bukanlah hal mudah dalam merealisasikan konstitusi di tatanan praksis. Demikian halnya dengan menciptakan *civil society* bukanlah semudah mendefinisikannya. Masyarakat yang memiliki tingkat kesadaran politik dan hukum yang tinggi agaknya memang sulit untuk di realisasikan. Namun benang merah telah dimulai, dari perjuangan melawan tirani, dan perjuangan kaum demokrat demi persamaan politik, telah mencerminkan suatu langkah maju atas usaha demokratisasi, Ini berarti sebuah gerakan

optimisme telah dimulai. Pada awal abad ke-19 demokrasi mulai dipandang sebagai hak para warga negara untuk berpartisipasi dalam menentukan keinginan kolektif melalui saluran wakil-wakil terpilih. Dengan demikian teori demokrasi perwakilan telah mengubah secara mendasar kerangka rujukan pemikiran demokratis yakni pada batas-batas praktis, sehingga demokrasi perwakilan saat ini masih bisa dibanggakan. Yang tidak disadari publik saat ini adalah bahwa demokrasi perwakilan memiliki tujuan dan pengaruh tersendiri, terutama untuk melindungi anggota-anggotanya dari penekanan dan penghinaan di tangan para fungsionaris yang mempergunakan praktek-praktek tersebut untuk mempertahankan dirinya.

Oleh karena itu, aplikasi teori politik demokratis ini perlu dipertimbangkan kembali, terutama sistem demokrasi perwakilan. Dimulai dengan menguji ketegangan antara gagasan-gagasan mengenai negara hukum modern, sebagai suatu sistem kekuasaan terbatas yang pada prinsipnya memberikan suatu mekanisme dan pemeriksaan yang teratur tentang pemerintah, dan yang diperintah, serta gagasan-gagasan mengenai demokrasi, sebagai suatu asosiasi politik dimana para warga negara bisa memilih secara bebas kondisi-kondisi apa yang tepat bagi mereka. Di antara masalah-masalah yang mengemuka adalah persoalan mengenai bentuk dan ruang lingkup yang tepat dari kekuasaan politik tertinggi, kondisi-kondisi, dan batas-batas partisipasi demokratis. Hal ini agar demokrasi yang tercipta mempunyai komitmen terhadap apa yang disebut "prinsip otonomi rakyat".

Demokrasi Athena sudah lama diambil sebagai sebagai sumber inspirasi fundamental bagi pemikiran politik demokratis modern. Selanjutnya demokrasi mengalami kebangkrutan, demokrasi digantikan dengan sistem kerajaan yaitu ditandai dengan Romawi sampai pada akhirnya Montesquieu dan dilanjutkan oleh Alexis de touqeville dengan riset tentang penjara di Amerika hasil riset ini menemukan suatu manifesto demokrasi modern karena Alexis de touqeville merumuskan demokrasi secara *rigit* di wilayah empiris . Dan berawal dari ini demokrasi mengalami perubahan secara evolutif. Dan hal ini bukan berarti bahwa Indonesia sudah berada pada posisi dan jalur yang tepat untuk membentuk negara

hukum demokratis. Sebab perkembangan demokrasi Indonesia belum menemukan komitmen yang tegas dan prinsipil, sebagai sebuah proses panjang bergantung pada kecerdasan strategi konsolidasi antar elemen, dan kelompok sosial. Sebab pada kenyataannya kemudian demokrasi di Indonesia mengalami pendefinisian secara rigid, teknis, pengukuran secara ilmiah kondisi ini ditengarai oleh Fukuyama sebagai *The end of history*. Perubahan ini, mengakibatkan demokrasi direduksi, dan menekankan prosedur-prosedur teknis (Pemilu, adanya KPU, dan lain-lain) atau sering disebut demokrasi prosedural. Konsekuensinya adalah watak politik yang antagonis di reduksi menjadi politik yang kompromistis, atau dikenal dengan ungkapan *gairah berubah menjadi hukum, gerakan berubah menjadi prosedur, semangat berubah menjadi institusi, kontradiksi berubah menjadi kompromi*.

Sudah saatnya ada sebuah sistem demokrasi yang radikal di Indonesia, melihat kondisi elit dan hegemoni politik yang menggila pasca reformasi membuat pesimis terciptanya sebuah sistem politik dan hukum yang demokratis. Demokrasi radikal yang dimaksudkan disini yakni menciptakan sebuah kondisi yang menekankan pada unsur partisipasi dan kesetaraan dari setiap anggota masyarakat, dan melibatkan masyarakat untuk ikut berpartisipasi dalam proses pengambilan putusan-putusan publik.

