



Firdaus Arifin, S.H., M.H., Lahir di Metro, Lampung, 5 Februari 1982. Dosen Tetap Yayasan Pendidikan Tinggi Pasundan dpk. Fakultas Hukum Universitas Pasundan Bandung yang saat ini menjabat Wakil Dekan II Bidang Administrasi dan Keuangan. Pengurus Biro Hukum Paguyuban Pasundan

(BHPP) Kordinator Bidang Tata Usaha Negara (TUN). Studi S-1 di Fakultas Hukum Universitas Pasundan Bandung (2004), Pendidikan Khusus Profesi Advokat (PKPA) di Fakultas Hukum Universitas Indonesia (UI) Jakarta 2005. Studi S-2 di Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum BKU Hukum Ketatanegaraan Universitas Padjadjaran Bandung (2009). Buku yang pernah diterbitkan Refleksi Reformasi Konstitusi 1998-2002 (Beberapa Gagasan Menuju Amandemen Kelima UUD 1945), Kontribusi Pemikiran Untuk Bangsa (sebuah pemikiran) penerbit Lembaga Penelitian Press Universitas Pasundan Tahun 2010.

Thafa Media

Jl. Srandakan Km 8,3 Cimangaran Kidul
Tumurti, Scandakan, Bantul, Yogyakarta 55763
Phone: 085100563938, 0812275474, 08213831300
Email: thafamedia@yahoo.co.id



FIRDAUS ARIFIN, S.H., M.H.

HAK ASASI MANUSIA

Teori, Perkembangan Dan Pengaturan



FIRDAUS ARIFIN, S.H., M.H.

HAK ASASI MANUSIA

TEORI,
PERKEMBANGAN
DAN
PENGATURAN



HAK ASASI MANUSIA

TEORI, PERKEMBANGAN DAN PENGATURAN

HAK ASASI MANUSIA

TEORI, PERKEMBANGAN DAN PENGATURAN

FIRDAUS ARIFIN, S.H., M.H.



HAK ASASI MANUSIA

TEORI, PERKEMBANGAN DAN PENGATURAN

FIRDAUS ARIFIN, S.H., M.H.

Diterbitkan Oleh : Penerbit Thafa Media

Copyright@ Thafa Media

Jl. Srandakan Km. 8,5 Gunungsaren Kidul Trimurti

Srandakan Bantul Yogyakarta 55762

Phone : 085100563938, 08122775474

Sms 082138313202

Desain Sampul : Khalaf Nabil Al Thafa

Lay Out : Thafa Media @Art

Cetakan I : 2019

E- mail : thafamedia@yahoo.co.id

Pertama kali diterbitkan dalam bahasa Indonesia

Oleh : Penerbit Thafa Media

Yogyakarta 2019

Hak cipta dilindungi oleh undang-undang

Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian

atau seluruh isi buku ini tanpa ijin tertulis dari penerbit

x + 210 hlm , 14,8 x 21 cm

ISBN 978-602-5589-

KATA PENGANTAR

Berkembangnya teori dan pengaturan Hak Asasi Manusia (HAM) sesungguhnya masih relatif baru yaitu sejak awal dan pertengahan abad ke-20 bersamaan dengan meluasnya aspirasi dekolonisasi negara-negara yang dijajah dunia barat. Sebelumnya, ide tentang perlindungan terhadap HAM itu tumbuh dilingkungan negara-negara Barat sendiri yang oleh para ilmuwan dikemudian hari dikaitkan dengan gerakan-gerakan pembebasan yang timbul di Eropa, mulai abad ke-13 sampai akhir abad ke-18. Sebenarnya, beberapa prinsip hak asasi manusia juga sudah tumbuh dalam tradisi politik indonesia itu sendiri jauh sebelum bangsa barat datang ke indonesia. Malah, oleh Muhammad Yamin dikatakan bahwa dalam lingkaran peradaban bangsa indonesia sejak beratus-ratus tahun lamanya, setiap manusia memang mempunyai hak dan kewajiban terhadap diri sendiri, kepada keluarga, kepada masyarakat, dan kepada negara. Hak dan kewajibannya itu menurut muhammad yamin diakui dan diatur melalui hukum adat. Bahkan ada juga sebagian yang sudah dituliskan dalam bentuk buku teks.

Bila ditelusuri lagi, Indonesia sendiri menyusun UUD 1945 sebelum adanya The Universal Declaration of Human

Rights, namun ide-ide hak asasi manusia yang tercermin dalam deklarasi tersebut sudah diketahui oleh para the founding father indonesia dalam sidang BPUPKI pada tahun 1945.100 Rapat besar BPUPKI yang diselenggarakan pada tanggal 15 juli 1945 menyimpan memori tentang perlu tidaknya pengaturan tentang HAM dicantumkan dalam UUD 1945. Oleh karena itu, ketentuan yang berkenaan dengan hak asasi manusia dapat dikatakan dimuat secara terbatas dalam UUD 1945, yaitu sebanyak tujuh pasal saja. Sedikitnya pasal-pasal yang berbicara langsung tentang hak asasi manusia dalam UUD 1945 bukan karena naskah UUD ini disusun sebelum adanya Universal Declaration of Human Rights.

Dalam perjalanan sejarah, Konsitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) 1949 dan Undang-Undang Dasar Sementara (UUDS) 1950 yang pernah berlaku selama sekitar 10 tahun (1949-1959), justru memuat pasal-pasal tentang HAM yang lebih banyak dan lebih lengkap dibandingkan dengan UUD 1945.104 Bahwa dapat dikatakan bahwa kedua UUD tersebut mendasarkan ketentuan-ketentuan yang berkaitan dengan HAM-nya pada pernyataan umum tentang Hak Asasi Manusia (universal declaration of human rights) yang mulai berlaku pada tanggal 10 Desember 1948.

Setelah masa reformasi, perubahan UUD 1945 adalah dianggap sebagai sesuatu yang niscaya. Bahkan, perubahan UUD 1945 itu sendiri merupakan puncak dari aspirasi dari gerakan reformasi itu sendiri. Materi yang semula hanya tujuh butir sekarang telah bertambah dengan signifikan, perumusannya menjadi lebih lengkap dan menjadikan UUD NRI 1945 merupakan salah satu UUD yang paling lengkap memuat perlindungan terhadap hak asasi manusia. Dengan disahkannya perubahan satu sampai ke empat UUD NRI

1945113 pada tahun 2002, yang dimuat dalam BAB XA tentang Hak Asasi Manusia, pasal 28A sampai dengan 28 J.

Ketentuan-ketentuan yang memberikan jaminan konstitusional terhadap hak-hak asasi manusia itu sangat penting dan bahkan dianggap merupakan salah satu ciri pokok dianutnya prinsip negara hukum di suatu negara. Namun di samping hak-hak asasi manusia, harus pula dipahami bahwa setiap orang memiliki kewajiban dan tanggungjawab yang juga bersifat asasi. Setiap orang, selama hidupnya sejak sebelum kelahiran, memiliki hak dan kewajiban yang hakiki sebagai manusia. Pembentukan negara dan pemerintahan, untuk alasan apapun, tidak boleh menghilangkan prinsip hak dan kewajiban yang disandang oleh setiap manusia, jaminan hak dan kewajiban itu tidak ditentukan oleh kedudukan orang sebagai warga suatu negara. Setiap orang di manapun ia berada harus dijamin hak-hak dasarnya. Pada saat yang bersamaan, setiap orang di manapun ia berada, juga wajib menjunjung tinggi hak-hak asasi orang lain sebagaimana mestinya.

Secara khusus, buku yang berjudul **HAK ASASI MANUSIA; teori, perkembangan dan pengaturan** ini menguraikan soal-soalan terkait dengan Teori Hak Asasi Manusia, perkembangan Hak Asasi Manusia, substansi HAM dalam Pancasila dan Uud 1945, hak untuk hidup dan hak untuk mati (*the right to die and the right to life*), masalah pribumi dan non pribumi, masalah eutanasia dalam konteks HAM di indonesia, dan HAM dalam konsep negara hukum.

Harapan penulis, semoga buku ini mempunyai arti penting untuk menelusuri lebih jauh soal Hak Asasi Manusia, khususnya terkait dengan teori, perkembangan dan

pengaturan HAM itu sendiri, serta diharapkan akan dapat menjadi masukan bagi pemerintah dan aparat penegak hukum, khususnya pihak pemasyarakatan dalam penyusunan regulasi terkait Hak Asasi Manusia.

Bandung, 24 Agustus 2019,
Penulis,

Firdaus Arifin, S.H., M.H.

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR | v

DAFTAR ISI | ix

BAB 1 TEORI HAK ASASI MANUSIA | I

1. Teori Hukum Kodrat | 8
2. Teori Positivisme | 11
3. Teori Anti-Utilitarian | 14
4. Realisme Hukum | 15
5. Marxisme | 16

BAB II PERKEMBANGAN HAK ASASI MANUSIA | 19

**BAB III SUBSTANSI HAM DALAM PANCASILA DAN
UUD 1945 | 61**

**BAB IV HAK UNTUK HIDUP DAN HAK UNTUK MATI
(*THE RIGHT TO DIE AND THE RIGHT TO LIFE*) | 73**

BAB V MASALAH PRIBUMI DAN NON PRIBUMI | 83

1. Sejarah Hukum WNI Keturunan Tionghoa | 83

**BAB VI MASALAH EUTANASIA DALAM KONTEKS HAM DI
INDONESIA | 105**

1. Pengertian Eutanasia | 105

2. Sejarah Eutanasia | 110
3. Berbagai Bentuk Eutanasia | 112
4. Bentuk Semu eutanasia | 116

BAB VII HAM DALAM KONSEP NEGARA HUKUM | 121

- A.** Konsep Negara Hukum Barat | 121
 1. Pemikiran Plato | 122
 2. Pemikiran Niccolo Machiaveli | 124
 3. Pemikiran John Locke | 128
 4. Pemikiran Montesquieu | 132
- B.** Negara Hukum Menurut Konsep Anglo Saxon | 137
- C.** Negara Hukum Konsep Benua Eropa | 152
- D.** Konsep Negara Hukum Immanuel Kant | 154
- E.** Konsep Negara Hukum Formal dari F. J. Stahl | 155
- F.** Perkembangan Pemikiran Negara Hukum Abad ke -XX | 158
- G.** Negara Hukum Konsep International Commission of Jurist | 172
- H.** Negara Hukum Konsep Komunis (*Socialist legality*) | 177
- I.** Konsep Negara Hukum Pancasila | 180
- J.** Konsep Negara Hukum Madinah | 183

DAFTAR PUSTAKA | 197

I

TEORI

HAK ASASI MANUSIA

Hak Asasi Manusia (HAM) merupakan istilah dalam bahasa Indonesia untuk menyebut hak dasar atau hak pokok yang dimiliki manusia⁶⁴. Istilah hak asasi manusia berasal dari istilah *droits de l'homme* (Prancis) *human right* (Inggris) dan *Huquq al - Insan* (Arab), *Right* dalam Bahasa Inggris berarti hak, keadilan, dan kebenaran². Secara istilah hak asasi diartikan sebagai hak yang melekat pada martabat manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan, hak tersebut dibawa sejak manusia ke muka bumi sehingga hak tersebut bersifat fithri (kodrati) dan bukan pemberian manusia atau negara.