Konsep demokrasi radikal seperti ini (demokrasi deliberative – Habermas) sangat dibutuhkan di Indonesia, dimana saat ini rakyat menghendaki semuanya dilakukan secara transparan sehingga tersedia suatu ruang publik dimana masyarakat dapat mengetahui, mengakses, mengkritisi, dan bahkan berdebat terhadap kebijakan-kebijakan publik. Sehingga kebijakan publik yang muncul telah melalui tahap diskursus publik itu sendiri dan yang paling utama adalah implementasi dari kebijakan tersebut menjadi tanggung jawab bersama.

Mengenai bentuk-bentuk demokrasi perwakilan menurut penulis haruslah didobrak dan diterobos melalui penguatan terhadap hukum publik yang demokratis jika ingin menjadi efektif sebagai dasar dari sistem yang terbuka dan terbatas bagi kekuasaan. Hal ironi lainnya adalah dibalik proses demokratisasi dalam praktek ketatanegaraan muncul hegemoni-hegemoni kekuasaan atas tafsir

hukum, misalnya, melalui perundang-undangan yang dipergunakan untuk mengubah perilaku masyarakat (*law as a tool of social engineering*).

Dengan berbagai kelemahannya, demokrasi sampai saat ini masih merupakan sistem dambaan setiap manusia, Namun seringkali ditafsirkan secara berbeda dan dipadukan dengan ideology politik. Banyak rezim yang meskipun otoriter mengklaim dirinya telah memerintah secara demokratis, seperti Hitler di Jerman, Mussolini di Italia, Idi Amin di Uganda, Stalin di Uni Soviet, semua mengklaim sistem pemerintahannya demokratis. Tidak ada bedanya juga dengan para Tiran dari negara-negara Asia, seperti, Polpot di Kamboja, Mao Tse Dong di China, Marcos di Filiphina, Lee Kuan Yauw dari Singapura, sampai Soeharto dari Indonesia. mereka dengan piawai memanipulasi suara kejam mereka menjadi seolah-olah merupakan suara rakyat, padahal sebenarnya mereka memerintah dengan tangan besi, tirani, otoriter, dictator, dan bahkan totaliter.

Maka harus dipahami demokrasi merupakan suatu proses institusionalisasi terhadap kemerdekaan manusia, kemerdekaan yang dari waktu ke waktu seringkali saling bertentangan satu sama lain. Demokrasi mempunyai tujuan utama yakni untuk mengekang hasrat para penguasa negara yang cenderung tiran dan sewenang-wenang, dan karenanya kebebasan dari campur tangan pemerintah terhadap masalah privasi warganya merupakan dasar dari segala kebebasan manusia.

Demikianlah, maka dari waktu ke waktu konsep demokrasi terus kembang-kempis mengikuti selera zaman, yang bergantung pada selera rezim penguasa untuk membentuknya menjadi sistem demokrasi yang seperti apa. Untuk itu maka perlu sebuah integrasi sosial dalam menghalau niat-niat rezim yang demikian, membentuk kekuatan poros tengah, serta mengkonsolidasikan kekuatan di semua lini, hingga kemudian menjadi sebuah kekuatan konstitusional yang mengikat.

Suatu konstitusi modern haruslah menjadi kekuatan hukum yang membatasi kekuasaan, sehingga pembentukan hukum melalui badan negara yang berwenang merupakan bentuk yang harus dipenuhi. Dengan konteks yang demikian, maka tidak begitu mengherankan lahir *legal centralisme* (sentralisme

hukum), yakni hukum yang hanya dimaknai sebagai hukum negara (*state law*), dan sumber keadilan hanyalah negara, diluar hukum negara dianggap bukan hukum.

Sebab lain adalah karena dalam praktek ketatanegaraa, kelembagaan kontrol kekuasaan belum tentu kuat sebagaimana dibayangkan pemikir-pemikir politik, maka hukum dengan pemahaman *legal centralisme* telah menjadi suatu alat yang efektif untuk melegitimasi segala tindakan penguasa sehingga cenderung melanggengkan kekuasaan, sekalipun dengan kekerasan. Hal demikian terlihat pada praktek ketatanegaraan yang di jalankan oleh orde lama dan orde baru di Indonesia, bahwa hukum di Indonesia seringkali dipergunakan untuk melanggengkan kekuasaan (R Herlambang).

Disinilah letak kegagalan teori legislasi dalam implementasinya di Indonesia, dimana mengasumsikan negara selalu mampu memberikan pengayoman kepada rakyatnya. Padahal, negara dengan konstitusional modern dan telah mengukuhkan diri sebagai negara hukum harusnya meletakkan hukum sebagai panglima, otonom, dan bebas intervensi politik. Di sisi lain, di Indonesia sendiri sentralisme hukum berdasarkan legitimasi politik ini tengah bergulat dengan hukum plural atau hukum adat sebagai pedoman yang telah lama hidup di tengah-tengah masyarakat.