Pengertian HAM menurut Leah Levin adalah "*human right meaning moral claims which are inalienable and inherent in all human individual by virtue of their humanity alone*"³ (Hak-hak

⁶⁴Tim Penyusun Kamus, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Kamus Bahasa Indonesia, Jakarta, 1988, hlm 292 Dictionary Modren Englis Press,Jakarta, 1991, hlm.1662

² Peter Salim, *The Contemporary English*, Indonesia Dictionary, Modren English Press,Jakarta, 1991, hlm.162

³ Leah Levin, *Human Rights Question and Answer*, National Book Trus,India,1998,hlm. 3.

yang melekat pada manusia yang tanpanya mustahil manusia dapat hidup sebagai manusia)

Hak asasi pada hakikatnya adalah seperangkat ketentuan atau aturan untuk melindungi warga negara dari kemungkinan penindasan, pemasungan dan atau pembatasan ruang gerak warga negara oleh negara Artinya ada pembatasan-pembatasan tertentu yang diberlakukan pada negara agar hak warga negara yang paling hakiki terlindungi dari kesewenangan kekuasaan⁴.

Sedangkan Baharudin Lopa mengartikan HAM sebagai :“Hak-hak yang diberikan langsung oleh Tuhan Yang Maha Pencipta (Hak-hak yang bersifat kodrati)”⁵

Ketentuan dalam *International Covenant on Civil and Political Rights* (ICCPR) 1966, HAM dirumuskan sebagai “ *these rights derive from inherent dignity of human person*” (hak asasi manusia ini berasal dari martabat yang *inheren* atau melekat pada diri manusia).

Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Pasal 1 angka 1 menyebutkan :

“Hak Asasi Manusia ialah “Seperangkat hak yang melekat pada hakikat keberadaan manusia sebagai mahluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara,

⁴ Hendarmin Ranadireksa, dalam Suwandi, *Instrumen dan Penegakan Ham Di Indonesia* hlm 1, Lihat Juga Muladi , *Hak Asasi Manusia*, Refika Aditama, Bandung, 2005 hlm.39.

⁵ Jan Materson, dalam Baharudin Lopa, *Al-Quran dan Hak-Hak Asasi Manusia*, Dana Bhakti Prima Yasa, Yogyakarta,1999,hlm.1.

hukum, pemerintahan, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia”.

Berdasarkan beberapa defenisi di atas, secara substansi ada persamaan pemahaman dalam mendefenisikan HAM. Setidaknya disepakati bahwa HAM merupakan hak yang diberikan Tuhan, sehingga hak tersebut bersifat melekat, kodrati dan universal. Hak tersebut tidak tergantung oleh suatu disebabkan manusia lain, negara atau hukum, karena hak tersebut berkaitan dengan eksistensi manusia. Dengan demikian perbedaan jenis kelamin, ras, agama atau warna kulit tidak mempengaruhi perbedaan terhadap eksistensi HAM. Dan berkaitan dengan keberadaan dan eksistensi manusia, maka hak tersebut harus dihormati, dilindungi dan dihargai oleh siapapun. Secara umum, HAM dapat dirumuskan sebagai (*“those rights which are inherent in our natural and without which we cannot live as human being* “hak yang melekat pada kodrat, kita sebagai manusia yang bila HAM tiada, mustahil kita akan hidup sebagai manusia) oleh masyarakat dunia perumusan pengakuannya telah diperjuangkan dalam kurun waktu yang sangat panjang.⁶

HAM adalah hak dasar manusia, yang ada dan merupakan karunia Tuhan Yang Maha Kuasa, HAM merupakan hak natural oleh karena itu hak asasi manusia tidak dapat dicabut oleh manusia lain sesama mahluk hidup.”Hak Asasi Manusia dipercayai memiliki nilai universal. Nilai universal berarti tidak mengenal batas ruang

⁶ Muladi, *Hukum dan Hak Asasi Manusia*, Dalam Kumpulan Esai Guna Menghormati 70 Tahun Prof Dr Sri Soemantri M. (Ed) Bagir Manan, *Kedaulatan Rakyat Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 1995, hlm. 113.

dan waktu”⁷. Nilai-nilai hak asasi manusia adalah kebebasan, kesetaraan, otonomi dan keamanan. Lebih dari itu inti nilai hak asasi manusia adalah martabat manusia”⁸

Teori hak kodrati yang berkembang di abad ke 17 dan melalui hak-hak individu yang subjektif diakui, para pendukung teori ini adalah seperti John Locke yang berargumentasi bahwa semua individu dikarunia oleh alam hak inheren dan harta merupakan milik mereka sendiri dan tidak dapat dipindahkan atau dicabut.

Menurut Scoot Davidson⁹, “HAM atau *the right of man*, pada mulanya adalah produk mazhab hukum kodrati”. Pandangan mengenai hukum kodrati mempostulatkan bahwa teori ini merupakan bagian hukum Tuhan yang sempurna yang dapat diketahui melalui penggunaan nalar manusia. Sebagian isi filsafat hukum kodrati yang terdahulu adalah ide bahwa masing-masing orang dalam kehidupan ditentukan oleh Tuhan, sehingga semua orang tunduk pada otoritas Tuhan. Dengan demikian, dapat dinyatakan bahwa bukan hanya kekuasaan raja yang dibatasi oleh aturan-aturan ilahiah, tetapi juga bahwa semua manusia dianugerahi identitas individu yang unik, yang terpisah dari negara.¹⁰

Landasan teori ini yang terdahulu sepenuhnya teistik, dengan mensyariatkan adanya iman kepada Tuhan. Namun

⁷ Hikmahanto Juwana Edt. Muladi, *Hak Asasi Manusia...*, *Op.Cit* hlm 70

⁸ Pidato Douglas W Cassel, *Hukum HAM Internasional*, Fakultas Hukum Universitas Northwestern (NU) 17 September 2001 terpetik dalam Artidjo Alkostar, *Pengadilan HAM, Indonesia, dan Peradabannya*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2004, hlm.1.

⁹ Scoot Davidoson, *Op.Cit.*, hlm. 36.

¹⁰ *Ibid* .

pada tahap selanjutnya dalam perkembangan hukum kodrati adalah memutuskan asal-usulnya yang teistik dan membuatnya menjadi suatu produk pemikiran sekuler yang rasional dan bijak. Tugas ini dilaksanakan oleh Hugo de Groot, yang dikenal dengan nama latinnya, Grotius. Grotius berargumentasi bahwa eksistensi hukum kodrati yang merupakan landasan yang non empiris dengan menelaah aksioma ilmu ukur. Pendekatan semacam inilah terhadap permasalahan ilmu hukum menunjukkan bahwa semua ketentuan dapat diketahui dengan menggunakan nalar yang benar, dan kesahihannya yang tidak bergantung pada Tuhan.¹¹

Sepanjang abad ke-17 pandangan hukum kodrati model Grotius terus disempurnakan, dan akhirnya berubah menjadi teori hak kodrati. Melalui teori ini, hak-hak individu yang subjektif diakui. Pendukung utama teori ini adalah John Locke (1632-1704). Menurut John Locke, manusia sejak dilahirkan telah memiliki kebebasan dan hak-hak asasi. Hak asasi itu adalah kehidupan, kemerdekaan dan harta milik. Hak ini adalah hak yang dimiliki manusia secara alami, yang inheren pada saat kelahirannya dan HAM itu tidak dapat diganggu gugat oleh siapapun, dan tidak dapat diperoleh atau dicabut oleh negara, terkecuali atas persetujuan pemiliknya.¹² Locke mengatakan:

The State of nature has a law of nature to govern it, which obliges every one, and reason, which is that law, teaches all mankind

¹¹ *Ibid*

¹² John Locke, *Op.Cit.*, hlm.119.

*who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, healthy, liberty or possessions*¹³

Namun, walaupun hak-hak tersebut didapat manusia dalam keadaan alami, hak-hak asasi dan kebebasannya belum terjamin. Dan agar kebebasan dan HAM tersebut terjamin, maka mereka sepakat untuk mengakhiri keadaan alami ini dengan membentuk negara. Negara menurut John Locke, mempunyai tujuan menjaga dan menjamin terlaksananya kebebasan dan HAM.¹⁴

Menurut K. Bertens¹⁵, HAM bukan saja sesuatu yang diperjuangkan, tetapi ada segi teoritisnya juga. Segi teoritis itu bermula dari ilmu hukum. Perlu dipikirkan bagaimana agar hak-hak manusia itu bisa dirumuskan dengan cara yang paling tepat dan disesuaikan dengan sistem hukum yang berlaku. Ilmu hukum sangat penting dalam memberi dasar yang teguh kepada HAM baik dalam sistem hukum nasional maupun internasional. Upaya teoritis yang lain adalah berasal dari filsafat. Ilmu filsafat mengambil jarak terhadap kenyataan konkret dan mencoba menanyakan tentang alasan-alasan terakhir. Demikian juga dalam konteks HAM, para ahli filsafat tidak menanyakan praktik konkret HAM, tetapi berusaha merefleksikan dan kalau mungkin membuktikan pendasarannya yang terdalam.

HAM menurut Leah Levin adalah: *"Human right meaning moral claims which are inalienable and inherent in all human*

¹³ *Ibid*

¹⁴ *Ibid*

¹⁵ K. Bertens, *Menyambung Refleksi tentang Pendasaran Hak Asasi Manusia*, Kompas, 1 Desember 2000, hlm. 31.

*individual by virtue of their humanity alone*¹⁶ (HAM berarti klaim moral yang tidak dapat dicabut dan melekat pada diri individu berdasarkan kebebasan manusia). Sedangkan HAM menurut Jan Materson (Komisi HAM PBB), HAM adalah: *"Human rights could be generally defined as those rights which are inherent in our nature and without we cannot live as human being"*¹⁷ (hak-hak yang melekat pada manusia, yang tampaknya mustahil manusia dapat hidup sebagai manusia). Adapun pengertian HAM menurut Pasal 1 UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM dan Pasal 1 UU. No. 26 Tahun 2000 tentang Peradilan HAM:

Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Prinsip HAM pada awalnya berasal dari pemikiran Liberal Barat, yakni ketika para filsuf berhadapan dengan bangkitnya kekuasaan negara dan meningkatnya individualisasi warga negara.¹⁸ Secara filosofis, berbagai dokumen HAM terdapat adanya perbedaan muatan nilai dan orientasi. Di Inggris menekankan pada pembatasan raja, di Amerika Serikat mengutamakan kebebasan Individu, di Perancis memprioritaskan egalitarianisme persamaan

¹⁶ Leah Levin, *Human Right Question and Answer*, National Book Trust, India, 1998, hlm. 3.

¹⁷ Jan Materson dalam Baharudin Lopa, *Op.Cit*, hlm. 1.

¹⁸ Rhoda E. Howard, *HAM Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya*, terjemahan Nugraha Katjasungkana, PT. Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2000, hlm. 2.

kedudukan di hadapan hukum, di Rusia tidak diperkenalkan hak individu tetapi hanya mengakui hak sosial. Sementara itu PBB merangkum berbagai nilai dan orientasi sebagai kesepakatan berbagai negara setelah mengalami revolusi Perang Dunia II yang akhirnya melahirkan pengakuan prinsip kebebasan perseorangan, kekuasaan hukum serta demokrasi sebagaimana diformulasikan dalam *Preamble Atlantik Charter* 1945.¹⁹

Perkembangan HAM di setiap negara mempunyai latar belakang sejarah sendiri-sendiri sesuai dengan perjalanan hidup bangsanya. Meski demikian, sifat dan hakikat HAM di mana-mana adalah sama (universal), karena setiap manusia pada dasarnya diciptakan sama, tanpa dibedakan oleh jenis kelamin, agama, suku, ras, bangsa, status sosial dan ideologi yang dianutnya.

Adapun Scott Davidson²⁰ membagi 5 (lima) teori utama yang relevan dengan Hak Asasi Manusia. Kelima teori itu dijelaskan masing-masing sebagai berikut:

1. Teori Hukum Kodrat

Teori hukum alam atau hukum kodrat adalah bermula dari Yunani kuno dan Romawi yang mengakui adanya hukum kodrati yang di pelopori oleh Grotius, yakni *ius naturale* yang boleh dirujuk oleh setiap warga negara bila berkonflik dengan hukum negara yang tidak adil. Kemudian oleh Thomas Aquinas dipostulatkan hukum kodrati ini

¹⁹ Artidjo Alkostar, *Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Penegakan Hukum Dewasa ini*, makalah dalam rangka Dies Natalis UII ke-51, Yogyakarta, 1994, hlm. 3.

²⁰ Scott Davidson, *Op.Cit*, hlm. 32-54.

menjadi bagian dari hukum Tuhan yang sempurna yang dapat diketahui melalui penggunaan nalar manusia²¹. Sepanjang abad XVII, khususnya masa renaissance, pandangan hukum kodrati oleh Grotius terus disempurnakan dan pada akhirnya berubah menjadi teori hak kodrati. Melalui teori kodrati inilah, hak-hak individu yang subjektif diakui. Kemudian dalam perkembangannya, masa renaissance menghasilkan dunia baru yang mencetuskan abad individualisme yakni masa kemajuan dan pembebasan dari ikatan dan kewajiban lama, subjek manusia pribadi menurut hak-haknya²².

Diantara para pendukung doktrin hak kodrati adalah John Locke. Locke berargumentasi bahwa semua individu dikaruniai oleh alam, hak yang inheren atas kehidupan, kebebasan dan harta yang merupakan milik mereka sendiri yang tidak dapat dipindahkan atau dicabut oleh negara, kecuali atas persetujuan pemiliknya²³. Apabila penguasa negara memutuskan kontrak sosial itu dengan melanggar hak-hak kodrati individu, para kawula negara itu bebas untuk menyingkirkan sang penguasa dan menggantikannya dengan suatu pemerintah yang bersedia menghormati hak-hak itu. Tujuan negara menurut John Locke adalah untuk dan menjamin terlaksananya kebebasan dan HAM²⁴. Pikiran John Locke inilah menjadi dasar lahirnya *The Amerika Declarations of Independence 1776*.

²¹ *Ibid*, hlm. 36.

²² Beerling dalam Lili Rasyidi, *Op.Cit*, hlm. 51.

²³ John Locke, *Two Treatise of Civil Government*, The Aldine Press, London, 1960, hlm. 119.

²⁴ *Ibid*

Menurut pendukung hak kodrati, HAM adalah hak-hak yang diberikan langsung oleh Tuhan Yang Maha Pencipta (hak-hak yang bersifat kodrati). Tanpa hak itu, mustahil manusia dapat hidup sebagai manusia. Meskipun demikian, bukan berarti manusia dengan hak-haknya itu dapat berbuat semuanya tanpa batas. Yang dapat membatasi HAM seseorang hanyalah hukum. Jika seseorang menggunakan hak asasinya sampai melanggar hak orang lain, maka akan terkena sanksi hukum.

Kekuasaan negara harus dibatasi mengingat kecenderungan negara untuk menyalahgunakan kekuasaan (wewenang), hal ini seperti yang dinyatakan oleh Lord Acton bahwa *power tends to corrupt, absolute power corrupt absolutely*. Batas-batas kekuasaan juga berubah-ubah tergantung dari keadaan. Individu juga dibatasi dalam penggunaan hak asasinya. Namun sarana yang dipergunakan untuk membatasi kedua kepentingan, yakni kekuasaan negara dan individu adalah hukum.²⁵ Kemudian pemikiran sekuler dan humanis tumbuh di zaman *Renaissance* dan berkembang di zaman *Aufklaerung* juga telah membangkitkan teori moralitas berdasarkan pada hak setiap individu. Sesungguhnya HAM menggantikan istilah hukum kodrat yang sudah lama sekali dipergunakan dalam diskusi etik. Tetapi diskusi etik itu berkembang dari masa ke masa. Sebab ada sejumlah hal yang sekarang sudah tidak dipermasalahakan lagi, tetapi pada

²⁵ Rukmana Amanwinata, *Pengaturan dan Batas Implimentasi Kemerdekaan Berserikat dan Berkumpul dalam pasal 8 UUD 1945*, Disertasi, Unpad, Bandung, 1996, hlm. 30-31.

waktu abad Pertengahan masih belum diterima semua orang, misalnya hak kaum perempuan²⁶.

2. Teori Positivisme

Jika teoritikus hukum kodrati menurunkan gagasan tentang hak itu dari Tuhan, nalar dan moral dengan pendekatan nonempiris, maka kaum positivis berpendapat bahwa eksistensi dan isi hak hanya dapat diturunkan dari hukum negara melalui metode empiris, seperti yang dipelopori oleh David Hume pada zaman pencerahan di Eropa di abad 18. Dalam pandangan Hume, pembahasan moralitas haruslah disingkirkan dari analisis sistem hukum, sehingga hukum kodrati akan tampak sebagai sekedar argumen mengenai posisi moral mana yang lebih baik di antara posisi moral yang ada, karena hukum kodrat tidak dapat menunjukkan bagaimana suatu sistem hukum yang sistematis²⁷.

Adapun hukum positif bertitik tolak pada sistem hukum yang formal. Pendapat Hume yang tampak amoral diberi sentuhan humanis oleh Jerami Bentham pencetus utilitarianisme yang juga penganut mazhab positivis. Tesis utama utilitarianisme adalah eksistensi manusia yang dikuasai oleh kesenangan dan penderitaan. Dengan meningkatkan kesenangan dan mengurangi penderitaan, maka nasib manusia akan membaik. Oleh karena itu, tujuan *utility* adalah meningkatkan seluruh stok bagi kesenangan manusia yang

²⁶ B.S. Mardiatmadja, *Hak Asasi Manusia Dari Sudut Pandang Teologi Katolik*, dalam *Diseminasi Hak Asasi Manusia, Perspektif dan Aksi*, CESDA LP3ES, Jakarta, 2000, hlm. 74-75.

²⁷ Scott Davidson, *Op.Cit*, hlm. 40-41.

dapat dihitung dengan matematis dengan cara dijalkannya aturan-aturan yang akan memberikan kebahagiaan terbesar bagi jumlah manusia yang paling banyak—memaksimalkan kebahagiaan. Tampak bahwa utilitarianisme Bentham tidak amoral, namun moralitasnya bukan berasal dari sumber yang metafisik, melainkan terletak pada pernyataan preferensi pribadi dari mayoritas²⁸.

Tujuan filsafat Individualisme–utilitarianisme adalah emansipasi individu, orientasinya adalah menambah kesenangan individu. Hukum yang dianggap baik adalah hukum yang memajukan kebebasan bagi setiap individu dan memacu agar setiap individu mengejar apa yang dianggap baik bagi dirinya. Falsafah ini pula yang menjadi akar dari prinsip “*laissez Faire*” dalam dunia perekonomian dewasa ini. Perekonomian dunia didorong mengarah pada mekanisme persaingan bebas yang diyakini akan menghasilkan kebahagiaan yang maksimal bagi setiap individu²⁹.

Gagasan-gagasan ideal masa kini tentang hak individu adalah untuk diperlakukan secara terhormat, sama dengan warga negara lain, dengan cara menjamin otonominya untuk bertindak, dan ini tidak hanya meluas di kalangan masyarakat liberal Barat, tetapi juga semakin merasuk ke masyarakat-masyarakat lain³⁰. Salah satu ciri masyarakat liberal yang membedakannya dengan masyarakat-masyarakat tradisional dan masyarakat nonliberal adalah penilaian yang tinggi terhadap individualisme dan privasi. Privasi dalam arti modernnya yaitu ruang berpikir dan bertindak bebas dari

²⁸ *Ibid*

²⁹ Artidjo Alkostar, *Op.Cit*, hlm. 4.

³⁰ Rhoda E, *Op.Cit*, hlm. 2.

campur tangan “publik”. Masyarakat liberal mendorong terputusnya individu dari komunitas-komunitas primer – keluarga, gereja, kelompok etnis – yang menjadikan manusia makhluk sosial dan berhubungan dengan orang lain. Sebaliknya liberalisme mendorong sekulerisme, keterputusan hubungan dengan Tuhan⁶⁵.

Nilai privasi mengimplikasikan hak individu di dalam hukum untuk melakukan apa yang dianggapnya kepentingan utama, sekalipun kepentingan itu bertentangan dengan kepentingan-kepentingan status sosial yang lebih besar yang memayungi individu sebagai anggotanya. Individu tersebut berhak memiliki ranah kepribadian dan kepentingan yang terpisah dari yang dimiliki kerabat atau komunitas. Individu berhak atas otonomi dalam hubungan pribadi, sosial dan politik dengan orang lain. Kepatuhan terhadap norma-norma sosial dan kelompok tidak lagi merupakan aspek mutlak dari makna sebagai manusia⁶⁶. Oleh karena itu, masyarakat kapitalis liberal mengakui bahwa individu membutuhkan integritas total, bebas dari kekerasan negara, serta membutuhkan kebebasan berbicara, pers, dan berserikat. Tubuh adalah milik pribadi, integritasnya harus dilindungi: pikiran adalah atribut pribadi yang harus boleh diekspresikan kepada publik⁶⁷.

Menurut sosiolog Ferdinand Tonnies⁶⁸, Masyarakat liberal menggantikan *gemeinschaft* dengan *gesellschaft*. Masyarakat *gemeinschaft* adalah masyarakat yang anggotanya

⁶⁵ *Ibid*, hlm. 40.

⁶⁶ *Ibid*, hlm. 45.

⁶⁷ *Ibid* .

⁶⁸ *Ibid* hlm. 40-41.

hidup bersama dalam kelompok-kelompok primer, yang terikat kuat oleh lembaga-lembaga kekerabatan, komunitas, dan lembaga agama. Dimana perubahan sosialnya sangat sedikit, identitas holistik: kehidupan pribadi tidak terpisahkan.

Masyarakat *gesellschaft* adalah sebaliknya, masyarakat yang heterogen, masyarakat perkotaan yang tidak terikat pada kerabat, komunitas maupun kelompok, dimana sifat individualistik lebih menonjol. Tidak ada orang yang mau memberi serta menghasilkan sesuatu kepada orang lain dengan cuma-cuma, juga tidak ada kecenderungan untuk memberi kepada orang lain.

3. Teori Anti-Utilitarian

Kritik terhadap utilitarianisme dilontarkan oleh Dworki dan Nozick yang menyatakan bahwa utilitarianisme memprioritaskan kesejahteraan mayoritas. Minoritas atau individu yang preferensinya tidak diwakili oleh mayoritas di dalam suatu negara akan kurang dihiraukan. Dan sebagai akibatnya, mereka dirugikan atau kehilangan hak-hak dasarnya. Sebagai contoh adalah isu homoseksualitas. Mayoritas rakyat tidak dapat menerima perilaku homoseksual, sehingga ingin melarangnya dengan undang-undang. Keinginan ini jelas memenuhi aksioma sentral dari utilitarianisme, karena memaksimalkan kebahagiaan mayoritas dan mencerminkan diskriminasi pada minoritas dengan anggapan bahwa kelompok minoritas kurang berharga ketimbang mayoritas.

Kritik utama Nozick terhadap utilitarianisme adalah bahwa utilitarianisme mengorbankan kebebasan individu

demokrasi mayoritas; utilitarianisme tidak mempertimbangkan fakta bahwa kehidupan seseorang individu adalah satu-satunya kehidupan yang dimiliki. Pada negara demokratis yang pluralistik, pendirian seperti itu tidak dapat dipertahankan. Dengan demikian, karena kecenderungan tirani mayoritas melekat dalam teori utilitarian, maka lahir teori anti utilitarianisme.