Dalam perspektif yang tidak jauh berbeda, Soetandyo Wignjosoebroto, menggunakan istilah “moral konstitusionalisme”, menurutnya, hukum yang menyalahi moral konstitusionalismenya adalah hukum yang yang represif, yang serasa mempercayakan pengelolaannya ke tangan para pejabat pemerintah akan menjadikan hukum berhakikat sebagai instrument-instrumen legal guna menjamin keutuhan dalam keefektifan kekuasaan berdasarkan sanksi-sanksi pemaksaan, Dengan begitu, hukum dengan prinsip-prinsip yang legal belum tentu berarti moral, apalagi adil.

Titik awal penggugatan atas argument kreasi hukum yang ingin coba penulis kemukakan ialah, Trasymachus, yang menyatakan “hukum tidak lain kecuali kepentingan mereka yang kuat”, pernyataan ini di ungkapkan dalam perdebatan dengan Socrates mengenai masalah keadilan yang di tulis oleh Plato

dalam *The Republic*. Sejalan dengan ungkapan ini, menurut penulis kelahiran hukum-hukum modern yang beriringan dan diikuti serentak oleh semua negara baru yang sedang mengalami transisi untuk segera di adopsi ke dalam konstitusinya, adalah merupakan hasil dari proses kebangkrutan sosial, termasuk berbagai bentuk penyalahgunaan kekuasaan yang memiskinkan rakyat dan menindas hak-hak asasi manusia, Secara signifikan telah membawa perubahan besar terhadap tatanan-tatanan sosial yang ada sebelumnya.

Sebuah konsekuensi logis (R. Herlambang) dari terbentuknya negara konstitusional modern, hubungan legislatif, eksekutif dalam konteks formal hubungan ketatanegaraan yang mendasarkan pada fungsi-fungsi pemerintahan telah menciptakan arus besar instrumentasi hukum sebagai alat kekuasaan yang diperlukan dalam hubungan tersebut. Hal penting lainnya yang harus dicermati adalah soal positivism, terkait ini penting untuk di ungkapkan kritik Marx terhadap positivisme hukum yakni, Proses-proses hukum itu pada hakikatnya adalah proses-proses dialektik yang penuh konflik.

Konflik antara suatu kepentingan dan kepentingan lain yang berposisi sebagai antitetiknya. Hukum dicurigai sebagai norma yang dipojokkan (oleh siapa?) demi terlindunginya suatu kepentingan tertentu (darisiapa?) atau demi termenangkannya konflik tertentu (oleh siapa?) Menjelaskan “siapa” ini? Tentulah mereka yang dalam konstelasi sosial-politik berposisi sebagai bagian dari kelas kuat yang berdominasi dan berhegemoni. Maka sejak awal diduga bahwa disini hukum akan lebih berkemungkinan terenggam ditangan para elit dari kelas kuat ini, dan mereka inilah yang akan lebih berkemampuan mendayagunakan hukum formal untuk memenangkan konflik kepentingan.

Hukum merupakan perwujudan nilai-nilai mengandung arti, bahwa kehadirannya adalah untuk melindungi dan memajukan nilai-nilai yang dijunjung tinggi oleh masyarakatnya. Dengan demikian, hukum belum merupakan institusi teknik yang kosong moral atau steril terhadap moral. Salah satu perbincangan kritis mengenai hukum adalah tuntutan agar hukum memberikan keadilan, menurut Fuller hukum tidak dapat diterima sebagai hukum, kecuali apabila bertolak dari moralitas tertentu. Hukum harus mampu memenuhi ukuran moralitas

tertentu. Hukum harus mampu memenuhi ukuran moral tertentu dan ia tidak layak disebut hukum apabila memperlihatkan kegagalan-kegagalan sebagai berikut :

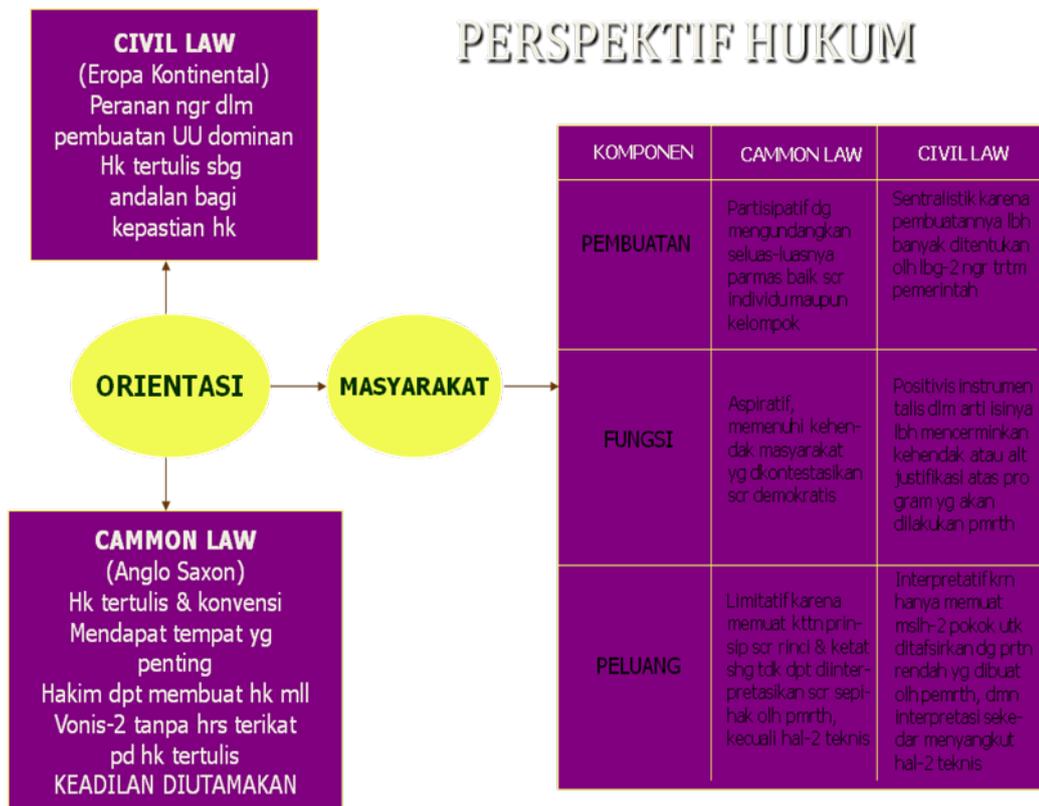
- (1) Kegagalan untuk mengeluarkan aturan (*to achieve rules*). Suatu sistem hukum harus mengandung aturan-aturan, artinya ia tidak boleh memuat putusan-putusan yang bersifat *ad hoc*;
- (2) Kegagalan untuk mengumumkan aturan tersebut kepada publik (*to publicize*). Aturan yang telah dibuat harus diumumkan;
- (3) Kegagalan karena menyalahgunakan perundang-undangan yang berlaku surut (*retroactive legislation*). Tidak boleh ada aturan yang berlaku surut, oleh- karena aturan seperti itu tidak dapat dipakai sebagai pedoman tingkah laku. Membolehkan aturan berlaku surut akan merusak integratis aturan yang ditujukan untuk berlaku pada waktu yang akan datang kegagalan membuat aturan yang mudah dimengerti (*understandable*). Aturan harus disusun dalam rumusan yang dapat dimengerti;
- (4) Kegagalan karena membuat aturan-aturan yang bertentangan (*contradictory rules*). Suatu sistem tidak boleh mengandung aturan yang bertentangan satu sama lain;
- (5) Kegagalan karena menuntut dilakukannya perilaku di luar kemampuan orang diatur (*beyond the powers of the affected*). Aturan-aturan tidak boleh mengandung tuntutan yang melebihi apa yang dapat dilakukan;
- (6) Kegagalan karena sering melakukan perubahan. Tidak boleh ada kebiasaan untuk sering mengubah aturan sehingga menyebabkan orang kehilangan orientasi;
- (7) Kegagalan menyerasikan aturan dengan praktik penerapannya. Harus ada kecocokan antara peraturan yang diundangkan dengan pelaksanaannya sehari-hari¹⁶⁹;

163) Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum Perkembangan Metode Dan Pilihan Masalah*, Genta Publishing, 2010, Hlm. 67.

Sementara, dari persepsi yang lain perlu juga di kemukakan disini yakni soal realitas. Dalam hubungan dengan realitas yang diciptakan, hal itu berarti, realitas sengaja dipalsukan demi suatu kepentingan tertentu. Dalam konteks ini, pemalsuan realitas itu dipandang dalam dua dimensi. Pertama, realitas dipalsukan penguasa yaitu demi kepentingan politik kekuasaannya, dan kedua, realitas palsu itu wujud sebagai realitas palsu pula oleh pihak penentang rezim penguasa. Ini tampak ambivalen, dan pada titik tertentu memang harus diakui bahwa, sikap yang ambivalen merupakan penghalang bagi tegaknya hukum secara demokratis.