4. Realisme Hukum

Penganut realisme hukum adalah Karl Llewellyn dan Roscoe Pound. Namun yang secara khusus mengembangkan pendekatan terhadap HAM adalah Myres McDougal melalui konsep nilai luhur yang berorientasi pada kebijakan untuk melindungi martabat manusia. McDougal bersama Lasswell dan Chen berargumentasi bahwa tuntutan pemenuhan HAM itu berasal dari pertukaran nilai-nilai internasional yang luas dasarnya. Nilai-nilai itu dimanifestasikan oleh tuntutan-tuntutan yang berkaitan dengan kebutuhan-kebutuhan sosial, seperti rasa hormat, kekuasaan, pencerahan, kesehatan, kesejahteraan, keterampilan, kasih sayang dan kejujuran. Semua nilai ini saling mendukung dan disahkan oleh nilai luhur martabat manusia. Tujuan pendekatan yang sarat nilai dan berorientasi pada kebijakan ini adalah menawarkan suatu resep bagi masyarakat dunia bahwa semua nilai yang diidentifikasi, dimiliki bersama melalui aplikasi asas-asas demokrasi. Intinya ajaran ini mengakui nilai-nilai universal berdasarkan martabat manusia melalui konsensus bersama⁶⁹.

⁶⁹ Scott Davidson, *Op.Cit*, hlm. 50-52.

5. Marxisme

Pelopop teori ini adalah Karl Mark. Mark berargumentasi dari sudut ilmiah, bahwa apa yang disebut hukum kodrati itu adalah idealistik dan ahistoris. Klaim kaum revolusioner borjuis pada abad 17 dan 18 bahwa hak kodrati itu tidak dapat dicabut dan dihilangkan, tidak dapat diterima dan dipertahankan. Menurut Mark, hak jelas merupakan produk borjuis dan produk dari masyarakat kapitalis – borjuis yang dirancang untuk mempertahankan dan memperkuat posisi kelas yang berkuasa.

Dalam teori Marxis, hakikat seseorang individu adalah suatu makhluk sosial yang menggunakan kemampuannya untuk memenuhi kebutuhannya, dan di dalam masyarakat kapitalis, pemenuhan kebutuhan manusia melalui alat produksi yang dikuasai oleh kelas yang berkuasa. Menurut doktrin Marx, potensi sejati manusia hanya dapat diwujudkan jika manusia dikembalikan pada kodrat sejatinya sebagai makhluk sosial, dan ini dapat dicapai jika dalam masyarakat yang benar-benar komunis, di mana semua alat produksi dimiliki bersama dan tidak ada lagi konflik kelas. Dalam konsep Mark mengenai hak, tidak ada hak individu karena hak itu egoistis, dan berdasarkan hak milik yang borjuis. Hanya ada satu hak yang legal, yakni hak yang diberikan oleh negara dan diarahkan untuk peralihan dari negara komunis menuju masyarakat komunis. Singkatnya, hak menurut Marxis hak adalah instrumen atau alat untuk mencapai tujuan tertentu. Begitu tujuan tercapai, alat itu tidak diperlukan lagi karena hak tidak mempunyai nilai yang transedental atau

abadi; hak itu bersifat positivistik dalam arti, hak yang dianggap ada sangat bergantung sepenuhnya pada negara⁷⁰.

Pengakuan dan potret pelaksanaan HAM di negara komunis dapat dilihat dari watak aturan hukumnya yang tidak memberi tempat adanya hubungan hukum privat, karena segala sesuatu dianggap dari masyarakat dan untuk kepentingan masyarakat. Semua hukum menjadi administrasi kebijakan penguasa, karena itu hukum harus mengabdikan pada politik partai. Demikian pula pengadilan harus tunduk pada pengawasan kekuasaan politik partai. Kondisi demikian antara lain tergambar dalam buku *The Gulag Archipelago*, karangan Alexander Solshenitsyn yang melukiskan tentang pelecehan HAM di Rusia, hukum sebagai alat kekuasaan dan pengadilan dilakukan di belakang pintu tertutup. Hal serupa juga terjadi pada Fascis dan Nazi yang menonjolkan despotisme. Dalam diri negara merupakan hukum, legitimasi nafsu penguasa untuk menguasai dan mendominasi hak asasi rakyat⁷¹.

⁷⁰ Ibid, hlm. 52-53.

⁷¹ Artidjo Alkostar, *Loc.Cit*, hlm. 4.

II

PERKEMBANGAN HAK ASASI MANUSIA

Sejarah perkembangan hak asasi manusia tampaknya dimulai dari segi hukum berupa persamaan dihadapan hukum, hal itu terjadi karena persamaan hukum hanyalah merupakan dasar yang sepatutnya dipunyai dan dimiliki oleh setiap anggota masyarakat.³⁸

Asal-usul Hak asasi manusia pada tingkat domestik dapat ditelusuri dari konsep hak asasi manusia yang sederhana hingga filsafat Stoika (filsafat gereja) di zaman kuno lewat hukum kodrati. Grotius dan *Ius naturale* dari Undang-undang Romawi. Sedangkan konsep hak asasi manusia yang modern asal-usulnya dapat dijumpai dalam revolusi Inggris Amerika Serikat dan Prancis sekitar abad ke-17 dan 18.

Perkembangan konsep-konsep HAM telah membawa perubahan yang cukup mendasar terhadap pandangan dalam

³⁸ CYM Schuyt, *Keadilan dan Efektifitas Dalam Pembangunan Kesempatan Hidup* yang termuat dalam Todung Mulya Lubis, *Pembangunan dan Hak-Hak Asasi Manusia*, *Prisma* N0 1, 1980, hlm. 11., Lihat Juga Bambang Sunggono, *Op. Cit.*, hlm. 150.

lingkup internasional dan lingkup hukum nasional. Perkembangan tentang HAM ini tidak terlepas dari keinginan masyarakat dunia internasional untuk membentuk suatu sistem hukum yang humanis dan memperhatikan hak-hak individu. Terdapat empat kelompok pandangan tentang HAM ini, yaitu pandangan universal absolut, pandangan universal relatif, pandangan partikularistik absolut dan pandangan partikularistik relatif³⁹.

Pandangan universal absolut memandang HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan dalam dokumen-dokumen HAM dan profil sosial budaya yang melekat pada masing-masing bangsa tidak diperhitungkan. Tidak diperhitungkannya profil sosial budaya dari yang melekat dari masing-masing negara membuat pandangan ini sering memicu yang konflik saling menyalahkan karena pandangan akan konsepsi HAM tiap-tiap negara dipandang sama sebab dipandang sebagai suatu kewajiban moral berkaitan dengan adanya dokumen-dokumen internasional tentang HAM.

Pandangan universal relatif, memandang HAM sebagai suatu masalah yang bersifat universal dengan perkecualiaan dan batasan yang didasarkan pada asas-asas hukum internasional. Pandangan ini mengakui keberadaan asas-asas hukum internasional sebagai suatu hal yang dapat membatasi HAM, dan mengakui bahwa HAM tidaklah sesuatu yang mutlak sepanjang hal tersebut dikecualikan oleh asas-asas hukum internasional.

³⁹ Muladi, *Kapita Selektta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang , 2002 hlm 56-57

Pandangan partikulistik absolut memandang HAM sebagai persoalan dari masing-masing bangsa. Pandangan ini memperlihatkan sikap *chauvinistik* yang memberikan kesan adanya penolakan-penolakan terhadap dokumen-dokumen internasional sehingga terkadang menimbulkan kesan egoisme, defensif dan pasif tentang HAM⁴⁰

Pandangan partikularistik relatif memandang HAM sebagai suatu masalah universal dan juga masalah nasional dari masing-masing bangsa. Pandangan ini memperlihatkan ada keseimbangan antara pandangan HAM menurut lingkup nasional dan pandangan HAM berdasarkan dokumen-dokumen internasional oleh suatu bangsa terjadi setelah melalui proses penyelarasan dan mendapat dukungan dari budaya bangsa.⁴¹

Perkembangan konsepsi HAM telah memberikan suatu pandangan baru akan konsepsi pemidanaan dan penegakan hukum pidana dan khususnya dalam penegakan hukum di mana timbul pandangan-pandangan yang menginginkan suatu perlakuan yang humanis terhadap tersangka dan terdakwa dengan pandangan bahwa HAM adalah suatu hal yang tetap melekat dan hanya bisa dicabut dengan kematian.⁴²

HAM itu aktual, yaitu aktual baik secara keilmuan, politik maupun hukum. Hal itu disebabkan oleh bentuk, pemahaman dan landasan teoritisnya yang berkembang.

⁴⁰ *Id.* hlm. 57.

⁴¹ *Ibid*

⁴² Radhie Noviandi Yusuf, "Due Process of Law Dalam Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme", *Tesis*, Unpad, 2004 hlm 22

Suatu bukti bahwa HAM itu aktual dan berkembang ialah lahirnya HAM generasi III, yaitu hak atas pembangunan di samping Hak Asasi Politik sebagai HAM generasi I dan Hak Asasi Sosial sebagai HAM generasi II.⁴³

Perhatian untuk menegakkan HAM tampak dari usaha-usaha yang bermaksud untuk memberikan pengaturan terhadap HAM. Pengaturan tentang HAM itu ditemukan dalam beberapa dokumen dasar (*basic document*) Dokumen dasar itu antara lain Kode Hukum Hammurabi dari Babylonia sekitar 2100 tahun sebelum masehi dalam perintah Raja Thutmose dari Mesir sekitar 1500 tahun sebelum masehi. Perintah Raja Ashoka di India pada abad ke III sampai kepada ajaran Confusius⁴⁴ Lebih-lebih dalam kitab suci seperti Taurat, Dzabur, Injil dan Al-Quran banyak sekali ayat yang berkaitan dengan penghormatan HAM.⁴⁵ Dalam

⁴³ Paul S Baut & Beny Harman K, *Komplikasi Deklarasi Hak Asasi Manusia*, YLBHI, Jakarta, menyebutkan sebagai generasi I ialah Hak Asasi dibidang Politik, Generasi II hak asasi dibidang sosial dan generasi III hak asasi dibidang pembangunan (*right to development*) terpetik dalam Rukmana Amanwinata, Pengaturan dan Batas Implementasi Kemerdekaan Berserikat dan Berkumpul Dalam Pasal 28 UUD 1945, *Disertasi*, Unpad, 1996 hlm. 4

⁴⁴ S. Tasrif, Hak-Hak Asasi Warga Negara, ditinjau dari sudut UUD 1945, terpetik dalam *Majalah Hukum dan Keadilan* Edisi 8 Agustus 1979

⁴⁵ Harus diakui sebelum *Magna Charta* yang dibuat pada tahun 1215, Al Quran terlebih dahulu maupun dalam Konsitusi Piagam Madinah yang disampaikan oleh Nabi Muhammad Saw pada abad Ke VII dimana dalam Al Quran banyak sekali menyebutkan tentang Hak Asasi Manusia antara lain: Q.S Al-An.'Am ayat 151, Q.S Al-Kafierun Ayat 4, 5 dan 6, Q.S Al-Baaqarah 256, Q.S Al-Maidah ayat 8, Q.S an-Nisa 135 , Q.S Annisa Ayat 58, dan Q.S Al-Hujarat Ayat 13 Lihat Azhary, *Op. Cit...*"Negara Hukum" hlm 84-87 Lihat juga Ali

perkembangannya dokumen-dokumen dasar HAM ini yang menghendaki peradilan yang benar-benar memperhatikan hak seorang tersangka atau terdakwa.