Table 9

PERSPEKTIF HUKUM



Sumber: Prof. Dr. Tb. Ronny Rahman Nitibaskara & Dr. Bambang Widodo Umar makalah sosiologi hukum

Dapatlah ditarik simpul dari perspektif sosiologi bahwa hukum memiliki daya mengatur jika secara relatif sudah dipersatukan dalam kelompok-kelompok sosial, apalagi dalam sistem sosial. Hukum bersifat memaksa tetapi paksaan itu bukanlah merupakan syarat utama, kemanfaatanlah yang menjadi ukuran utama. Pemaksaan itu lebih kepada untuk melindungi sistem sosial daripada hukum. Diperlukannya kekuatan (*force*) sebagai pendukung serta perlindungan bagi sistem aturan-aturan hukum untuk kepentingan penegakannya, berarti bahwa hukum pada akhirnya harus didukung serta dilindungi oleh sesuatu unsur yang bukan hukum, yaitu oleh kekuasaan itu tadi,

kekuatan (*force*) yang diperlukan ini, dalam kenyatannya dapat berwujud sebagai :

- (b) Keyakinan moral dari masyarakat;
- (c) Persetujuan (konsensus) dari seluruh rakyat;
- (d) Kewibawaan dari seorang pemimpin kharismatik;
- (e) Kekuatan semata-mata yang sewenang-wenang (kekerasan belaka);
- (f) Kombinasi dari faktor-faktor tersebut di atas¹⁷⁰;

Selain pergulatan soal demokrasi, *civil society*, hukum dalam negara modern, serta kritik atas kekuasaan legislasi seperti yang diuraikan sebelumnya. Persoalan lain yang juga merupakan pilihan radikal yang bisa diambil, ialah soal hegemoni. Hegemoni yang dimaksudkan penulis ialah hegemoni rakyat atas negara, sebuah gerakan radikal untuk membalikan keadaan dari hegemoni negara menjadi hegemoni rakyat, dalam hal ini secara konstitusional tentunya. Nah bagaimana ini bisa di realisasikan, sementara demokrasi perwakilan di Indonesia yang sarat dengan muatan politik kepentingan kelompoknya.

Suatu strategi haruslah ditemukan, adalah hegemoni, yakni konsep ini diletakkan pertama kali oleh Lenin, baginya hegemoni merupakan strategi untuk revolusi, suatu strategi yang harus dijalankan oleh kelas pekerja dan anggota-anggotanya untuk memperoleh dukungan dari mayoritas. Sejalan dengan ini Gramsci kemudian menambahkan dimensi baru dengan memperluas

164) Satjipto Rahardjo, Ibid, Hlm. 78

pengertiannya, juga membedakan antara dominasi kekerasan dengan kepemimpinan moral dan intelektual. *“suatu kelompok sosial bisa, bahkan harus menjalankan kepemimpinan sebelum merebut kekuasaan pemerintahan, hal ini merupakan syarat utama untuk memperoleh kekuasaan tersebut. Kesiapan itu pada gilirannya menjadi sangat penting ketika kelompok itu menjalankan kekuasaan, bahkan seandainya kekuasaan tetap berada di tangan kelompok, maka mereka harus tetap memimpin”*. Dengan demikian Gramsci telah mengubah makna hegemoni dari strategi (sebagaimana menurut Lenin) menjadi sebuah konsep yang seperti halnya konsep Marx tentang kekuatan dan hubungan produksi, kelas, dan negara, menjadi sarana untuk memahami masyarakat dengan tujuan untuk mengubahnya.

Gagasan politik seperti tersebut dapat diterjemahkan sebagai suatu kelas hegemoni, gerakan ini haruslah mendapatkan persetujuan dari kekuatan dan kelas sosial lain dengan cara menciptakan dan mempertahankan sistem aliansi melalui perjuangan politik dan ideologis. Dalam uraian-uraian sebelumnya kita telah menganalisa berbagai aspek hubungan kekuasaan, mulai dari pertentangan dan tarik ulur politik-hukum, demokrasi beku, pentingnya perjuangan nasional, watak kekuasaan, serta pergulatan perjuangan ideologis di Indonesia. dalam kenyataannya masyarakat Indonesia memiliki problem yang kompleks, di Indonesia kini perkembangan masyarakatnya kini tengah mengalami gempuran hebat dari arus global, kelas menengah yang semakin menguat, namun pendangkalan di level bawah semakin jauh pula dari perhatian negara.

Persoalan prinsipil yang perlu ditegaskan disini adalah, bahwa masyarakat sipil juga merupakan suatu wadah kelompok-kelompok sosial yang dapat menyusun perlawanan mereka dan membangun sebuah hegemoni alternatif, atau hegemoni tandingan, Hal ini guna mengimbangi hegemoni negara. Masyarakat Indonesia pada kenyataannya kini telah bergerak maju menuju langgam masyarakat kapitalisme, mulai dari pendidikan hingga pembangunan tempat-tempat ibadah di Indonesia melalui donasi asing, sementara ditingkat remaja, pelajar dan mahasiswa terjebak dalam gelombang hedonism. Semuanya tampak harus dinikmati, tanpa mampu berusaha untuk menciptakan kekuatan poros

tengah, di sisi yang lain kelas buruh yang tidak mendapatkan dukungan mayoritas juga tidak berusaha membangun aliansi secara intensif dengan kelompok sosial lain yang juga punya kekuatan.

Ketidaksadaran sosial atas kekuatan besar yang dimiliki mereka merupakan hasil dari proses *indirect influence* oleh negara, melalui beragam cara dan pemusatan perhatian publik terutama sekali adalah memainkan isu-isu yang menyeret perhatian publik sehingga langsung melupakan sebuah agenda panjang perjuangan menuju kesejahteraan. Di Indonesia hal seperti ini sangat tampak sekali, bagaimana pemerintah melakukan tindakan-tindakan pengalihan, dan bahkan tidak jarang cenderung melakukan tindakan represif.

Melalui invasi terhadap sektor-sektor ekonomi strategis, kapitalisme semakin mencengkram Indonesia, secara luas realitas ini juga menyangkut struktur atas dan struktur bawah masyarakat Indonesia yang sangat mudah sekali untuk di hancurkan, sebab kekuatan gerakan-gerakan untuk menentang hanya dari kelompok intelektual, buruh yang tertotak-kotak, serta golongan religius.

Adalah keliru jika kita berpikir bahwa terdapat pemisahan yang tegas antara bidang ekonomi (penghasilan nilai tambah) dan bidang politik (perjuangan meraih kekuasaan negara). maka masyarakat Indonesia secara keseluruhan perlu menyadari realitas ini, dan segera menciptakan blok baru, agar kemudian dapat menciptakan ruang publik yang seluas-luasnya dalam lembaga negara. Melalui pemahaman atas kekuasaan sebagai sebuah hubungan yang harus di perkuat antar elemen, dan aliansi, sebab hubungan sosial dalam masyarakat sipil (*civil society*) juga merupakan hubungan kekuasaan, sehingga kekuasaan juga bisa merata ke seluruh masyarakat sipil, bukan hanya terwujud dalam aparat negara yang bersifat koersif.

Perjuangan nasional Indonesia pada dasarnya adalah bukan perjuangan mengenai kelas, akan tetapi perjuangan untuk merdeka dari kolonialisme dan imperialisme. Sehingga dalam mewujudkan sebuah kekuatan hegemoni di tingkat kelompok masyarakat kadang-kadang mengalami distorsi dan salah paham, hal inilah yang menyebabkan begitu sulitnya menciptakan iklim *civil society* yang memiliki kedaulatan tandingan. Artinya kelompok yang telah memiliki kesadaran

politik dan hukum haruslah melakukan gerakan nasional-kerakyatan dalam rangka mentransformasikan gagasan perjuangan dalam membentuk kedaulatan rakyat yang menjadi dinding atas hegemoni negara yang berlebihan. Gerakan nasional-kerakyatan ini adalah menkonsolidasikan ide-ide perjuangan, mengadvokasi, serta menata langkah-langkah strategis kedepan dalam rangka mendapatkan kembali hak-hak konstitusional rakyat.

Selain itu, kapasitas masyarakat sipil serta tumbuhnya organisasi masyarakat sipil menjadi prasyarat utama mendorong lahirnya konfigurasi politik yang demokratis. Tanpa ada kesiapan masyarakat sipil maka produk hukum yang dilahirkan oleh sistem politik yang demokratis cenderung konservatif dan ortodoks. Sebaliknya masyarakat sipil yang aktif dan kreatif akan mendorong lahirnya produk hukum yang responsif dan akuntabel.

Dengan demikian, dalam rangka melindungi hak-hak sipil dari masyarakat, bukan hanya negara yang harus diwaspadai penyalahgunaan kewenangannya, melainkan juga perlu diwaspadai bahkan dibatasi posisi dari dua kekuatan lain, yakni kekuatan pasar, dan kekuatan penyalahgunaan kekuasaan masyarakat sipil. Dalam konteks inilah sesungguhnya tidak cukup tepat apabila sebuah rezim yang demokratis secara otomatis melahirkan produk hukum yang responsif dan rezim otoriter selalu menampilkan produk hukum yang ortodoks mengingat konteks politik perundang-undangan begitu luas. Artinya terbuka peluang sebuah rezim yang demokratis mampu melahirkan UU politik yang responsif, tapi di sisi lain melahirkan produk yang pro terhadap kapitalisme yang tidak adil, diskriminatif terhadap kelompok lain dan mengesampingkan hak-hak kaum minoritas.