Secara historis HAM dapat diurut di Inggris dalam *Magna Charta* 1215, *Petition of Rights* 1628, *Habeas Corpus Act* 1679, *Bill of Rights* 1689, *Declaration of Independent* 1776, *Parliament Act* 1911. Di Prancis dokumennya terkenal dengan *Declaration des Droits de l'homme et du Citoyen* 1789, dokumen khusus di samping *The consitutotion of the First Republic* 1791 dan UDHR Tahun 1948⁹⁴. *Magna Charta*, *Declarations des droit l ;homme et du citoyen*" serta "*Bill Of Right*" bertujuan memperjuangkan perlindungan Hak asasi manusia terhadap kemungkinan terjadinya "diskresi" dalam penggunaan kewenangan yang diberikan oleh Undang-undang kepada aparaturnya penegak hukum pada saat itu, hal ini dapat dilihat dalam *Magna Charta* menyatakan⁴⁶:

"...that no person may be deprived of life, liberty or property unless by a fundamentally rational law (*substantive due process*) applied in a fundamentally fair proceeding (*Procedural due process*)" Bunyi pengaturan tersebut bahwa *Magna Charta* secara tegas mengharuskan adanya *fundamentally rational law* dan *fair process* sebagai syarat untuk dapat dilakukan pembatasan hak

Abdul Wali, *Huquuqul Insani Fil Islam*, Daruul -Niil atau terjemahan oleh Abu Ahmad, *Prinsip Ham Dalam Islam*, CV Pustaka Mantiq, 1991 Lihat juga Rukmana, *Op Cit.* Hlm. 2.

⁹⁴ Sri Soemantri, "Refleksi HAM di Indonesia", *Makalah*, disampaikan dalam pelatihan Hukum Humaniter dan Hukum HAM, Fakultas Hukum Universitas Gajah Mada, 22 s/d 25 Juni 1998 di Yogyakarta, hlm. 4.

⁴⁶ Barnabas, D Johnson [http // www.jurlandia.am/dueprocess.htm](http://www.jurlandia.am/dueprocess.htm) diakses 29 September 2005

asasi seseorang (*deprived of human right*). Kemudian pada saat revolusi Prancis (1789) menghasilkan sejumlah tuntutan untuk mengubah hukum acara pidana yang menunjukkan perhatian yang sangat besar dari warga negaranya terhadap hak-hak⁴⁷, mengingat konsepsi HAM merupakan suatu hal yang mutlak dan telah diakui sifat dasarnya yang melekat (*inherent dignity*) pada manusia. Dengan demikian tidak dapat dicabut (*inalinable*) dan tidak boleh dilanggar (*invionable*) dan konsep pemikiran ini melahirkan pendekatan "*due procees of law*".

Kasus Miranda yang kemudian melahirkan doktrin "*Miranda Rules*" di mana pada saat itu Miranda ditangkap tanpa dibacakan hak-hak dirinya oleh polisi. Pada saat ia ditangkap, dan atas hal tersebut hakim kemudian menyatakan Miranda dibebaskan karena dinilai polisi telah melanggar hak individu Miranda dengan tidak membacakan hak-haknya. Lebih lanjut "*Miranda Rule*" dalam "*Dictionary of legal Term*: dijelaskan sebagai berikut:

"the requirment to inform a person of his or her privilege against self-incrimination (the right to remain silent) and his or her right to the presence and advice of a retained or appointed attorney before any cutodial interogation by law enforcement authorities. Prior to any questioning, the person must also be warned that any statement she or he does make may be used also as evidence against him or her".

"*Ration decidenci*" dalam kasus Miranda ini memperlihatkan sekaligus menjadi sebuah : *the binding force of presedents*" terhadap penegakan hukum (*law enforcement*), di mana bahwa hak seseorang tetaplah ada dan penghormatan

⁴⁷ Mardjono Reksodiputro, *Op.Cit.*, hlm. 29.

terhadap hak seseorang haruslah dikedepankan serta harus dijunjung tinggi meskipun ditempatkan dia dalam posisi sebagai objek dari hukum pidana. Mekanisme internasional, dalam hal ini PBB mengamanatkan pada *The United*

Nation Charter 1945, Universal Declaration of Human Rights (UDHR/DUHAM⁴⁸) 1948 dengan kedua covenant yaitu ICESCR 1966 dan ICCPR serta OPICPR 1966. Mekanisme HAM secara nasional ditemukan hampir dalam setiap konstitusi atau Undang-Undang Dasar negara yang bersangkutan. Artinya, bahwa dalam konstitusi atau Undang-Undang Dasar disediakan satu bab atau bagian khusus yang memuat tentang hak asasi manusia dan warga negaranya.⁴⁹ Di Indonesia ditemukan dalam ketiga konstitusi atau Undang-Undang Dasar yang pernah dan sedang berlaku ialah UUD 1945, Konstitusi Republik Indonesia Serikat (KRIS) 1949, dan UUDS 1950 serta peraturan pelaksanaannya.⁵⁰ Dalam UUD 1945, HAM selain diamanatkan dalam pembukaan juga dijabarkan dalam batang tubuhnya yaitu dalam Pasal 27, Pasal

⁴⁸ Duham 1948 sebagai puncak dari pengakuan Ham secara Internasional dan pengakuan atas martabat yang melekat pada seluruh anggota ummat manusia dan pengakuan atas hak-haknya yang sama dan tetap adalah asas kemerdekaan, hak-hak yang sama, keadilan dan perdamaian dunia Lihat Subhi Mahmassani, *Arkan Huqul Insan, Terjemahan Konsep Dasar Hak Asasi Manusia, Studi Perbandingan Syariat Islam dan Perundang-Undangan Modren, (Hasanuddin) PT Tintamas, Indonesia Bogor, 1993, hlm.47.*

⁴⁹ G.J. Wolhoff, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara Indonesia, Timun Mas NV, 1955 hlm 123* Lihat Juga Sri Soemantri, *Prosedur Dan Sistem Perubahan Konsitusi, Alumni, Bandung, 1987, hlm. 51.*

⁵⁰ Lihat K Wantjik Saleh, *Tiga Undang-undang Dasar, Ghalia Indonesia, 1977* Lihat juga Rukmana Amanwinata, *Disertasi..., Op Cit, hlm. 4.*

28, Pasal 29, Pasal 30, Pasal 31 dan Pasal 34, dalam Pasal-pasal inilah tersurat secara jelas dan senafas dengan HAM atau hak-hak dan kebebasan dasar manusia. Beberapa istilah yang dipergunakan dalam Undang-undang Dasar 1945 adalah “bersamaan kedudukannya” dan “wajib”, “berhak”, “berhak dan wajib” serta kemerdekaan” (tanda miring penulis)¹⁰⁰.

Norma HAM yang terkandung dalam UUD 1945, mempunyai dua posisi, yaitu sebagai norma pengarah atau pemandu(*Leistern*⁵¹) bagi hukum positif untuk mencapai cita-cita perlindungan HAM, dan sebagai norma penguji Undang-undang atau hukum positif apakah telah selaras dengan semangat HAM. Sebagai *Leistern* norma HAM yang terkandung dalam UUD dapat berfungsi regulatif maupun konstitutif. Fungsi Regulatif menempatkan norma HAM dalam UUD sebagai tolak ukur untuk menguji, apakah Undang-undang atau hukum positif telah selaras dengan cita-cita HAM. Sebagai fungsi konstitutif menentukan tanpa semangat HAM dalam UUD atau hukum positif akan kehilangan makna sebagai hukum yang bermanfaat untuk kemasyarakatan masyarakat.

Penghormatan terhadap Hak Asasi Manusia (HAM) termasuk penghormatan terhadap hak-hak tersangka, terdakwa, terpidana selama ini cukup mendapat perhatian

¹⁰⁰ *Ibid* hlm. 6.

⁵¹ *Leitstren* dalam konsep Radolf Stammeler, lebih mengarah pada tataran *rechttidee* yang oleh Soepomo diartikan sebagai cita-cita hukum sedangkan Hamid Attamimi mengartikan sebagai cita hukum, dalam perspektif hukum tata negara. *Rechttidee* adalah Pancasila, Lihat Firdaus, Edt Muladi, *Implikasi Pengaturan HAM dalam UUD*, *Op.Cit* hlm 12-13.

dari sistem hukum pidana Indonesia.⁵² Kondisi seperti inilah yang harus mendapat perhatian yang maksimal dalam membela orang miskin agar tidak menjadi korban penyiksaan, perlakuan tidak manusiawi dan merendahkan martabat manusia yang dilakukan oleh penegak hukum⁵³

Penghormatan atas hak-hak tersangka dan terdakwa merupakan hak atas persamaan dihadapan hukum yang merupakan penjabaran hak atas politik. Hak atas politik menurut T.Koopmans, Pakar hukum Tata negara Belanda menyatakan dari segi perkembangannya merupakan HAM klasik" (*klassieke grondrechten*)⁵⁴. Hak Asasi ini timbul sebagai resultan dari pemerintahan absolut yang kemudian melahirkan konsep negara hukum (*rechtsstaat, the rule of law*) khususnya negara hukum dalam arti formal pada abad ke 19.⁵⁵

Paul Sieghart mengemukakan dalam bukunya "*The International Law of Human Rights*" menerangkan prinsip dasar hukum hak-hak asasi manusia dapat dilihat dari hak sekecil-kecilnya, misalnya pelaksanaan atau implementasi dari hak-hak tersangka/terdakwa yang telah ditentukan oleh Undang-undang.⁵⁵

Hak-hak tersangka atau terdakwa dalam proses peradilan pidana salah satunya adalah hak untuk

⁵² Bambang Sunggono dan Aries Harianto, *Op Cit* hlm. 63.

⁵³ Paul S. Baut, *Legal Aid in Developing Countries*, YLBHI, Jakarta, 1990 hlm. 88.

⁵⁴ Sri Soemantri, *Prosedur dan Sistem Perubahan Konsitusi*, Alumni, Bandung, 1987 hlm. 52

⁵⁵ Azhary, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif tentang unsur-unsurnya*, 1995 hlm. 47.

⁵⁵ Paul S Baut, *Op. Cit.*, hlm. 19

mendapatkan bantuan hukum. Bantuan hukum erat hubungannya dengan pemenuhan HAM dalam sistem hukum peradilan pidana. Bantuan hukum dapat memberikan kontribusi dalam mencapai proses hukum yang adil (*due process of law*) dan penegakan hukum yang menjunjung HAM.

Due Process of law ini harus diartikan sebagai perlindungan atas kemerdekaan seorang warga negara yang dijadikan tersangka dan terdakwa, di mana status hukumnya berubah ketika ia ditangkap atau ditahan, tetapi hak-haknya sebagai warga negara tidaklah hilang.⁵⁶ Walaupun kemerdekaannya dibatasi oleh hukum dan mengalami degradasi moral bukan berarti hak-haknya sebagai tersangka/terdakwa menjadi hilang.