Berangkat dari asumsi bahwa Sudah merupakan sifat alami manusia dimana yang kuat atau mayoritas cenderung melanggar hak-hak pihak yang lemah atau minoritas. Maka gerakan nasional-kerakyatan ini pada puncaknya dimaksudkan penulis adalah untuk menciptakan sebuah kekuatan yang di sebut *socialist legality power*, guna menghadang kepentingan sepihak bertameng konsep negara hukum *rule of law*. Berikut alurnya :

Table 10

Sumber	Tujuan
Bersumber dari rasio manusia	(1) Perwujudan sosialisme; (2) Hukum adalah alat dibawah sosialisme; (3) Penekanan pada sosialisme, disbanding hak-hak perorangan;

Namun *socialist leagility power* yang penulis maksudkan haruslah dibangun pada konsep negara hukum pancasila, mengapa demikian? Sebab konsep *rule of law* pada dasarnya tidak begitu cocok dengan kondisi sosiologis Indonesia yang pluralistik. dan menurut penulis Pancasila lebih tepat dijadikan konsep dasar mengenai bentuk negara hukum Indonesia di masa depan. berikut gambaran secara mendasar mengenai konsep negara hukum pancasila tersebut :

Table 11

Cirri-ciri	Unsur-unsur utama
Hubungan yang erat antara agama dan negara-bertumpu pada Ketuhanan Yang Maha Esa-kebebasan agama dalam arti positif-ateisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang-asas kekeluargaan dan kerukunan	- Pancasila - MPR - Konstitusi - Persamaan kesempatan ekonomi - Kebebasan politik - Keadilan substantive - Sosialisme

Dari dimensi yang agak berbeda terdapat terdapat juga proposisi yang tak kalah penting pergulatannya, yaitu konflik postkolonial, yakni dekonstruksi kelompok inferior terhadap cara-cara kekuasaan kolonialisme modern pihak superior sebagai koloni penguasa modern, dengan tujuan membongkar dan menghentikan kolonialisme kekuasaan tersebut, dan menggantikannya dengan cara-cara kekuasaan demokratis postmodern (postdemokrasi). Dimana norma-

norma religius dan moral di era modern tak lagi berdaya, membendung perilaku manusia, maka norma umum obyektif pun cenderung hilang juga. Akibatnya, kekuasaan yang menekan dengan ancaman kekerasan adalah satu-satunya cara untuk mengatur manusia.

Ungkapan paling gamblang dari hal ini adalah militerisme (dalam perspektif global), Inilah fenomena masyarakat modern yang paling mengerikan. Realitas proposisi seperti ini harus menjadi wacana serius dalam rangka demokratisasi hukum dan politik di Indonesia. Segmentasi dan orientasi pergerakan pun harus mempertimbangkan realitas demikian. Bukan tidak mungkin, hegemoni yang diharapkan menjadi kekuatan tandingan justru berbalik menjadi ruang kehancuran akibat pertentangan di tataran ideologi dan strategi praksis. Oleh karena itu, selain konsolidasi, hegemoni juga perlu dibangun diatas *consensus* (kesepakatan).

Konsensus yang dibangun dalam hegemoni dilakukan dengan transformasi dari hegemoni menjadi Budaya dan pada akhirnya menjadi cara pandang dunia (*World view*) kronologinya adalah Hegemoni sebagai hasil dari negosiasi antara Kelas dominan dan kelas yang dikuasai, menurut Gramsci terdapat dua bentuk yaitu transformisme dan hegemoni ekspansif, Transformisme berbentuk konsensus yang masif yang meniadakan antagonis dan memecah belah masa sedangkan hegemoni ekspansif lebih kearah membangun konsensus aktif untuk merevolusi suprastruktur.

Dengan demikian demokrasi radikal plural dengan konsep fundamentalnya menghendaki adanya akses politik tidak hanya pada mereka yang berada dalam mayoritas atau dominan tapi juga negosiasi politik dari kelompok minoritas, gerakan sosial harus mampu membangun revolusi demokratik yang bersifat populis, yang dapat mengakomodir tuntutan berbagai macam kelompok. Pada konteks ini, semua komponen dari aktor politik akan membentuk identitasnya secara otomatis.

Sifat demokrasi yang konfliktual akan menjadi *check and belence*, mekanisme ini menghendaki aktif nya politik dalam ruang yang konfliktual sehingga politik menjadi perjuangan. Demokrasi Radikal dikonsepsikan karena

mengingat konsepsi demokrasi Liberal yang mengeliminasi antagonisme dengan mereduksi kedalam proses procedural menjadi penyebab bangkrutnya demokratisasi di dunia ketiga.