Oleh karena seluruh pemeriksaan dalam perkara pidana, melulu ditujukan pada penemuan dari kebenaran, maka termasuklah sebagai persyaratan dari suatu perundang-undangan pidana yang baik, bahwa dalam pemeriksaan perkara bukan saja harus dijaga kepentingannya masyarakat sehingga setiap orang yang bersalah harus dihukum, tetapi kepentingan seorang tertuduh wajib juga diperhatikan, jangan sampai ia dihukum dengan tidak bersalah⁵⁷

Menurut Rukmana Amanwinata: "hak individu dalam implementasinya harus diletakkan kepada kewajiban untuk

⁵⁶ Frans Hendra, *Op. Cit.*, hlm. 68

⁵⁷ Jaksa Agung Republik Indonesia, "Pemberian Bantuan Hukum oleh Fakultas Hukum Negeri Dan Penegakan Hukum dalam Pemberian Bantuan Hukum", *Makalah*, Departemen Penerangan RI, 1976, hlm. 73.

menghormati hak individu lain, hak masyarakat dan negara. Demikian juga negara dalam mengimplementasikan haknya berkewajiban untuk menghormati hak individu atau masyarakat.⁵⁷

Indonesia sebagai negara hukum yang berdasarkan Pancasila memandang, kedudukan individu sangat sentral sekali terhadap negara. Individu tidak subordinat terhadap negara. Negara hukum Indonesia mengenal dan menjamin HAM yang bukan ekspresi individualisme dan atau kolektivisme.¹¹⁰ HAM di Indonesia adalah dalam keseimbangan dengan kewajiban asasnya sebagai anggota masyarakat.

Hak asasi manusia secara individual berkonotasi pula dengan HAM sebagai kesatuan komunitas. Jadi HAM pada hakikatnya mengandung 2 (dua) wajah, yaitu HAM dalam arti "Hak Asasi Manusia" dan HAM dalam arti "Hak Asasi Masyarakat". Ke 2 (dua) aspek inilah yang merupakan karakteristik dan sekaligus identitas hukum, yaitu aspek kemanusiaan dan aspek kemasyarakatan.⁵⁸

Karenanya memang secara teoritis penggunaan HAM itu bisa bersifat mutlak, namun pada kenyataannya mustahil demikian, hal ini seperti yang dikemukakan Marbangun Hardjowirogo :

"Penghayatan masing-masing hak tersebut tak bisa sepenuhnya oleh karena dibatasi oleh hak –hak orang lain atau hak-hak pemerintah sehingga hak asasi orang lain atau

⁵⁷ Rumkana Amanwinata, *Op Cit* hlm.21.

¹¹⁰ *Id., hlm.* 145.

⁵⁸ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Cet Ke II Revisi*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2002, hlm.55.

hak negara merupakan “rambu-rambu pembatas” bagi penggunaan hak asasi seseorang⁵⁹.

Sehingga diperlukan pemahaman HAM harus dilakukan secara harmonis atau dalam keseimbangan antara hak dan kewajiban adalah dwitunggal atau monodualis⁶⁰

Dalam teori negara hukum Barat HAM adalah unsur terpenting. Negara harus menjamin persamaan (*equality*) setiap individu dalam negara termasuk kemerdekaan individu untuk menggunakan hak asasinya. Hal ini menurut Rukmana Amanwinata merupakan suatu konsekuensi, mengingat negara hukum lahir sebagai hasil perjuangan individu untuk melepaskan dirinya dari keterikatan serta tindakan sewenang-wenang penguasa (*absolutisme*). Atas dasar itulah, maka negara atau penguasa tidak boleh bertindak sewenang-wenang terhadap individu dan kekuasaannya harus dibatasi⁶¹.

Teori hak hidup dalam pemikiran Barat berasal dari teori hukum kodrati dan hak kodrati. Menurut teori ini, manusia setelah dilahirkan maka manusia itu memiliki sejumlah hak asasi yang melekat pada dirinya. Hak yang melekat itu adalah hak hidup.

Teori kodrati bermula dari ajaran hukum kodrati, yang berkembang pada abad pertengahan, teori ini muncul

⁵⁹ Marbangun Hardjowirogo, *Hak-Hak Manusia*, Yayasan Indayu, Jakarta, 1981, hlm. 7.

⁶⁰ Dewan Pertahanan Keamanan Terpetik dalam, *Pemikiran Tentang Hak Asasi Manusia*, Jakarta, 1993 Lihat juga Rukmana , *Op Cit.* Hlm.21.

⁶¹ Rukmana Amanwinata, *Pengaturan dan Batas Implementasi Kemerdekaan Berserikat dan Berkumpul dalam Pasal 28 UUD 1945, Disertasi*, Universitas Padjajaran, Bandung, 1996, hlm. 122.

bersamaan dengan tulisan para filsuf pertama Kristiani, diantaranya Santo Thomas Aquinas. Pandangannya mengenai teori hukum kodrati mempostulatkan bahwa teori ini merupakan bagian hukum Tuhan yang sempurna yang dapat diketahui melalui penggunaan nalar manusia. Sebagian isi filsafat hukum kodrati yang terdahulu adalah ide bahwa masing-masing orang dalam kehidupan ditentukan oleh Tuhan, tetapi semua orang tunduk pada otoritas Tuhan. Dengan demikian, dapat dinyatakan bahwa bukan hanya kekuasaan raja yang dibatasi oleh aturan-aturan ilahiah, tetapi juga bahwa semua manusia dianugerahi identitas individu yang unik, yang terpisah dari negara⁶².

Landasan teori ini yang terdahulu sepenuhnya teistik, dengan mensyaratkan adanya iman kepada Tuhan. Tetapi, tahapan selanjutnya dalam perkembangan hukum kodrati adalah memutuskan asal-usulnya yang teistik dan membuatnya menjadi suatu produk pemikiran sekuler yang rasional dan bijak. Tugas ini dilaksanakan oleh Hugo de Groot, yang dikenal dengan nama latinnya, Grotius. Grotius berargumentasi bahwa eksistensi hukum kodrati yang merupakan landasan semua hukum positif dapat dirasionalkan di atas landasan yang non-empiris dengan menelaah aksioma ilmu ukur. Pendekatan semacam itu terhadap permasalahan ilmu hukum menunjukkan bahwa semua ketentuan dapat diketahui dengan menggunakan nalar yang benar, dan kesahihannya tidak bergantung kepada Tuhan.⁶³

⁶² Scott Davidson, *Hak Asasi Manusia*, Penerjemah: A. Hadyana Pudjaatmaka, Grafiti, Jakarta, 1994, hlm. 36.

⁶³ *Ibid.*

Sepanjang abad ke-17 pandangan hukum kodrati model Grotius terus disempurnakan, dan akhirnya berubah menjadi teori hak kodrati. Melalui teori ini, hak-hak individu yang subjektif diakui. Pendukung utama teori ini adalah John Locke (1632-1704). Menurut John Locke, manusia sejak dilahirkan telah memiliki kebebasan dan hak-hak asasi. Hak asasi itu adalah hak kehidupan, kemerdekaan, kesehatan, dan harta milik. Hak ini adalah hak yang dimiliki manusia secara alami, yang inheren pada saat kelahirannya. Dan HAM itu tidak dapat diganggu gugat oleh siapapun, dan tidak dapat diperoleh atau dicabut oleh negara, terkecuali atas persetujuan pemiliknyanya. Locke mengatakan:⁷²

The State of Nature has a law of Nature to govern it, which obliges every one, and reason, which is that law, teaches all mankind who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his life, health, liberty or possessions⁷³.

Negara secara alamiah diatur oleh hukum alam yang harus dipatuhi setiap orang sebagai hukum, memberi arahan dalam kehidupan manusia di mana setiap orang mempunyai kebebasan dan persamaan, tidak seorang pun boleh mengganggu kehidupan, kemerdekaan atau memenjarakan orang lain.

Namun, walaupun hak-hak tersebut didapat manusia dalam keadaan alami, hak-hak asasi dan kebebasannya belum terjamin. Dan agar kebebasan dan HAM tersebut terjamin, maka mereka sepakat untuk mengakhiri keadaan alami ini dengan membentuk negara. Negara, menurut John Locke,

⁷² John Locke, *op.cit.*, hlm. 119.

⁷³ *Ibid.*

mempunyai tujuan menjaga dan menjamin terlaksananya kebebasan dan HAM⁷⁴.

Lebih lanjut Jhon Locke menyebutkan bahwa⁷⁵ :

“semua individu dikaruniai oleh alam, hak *inhern* atas kehidupan, kebebasan dan harta, yang merupakan milik mereka sendiri dan tidak dapat dipindahkan atau di cabut oleh negara dan untuk menghindari ketidak hidup dalam alam ini, umat manusia telah mengambil bagian dalam suatu kontrak sosial atau ikatan sukarela, yang dengan itu penggunaan hak mereka yang tak dapat dicabut itu diserahkan kepada penguasa Negara”.

Menurut Jan Materson hak asasi manusia adalah:

*“Human rights could be generally defined as those rights which are inherent in our nature and without which can not live as human being, (“hak asasi manusia adalah hak-hak yang melekat pada setiap manusia, yang tanpanya manusia mustahil dapat hidup sebagai manusia”)*⁷⁶.

Berbicara HAM dan Demokrasi adalah menarik, sebab didalamnya terdapat negara, pemerintah, masyarakat, yang menghargai HAM. Berkaitan dengan hal tersebut Scott Davidson menyebutkan :

“HAM itu tidak hanya berkaitan bagi proteksi bagi individu dalam menghadapi pelaksanaan otoritas negara atau

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Scott Davidson, terj, A.Hadyana Pudjaatmaka, *Sejarah, Teori, dan Praktek dalam Pergaulan Internasional*, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 1994, hlm. 37.

⁷⁶ Dede Rosyada (et al), *Pendidikan Kewarganegaraan (civic Education): Demokrasi, Hak Asasi Manusia dan Masyarakat Madani*, PRENADA MEDIA & ICCE UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2003, hlm. 200.

pemerintah dalam bidang-bidang tertentu kehidupan mereka (Rakyat) tetapi juga mengarah pada penciptaan kondisi masyarakat oleh negara atau pemerintah dalam mana individu (rakyat) dapat mengembangkan potensi mereka sepenuhnya”.

Makna HAM dalam perspektif Indonesia, dapat dilakukan melalui proses pencarian yang panjang. Masalah HAM yang dihadapi oleh Indonesia tidak hanya sekedar soal definisi, namun juga berkaitan dengan pemahaman terhadap ide-ide dasar HAM, asal-usul, substansi, dan mekanisme penegakan HAM⁷⁷.

Berkaitan dengan pemahaman bangsa Indonesia terhadap HAM, Ketetapan MPR Nomor XVII/MPR/1998 tentang HAM antara lain menyatakan pemahaman HAM bagi bangsa Indonesia adalah sebagai berikut⁷⁸ :

1. Hak asasi merupakan hak dasar seluruh umat manusia tanpa ada perbedaan. Mengingat hak dasar merupakan anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa, maka pengertian hak asasi manusia adalah hak sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Esa yang melekat pada diri manusia, bersifat kodrati, universal dan abadi, berkaitan dengan harkat dan martabat manusia.

⁷⁷ Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta, 2003, hlm. 52.

⁷⁸ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Ketetapan-Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Hasil Sidang Istimewa tahun 1998*, Op.cit., hlm, 90. Bab I, Sub-bab D, tentang “Pemahaman Hak Asasi Manusia Bagi Bangsa Indonesia”.

2. Setiap manusia diakui dan dihormati mempunyai hak asasi yang sama tanpa membedakan jenis kelamin, warna kulit, kebangsaan, agama, usia, pandangan politik, status sosial, dan bahasa serta status lain. Pengabaian atau perampasannya, mengakibatkan hilangnya harkat dan martabat sebagai manusia, sehingga kurang dapat mengembangkan diri dan peranannya secara utuh.
3. Bangsa Indonesia menyadari bahwa hak asasi manusia bersifat historis dan dinamis yang pelaksanaannya berkembang dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

Untuk lebih memberikan pengertian yang lebih luas tentang HAM peneliti akan mengemukakan pendapat Miriam Budiardjo⁷⁹, menurutnya:

“Hak asasi adalah hak yang dimiliki manusia yang telah diperoleh dan dibawanya bersamaan dengan kelahiran atau kehadirannya di dalam kehidupan masyarakat. Secara umum diyakini bahwa beberapa hak itu dimilikinya tanpa perbedaan atas dasar bangsa, agama, atau jenis kelamin, dan oleh karena itu bersifat asasi serta universal. Dasar dari semua hak asasi adalah bahwa manusia harus memperoleh kesempatan untuk berkembang sesuai dengan bakat dan cita-citanya”.