Indonesia, misalnya ketika agen rasional (partai politik) memproduksi politik yang penuh kebohongan, aktor politik cenderung tidak dapat mengaudit proposal partai politik berupa visi, dan misi ini dikarenakan partai politik tidak perlu meyakinkan rakyat terhadap ideologinya karena ruang yang seharusnya konflikual, kontestasi berubah menjadi kompromistis konsekuensinya adalah hilangnya indentitas antagonis. akhirnya yang terjadi adalah deparpolisasi, atau orang tidak percaya lagi dengan partai politik, dan Ini merupakan kesempatan bagi gerakan nasional-kerakyatan untuk segera melakukan konsolidasi membangun kekuatan tandingan atas negara.

Selain faktor kekuatan integrasi sosial, faktor penting lainnya yang juga harus dikuatkan adalah faktor budaya. Faktor ini merupakan substansi yang bersifat mandiri serta merupakan karakteristik pada suatu lingkungan hidup tertentu yang menentukan bagaimana suatu masyarakat memberikan respons terhadap struktur produksi. Diharapkan kemudian perkembangan organisasi masyarakat optimum yang akhirnya melahirkan negara hukum modern tersebut tidak hanya mengikuti hukum ekonomi dan sosial, melainkan juga budaya, sehingga dalam kondisi demikian dapat ditemukan suatu kekuatan baru yang muncul pada masyarakat sehingga mampu menggerakkan perubahan yang mendasar pada sistem hukum nasional yang berlaku.

Tugas menciptakan hegemoni baru, hanya dapat diraih dengan mengubah kesadaran, pola berpikir dan pemahaman masyarakat akan fenomena kekuasaan negara. Hegemnoni juga memerlukan penyatuan berbagai kekuatan sosial yang berbeda kedalam sebuah aliansi pergerakan, yang mengungkap semua kehendak kolektif elemennya.

Oleh karena itu diperlukan juga dimensi ideologis sebagai landasan perjuangan menuju cita *civil society*, dan reformasi intelektual dan moral yang pada akhirnya akan menciptakan konsepsi yang tangguh dan bertahan lama sebagai sebuah arus kekuatan gerakan baru. Sebagai kesimpulan, dalam rangka

perjuangan panjang menuju kedaulatan rakyat yang sebenar-benarnya, penulis ingin meletakkan dan merangkumnya dalam satu kata yakni ideologi.

Sebagai landasan atas semua gagasan dan konsepsi besar di dunia ini, tentu saja ideologi mempunyai eksistensi-materialnya dalam artian bahwa ia menjelma dalam praktik-praktik sosial setiap orang dan dalam lembaga-lembaga serta organisasi-organisasi dimana praktik-praktik sosial tersebut berlangsung. Yakni mencakup partai politik, serikat dagang dan organisasi lain yang menjadi bagian dari masyarakat sipil, aparat negara, dan organisasi-organisasi ekonomi seperti industry dan perusahaan komersial serta lembaga keuangan. dengan kata lain, lembaga-lembaga tersebut mempunyai efek-efek ideologis.

Perlu diperhatikan juga bahwa ideologi ini juga berlaku bagi aparat negara dan organisasi masyarakat sipil, misalnya efek ideologis dari hukum dan sistem hukum yang sangat berpengaruh, bahwa hukum tidak hanya mempunyai efek yang bersifat menekan (*coercive effect*), tetapi juga mempengaruhi tatanan kehidupan masyarakat terutama jika dilaksanakan secara paksa. Akhirnya, perlu ditekankan bahwa ideologi tidak boleh di reduksi semata-mata menjadi praktik-praktik sosial, karena ideologi tidak hanya mempunyai eksistensi material, tetapi ideologi juga ada dalam – dan terbentuk – melalui – ide-ide, serta melalui hubungan antara konsep dan kenyataan.

Dengan demikian, dalam rangka menuju negara hukum yang demokratis, perlu untuk membenahi ide dasar (ideologi) yang dipadukan dengan realitas empiris. Satuan-satuan masyarakat mulai dari organisasi sosial hingga satuan masyarakat hukum adat harus bersatu padu dan menciptakan konsensus (kesepakatan) untuk menciptakan kekuatan sosial sebagai tandingan atas kemungkinan negara ketika melakukan praktik-praktik otoriter, dan mewujudkan kondisi sosialisme berdasarkan Pancasila, dan demokrasi yang berasaskan gotong royong, serta kehidupan berkebangsaan yang berketuhanan. Dengan begitu cita *civil society* bukan lagi keniscayaan akan tetapi menjadi kemungkinan yang bisa di capai, paling tidak telah ada usaha yang sangat serius dan radikal-revolusioner dalam rekonstruksi ketatanegaraan Indonesia baik vertikal maupun horizontal.