Haris Munandar dalam pendapatnya tentang hak-hak asasi manusia dalam bidang sipil dan politik mengatakan:

⁷⁹ Haris Munandar, (ed) *Pembangunan Politik, Situasi Global, dan Hak Asasi Manusia, Kumpulan Esai Guna Menghormati* Prof. Miriam Budiardjo, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1994, hlm. 429.

“Hak-hak politik pada hakekatnya mempunyai sifat melindungi individu terhadap penyalahgunaan kekuasaan oleh pihak penguasa”⁸⁰.

Jadi untuk melaksanakan hak-hak politik itu sebenarnya cukup dengan mengatur peranan pemerintah, yakni melalui perundang-undangan, agar campur tangan suatu pemerintahan dalam kehidupan warga masyarakat tidak melampaui batas-batas tertentu.

Pengertian Hak Asasi Manusia yang sering digunakan sebagai rujukan oleh para penegak hukum di Indonesia saat ini adalah Undang-Undang No.39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia Pasal ayat (1) memberikan definisi Hak Asasi Manusia yaitu⁸¹ :

Seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan wajib dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Berdasarkan beberapa pengertian HAM di atas, bahwa dapat ditarik kesimpulan tentang beberapa ciri pokok HAM yaitu⁸² :

1. HAM tidak perlu diberikan, dibeli ataupun diwarisi, HAM adalah bagian dari manusia secara otomatis;

⁸⁰ *Ibid*, hlm. 21.

⁸¹ Dede Rosyada, *Op.cit*, hlm. 201.

⁸² Dede Rosyada, *Op.cit*, hlm. 201.

2. HAM berlaku untuk semua orang tanpa memandang jenis kelamin, ras, agama, etnis, pandangan, politik atau asal-usul sosial dan bangsa;
3. HAM tidak bisa dilanggar, tidak seorangpun mempunyai hak untuk membatasi atau melanggar hak orang lain, orang tetap mempunyai HAM walaupun sebuah negara membuat hukum yang tidak melindungi atau melanggar HAM.

Adanya hasrat yang kuat untuk merumuskan hak asasi manusia dalam berbagai peraturan perundang-undangan adalah dengan maksud ingin menunjukkan dan untuk merealisasikan dalam kehidupan bernegara bahwa Negara Republik Indonesia adalah Negara Hukum, sebab seperti dikemukakan oleh Muh. Yamin⁸³, bahwa :

“Republik Indonesia adalah suatu negara hukum (*rechtsstaat, government of laws*) tempat keadilan yang tertulis berlaku, bukanlah negara polisi atau negara militer, tempat polisi dan prajurit memegang pemerintah dan keadilan, bukanlah pula negara kekuasaan (*maschsstaat*) tempat tenaga senjata dan kekuatan badan melakukan sewenang-wenang”.

⁸³ Lihat S. Gautama, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1973, hlm. 22. Philipus M.Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*. Pt. Bina Ilmu, 1987, hlm. 71. Rukmana Amanwinata, *Pengertian dan Batas Implementasi Kemerdekaan Berserikat dan Berkumpul dalam Pasal 28 UUD 1945, (Disertasi)*, Fakultas Hukum Pascasarjana UNPAD, Bandung, 1996, hlm. 106.

Rumusan bahwa Indonesia adalah negara hukum⁸⁴, ditemukan dalam Pasal 1 ayat (3) Perubahan Ketiga UUD 1945, yang berbunyi : Negara Indonesia ialah negara hukum.

Sri Soemantri⁸⁵, mengemukakan ada 4 (empat) unsur penting negara hukum, yaitu :

1. bahwa pemerintah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya harus berdasar atas hukum atau peraturan perundang-undangan;
2. adanya jaminan terhadap hak-hak asasi manusia (warga negara);
3. adanya pembagian kekuasaan dalam negara;
4. adanya pengawasan dari badan-badan peradilan (*rechterlijke controle*).

Dari unsur-unsur Negara Hukum sebagaimana disebutkan di atas dapat dikemukakan bahwa pada dasarnya konsep negara hukum tersebut mempunyai tujuan yakni berkenaan dengan perlindungan terhadap hak asasi manusia, yang untuk itu harus diadakan pemisahan atau pembagian serta pembatasan kekuasaan di dalam negara⁸⁶.

⁸⁴ Padmo Wahjono, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983, hlm. 7.

⁸⁵ Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1992, hlm. 29-30.

⁸⁶ Lord Acton mengemukakan bahwa : *Power trends to corrupt, absolute power corrupt absolutely* terpetik dari Sri Soemantri, *UUD 1945 Kedudukan dan Aspek-Aspek Perubahannya*, Unpad press, Bandung, 2002, hlm. 2. Lihat pula I Gde Pantja Astawa, *Ruang Lingkup dan Pelaksanaan Wewenang Presiden Berdasarkan Ketentuan Pasal 22 UUD 1945*, (Tesis) Program Pascasarjana UNPAD, Bandung, 1992, hlm. 20.

Ramdlon Naning menyatakan bahwa : “dalam tatanan negara hukum, negara ikut terlibat secara aktif dalam usaha menciptakan kesejahteraan masyarakat⁸⁷, dan adanya perlindungan terhadap hak asasi manusia. Senada dengan hal ini, Mien Rukmini⁸⁸, mengemukakan :

“Dengan demikian, keterlibatan negara dalam semua sektor kehidupan dan penghidupan dalam rangka menciptakan kesejahteraan umum itu mutlak perlu”.

Berdasarkan peranan negara yang bersifat ganda ini diaturlah fungsi negara dengan penyelenggaraan hak dan kewajiban asasi manusia itu, dalam hal ini, di satu pihak negara dituntut senantiasa melindungi hak-hak asasi, namun di pihak lain diharuskan menyelenggarakan kepentingan umum yang berupa kesejahteraan masyarakat.

Kerangka landasan pelaksanaan peran negara yang bersifat ganda ini adalah konstitusi. Gagasan ini dinamakan gagasan konstitusionalisme. Gagasan konstitusionalisme menurut Carl J. Friedrich adalah :

“... a set of activities organized by and operated on behalf of the people, but subject to as a series of restraints which attempt to

⁸⁷ Ramdlon Naning, *Cita dan Citra Hak-hak Asasi Manusia di Indonesia*, Lembaga Kriminologi Universitas Indonesia, Program Penunjang Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1983, hlm. 15.

⁸⁸ Mien Rukmini, *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan dalam Hukum Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 2003, hlm. 51.

ensure that the power which is needed for such governance is not abused by those who are called upon to do the governing"⁸⁹.

(...suatu kumpulan aktivitas yang diselenggarakan oleh dan atas nama rakyat, tetapi yang dikenakan beberapa pembatasan yang diharapkan akan menjamin bahwa kekuasaan yang diperlukan untuk pemerintahan itu tidak disalahgunakan oleh mereka yang dapat tugas untuk memerintah).

Dalam pada itu menurut Bagir Manan⁹⁰, bahwa :

Hakikat konstitusi tidak lain dari perwujudan paham tentang konstitusi atau konstitusionalisme yaitu pembatasan terhadap kekuasaan pemerintah di satu pihak dan jaminan terhadap hak-hak warga negara maupun setiap penduduk di pihak lain. Hak-hak ini mencakup hak-hak dasar seperti hak untuk hidup, mempunyai milik, kesejahteraan (*health*) dan kebebasan.

Konstitusi menurut E.C.S. Wade⁹¹, adalah :

A document wich sets out the framework and principal function of the organs of government of a state and declares the principles governing the opeation of those organs.

⁸⁹ Terpetik dari Rukmana Amanwinata, Op,Cit, hlm. 22. Lihat pula Miriam Budihardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik Politik*, Gramedia, Jakarta, 1986, hlm. 97.

⁹⁰ Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, penyunting Mashudi dan Kuntana magnar, Mandar Maju, Bandung, 1995, hlm. 6-7.

⁹¹ Terpetik dari Miriam Budiardjo, *Dasar...Op.Cit*, hlm. 96.

(naskah yang memaparkan rangka dan tugas-tugas pokok dari badan-badan pemerintahan suatu negara dan menentukan pokok-pokok cara kerja badan-badan tersebut).

Meskipun tidak dijumpai pemerintahan yang demokratis murni di dunia ini, namun pada dasarnya, setiap konstitusi yang digolongkan sebagai konstitusi demokratis haruslah memiliki prinsip-prinsip dasar demokrasi itu sendiri. Secara umum, konstitusi yang dapat dikatakan demokratis mengandung prinsip-prinsip dasar demokrasi dalam kehidupan bernegara, yaitu⁹² :

1. Menempatkan warga negara sebagai sumber utama kedaulatan;
2. Mayoritas berkuasa dan terjaminnya hak minoritas;
3. Pembatasan pemerintahan;
4. Pembatasan dan pemisahan kekuasaan negara yang meliputi:
 - a. Pemisahan wewenang kekuasaan berdasarkan *trias politica*;
 - b. Kontrol dan keseimbangan lembaga-lembaga pemerintahan;
 - c. Proses hukum dan;
 - d. Adanya pemilihan umum sebagai mekanisme peralihan kekuasaan.

Prinsip-prinsip konstitusi demokratis merupakan refleksi dari nilai-nilai dasar yang terkandung dalam HAM, meliputi⁹³ :

⁹² *Ibid*, hlm. 10.

⁹³ *Ibid*.

1. Hak-hak dasar (*basic rights*);
2. Kebebasan mengeluarkan pendapat;
3. Hak-hak individu;
4. Keadilan;
5. Persamaan;
6. Keterbukaan.

Bagir Manan, bahwa Persoalan Hak Asasi Manusia bermuara pada pelanggaran terhadap hak asasi manusia itu sendiri⁹⁴. Berbicara tentang perlindungan hak asasi manusia, terlebih dahulu akan diuraikan tentang apa yang dimaksud dengan hak. C. de Rover⁹⁵ mengemukakan bahwa hak adalah tuntutan yang dapat diajukan seseorang terhadap yang lain sampai kepada batas-batas pelaksanaan hak tersebut. Bertalian dengan itu James W. Nickel⁹⁶ menyebut ada tiga unsur-unsur hak, yakni :

a. "... masing-masing hak mengidentifikasi suatu pihak sebagai pemilik atau pemegangnya...".

b. "... hak adalah untuk suatu kebebasan atau keuntungan kita...".

c. "... suatu hak yang ditetapkan secara lengkap akan mengidentifikasi pihak atau pihak-pihak yang harus berperan mengusahakan tersedianya kebebasan atau keuntungan yang diidentifikasi oleh ruang lingkup hak tersebut...".

⁹⁴ Lihat Bagir Manan, *Perjalanan ...Op.Cit*, hlm. 1-2.

⁹⁵ C. de Rover, *Acuan Universal Penegakan HAM*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2000, hlm. 47.

⁹⁶ Lihat James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia Refleksi Filosofis Atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (Making Sense of Human Rights)*, Gramedia, Jakarta, 1986, hlm. 23.

James W. Nickel⁹⁷ menyebut dua teori tentang fungsi hak, yakni :

a. Teori kepentingan (*interest theories*), menyatakan bahwa fungsi hak adalah untuk mengembangkan kepentingan orang dengan memberikan serta melindungi keuntungan.

b. Teori keinginan (*will theories*), menyebutkan bahwa fungsi hak adalah untuk mengembangkan otonomi dengan memberikan dan melindungi otoritas, keleluasaan, atau kontrol di sejumlah bidang kehidupan. Dalam teori ini hak dianggap berperan untuk menjamin ruang lingkup tertentu bagi keinginan orang, kapasitas-kapasitas dalam pembuatan keputusan.

Setelah mengetahui apa yang dimaksud dengan hak, selanjutnya akan dikemukakan tentang apa yang dimaksud dengan hak asasi manusia. Miriam Budiardjo⁹⁸ menyebutkan, bahwa :

“Hak asasi adalah hak yang dimiliki manusia yang telah diperoleh dan dibawanya bersamaan dengan kelahiran atau kehadirannya di dalam kehidupan masyarakat”.

Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyebutkan pula :

“Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakekat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, Pemerintah, dan setiap orang demi

⁹⁷ *Ibid*, hlm. 28.

⁹⁸ Miriam Budiardjo, Dasar... Op. Cit. hlm. 103.

kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia”.

James W. Nickel menyebutkan bahwa hak asasi manusia itu adalah seperangkat hak. Berdasarkan pendapat ini dapat dikemukakan bahwa ada bermacam-macam hak. Tentang macam-macam hak yang dimaksud, dapat dilihat pendapat John Locke, Montesquieu, dan J.J. Rousseau, yang menyebutkan bahwa hak-hak asasi manusia terdiri dari⁹⁹ :

- a. Kemerdekaan atas diri sendiri.
- b. Kemerdekaan beragama.
- c. Kemerdekaan berkumpul dan berserikat
- d. Hak Write of Habeas Corpus.
- e. Hak kemerdekaan pikiran dan pers.

Bagir Manan mengatakan, bahwa :

Segala perdebatan, bahkan tragedi hak asasi manusia tidak terletak pada ada atau tidaknya hak asasi manusia dalam suatu sistem kemasyarakatan atau kenegaraan melainkan lemahnya kehendak dan atau tidak adanya kemauan untuk menjamin, melindungi dan menghormati hak asasi manusia. Lemah atau tidak adanya kemauan tersebut tidak sekedar menempatkan persoalan hak asasi manusia pada suatu medan “netral” melainkan bermuara pada pelanggaran terhadap hak asasi.¹⁰⁰

⁹⁹ Terpetik dari Ramdlon Naning, *Cita... Op.Cit*, hlm. 15.

¹⁰⁰ Bagir Manan, *Perjalanan Historis Penegakan Hak Asasi Manusia: 50 Tahun Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, Aktualisasi Hak Asasi Manusia Di Indonesia (makalah dalam Diskusi Panel Menyongsong Abad 21 Sebagai Abad Hak Asasi Manusia)*, Paguyuban Hak Asasi Manusia (PAHAM), Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Bandung, 12 Desember 1998, hlm. 1-2.

Dalam Mukadimah Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) Tahun 1948 dengan jelas dinyatakan bahwa hak dasar manusia antara laki-laki dan perempuan adalah sama. Pernyataan ini kemudian dipertegas dalam Pasal 1 Deklarasi tersebut, yang berbunyi: “Semua orang dilahirkan merdeka dan mempunyai martabat dan hak yang sama. Mereka dianugerahi akal dan budi nurani dan hendaknya satu sama lain bergaul dalam semangat persaudaraan”.¹⁰¹

Sementara di dalam Pasal 2 Deklarasi tersebut, menyebutkan:

“Setiap orang mempunyai hak atas semua hak dan kebebasan yang termaktub di dalam pernyataan ini, tanpa kekecualian macam apapun, seperti asal usul keturunan, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendirian politik atau pendirian lainnya, kebangsaan atau asal usul sosial, hak milik, status kelahiran ataupun status lainnya”.¹⁰²

UUD 1945. Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 menyebutkan:

Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.

Kemudian di dalam Pasal 28 C ayat (2) Perubahan Kedua UUD 1945 menyebutkan, bahwa :

Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya.

¹⁰¹ Terpetik dari *Hak Asasi Manusia dan Pluralisme Agama*, (ed) Anshari Thayib, Arief Affandie, Hermawan Malik, Bambang Parianom, Pusat Kajian Strategis Dan Kebijakan (PKSK), Surabaya, 1997, hlm. 238.

¹⁰² Ibid, hlm. 239.

Pasal 28 D ayat (3) Perubahan Kedua UUD 1945 mengatakan :

Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan.

Preamble Perjanjian Internasional Hak-hak Sipil dan Politik yang dirumuskan oleh PBB dikemukakan bahwa hak asasi manusia adalah hak yang dimiliki setiap manusia, yang melekat atau inherent padanya karena dia adalah manusia¹⁰³.

Berdasarkan batasan yang dikemukakan di dalam Preamble Perjanjian Internasional ini dapat dikemukakan bahwa hak asasi manusia ini sifatnya sangat mendasar atau asasi (fundamental) dalam arti bahwa pelaksanaannya mutlak diperlukan agar manusia dapat berkembang sesuai dengan bakat, cita-cita, serta martabatnya. Hak-hak ini juga dianggap "universal", artinya dimiliki manusia tanpa perbedaan berdasarkan bangsa, ras, agama, atau jenis kelamin.¹⁰⁴

Pendapat di atas juga sesuai dengan John Locke¹⁰⁵ yang mengatakan bahwa "semua individu dikaruniai oleh alam, hak yang inheren atas kehidupan, kebebasan dan harta, yang merupakan milik mereka sendiri dan tidak dapat dipindahkan

¹⁰³ Dalam Preamble Perjanjian Internasional Hak-hak Sipil dan Politik dari PBB dirumuskan : *"These rights derive from the inherent dignity of the human person"* (Hak-hak ini berasal dari martabat yang inheren dalam manusia). James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia*, Gramedia, Jakarta, 1996, hlm. 19-22.

¹⁰⁴ Miriam Budiardjo, *Hak Asasi Manusia Dalam Dimensi Global*, (Jurnal Ilmu Politik), Edisi 10, Gramedia, Jakarta, 1990, hlm. 37.

¹⁰⁵ Terpetik dari Scott Davidson, *Hak Asasi Manusia*, Grafiti, Jakarta, 1994, hlm. 37. Lihat pula Geoffrey Robertson QS, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan, Perjuangan Untuk mewujudkan Keadilan Global*, Komnas HAM, Jakarta, 2002, hlm. 7.

atau dicabut oleh negara". Di pihak lain, J.J. Rousseau ¹⁰⁶ menyatakan bahwa hukum kodrati tidak menciptakan hak-hak kodrat individu, melainkan menganugerahi kedaulatan yang tidak bisa dicabut pada warga negara sebagai satu kesatuan. Jadi, setiap hak yang diturunkan dari hukum kodrati akan ada pada rakyat sebagai suatu kolektivitas dan dapat diidentifikasi dengan mengacu pada kehendak umum. Bertalian dengan C.de Rover¹⁰⁷ mengatakan, bahwa :

Hak asasi manusia adalah hak hukum yang dimiliki setiap orang sebagai manusia. Hak hak tersebut dimiliki oleh setiap orang, kaya maupun miskin, laki-laki ataupun perempuan. Walaupun hak-hak tersebut sering dilanggar akan tetapi tidak pernah dapat dihapuskan.

Pendapat C. de Rover ini sesuai dengan pendapat Lafayette yang mengatakan bahwa hak asasi manusia merupakan dasar hukum umum dan dasar kemerdekaan manusia sebagai konsekuensi dari pengakuan kemerdekaan dan hak persamaan. Manusia dilahirkan merdeka dan tetap tinggal merdeka, serta mempunyai hak yang sama¹⁰⁸. Sebagai hak hukum, maka seperti dikemukakan oleh Yoram Dinstein¹⁰⁹, bahwa :

Hak asasi manusia dimaksudkan untuk menunjukkan dan melindungi martabat dan keutuhan manusia secara individual.

¹⁰⁶ *Ibid*, hlm. 38.

¹⁰⁷ Yoram Dinstein, *Hak Atas Hidup, Keutuhan ...*, Loc.Cit. hlm. 128

¹⁰⁸ Ramdlon Naning, *Op, Cit*, hlm.15.

¹⁰⁹ Yoram Dinstein, *Hak Atas Hidup, Keutuhan Jasmani, dan Kebebasan*, dalam *Hak Sipil dan politik*, Editor Ifdhal Kasim, ELSAM, Jakarta, 2001, hlm.128.

Dalam pada itu James W. Nickel menyebutkan bahwa hak asasi manusia itu adalah *seperangkat hak*. Hak menurut C. de Rover¹¹⁰, adalah tuntutan yang dapat diajukan seseorang terhadap orang lain sampai kepada batas-batas pelaksanaan hak tersebut. Kalau pendapat James W. Nickel ini diperhatikan dapat dikemukakan bahwa ada bermacam-macam hak. Tentang macam-macam hak yang dimaksud, dapat dilihat pendapat John Locke, Montesquieu, dan J.J. Rousseau, yang menyebutkan bahwa hak-hak asasi manusia terdiri dari¹¹¹ :

1. Kemerdekaan atas diri sendiri.
2. Kemerdekaan beragama.
3. Kemerdekaan berkumpul dan berserikat.
4. Hak Write of Habeas Corpus.
5. Hak kemerdekaan pikiran dan pers.

Demikian pula di dalam *The Universal Declaration of Human Rights*¹¹², bahwa hak asasi manusia meliputi :

1. Hak personal yakni jaminan minimum yang perlu ada untuk kebutuhan jasmaniah manusia seperti hak untuk hidup (Pasal 3); perlindungan dari diskriminasi atas dasar seks, warna kulit, ras, agama, bahasa, atau pandangan politik (Pasal 2); pelarangan atas perbudakan (Pasal 4); perlindungan atas tindakan kekerasan seperti penyiksaan serta hukuman yang merendahkan martabat manusia serta perlakuan yang tidak

¹¹⁰ C. de Rover, *Acuan Universal Penegakan HAM*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2000, hlm.47.

¹¹¹ Terpetik dari Ramdlon Naning, *Op.Cit*, hlm. 15.

¹¹² Rustam Ibrahim, *Hubungan Antar HAM dengan Demokrasi dan Pembangunan*, dalam *Diseminasi Hak Asasi Manusia*, Editor E. Shobirin Nadj, Naning Mardinia, CESDA LP3ES, Jakarta, 2000, hlm. 46-47.

manusiawi (Pasal 5); persamaan di depan hukum (Pasal 6-7); hak untuk menjadi warga sesuatu bangsa termasuk mengubah kewarganegaraannya (Pasal 15).

2. Hak legal maksudnya adalah perlindungan bagi seseorang yang berhubungan dengan sistem hukum dalam suatu negara. Kedalam hak legal ini termasuk : untuk tidak diperlakukan dalam penangkapan dan penahanan sewenang-wenang atau dibuang (Pasal 9); pengadilan yang adil (Pasal 10); perlakuan terhadap seseorang sebagai tidak bersalah sampai kesalahannya dibuktikan (Pasal 11); untuk tidak mencampuri kehidupan seseorang seperti keluarga, rumah tangga, surat menyurat, serta mencemarkan serta nama baik atau kehormatan seseorang (Pasal 20).

3. Hak politik maksudnya adalah hak-hak yang dibutuhkan untuk memperkuat warga negara dalam berpartisipasi dalam mengontrol negara. Antara lain mencakup : hak untuk ikut serta dalam proses pemerintahan baik secara langsung atau melalui wakil-wakilnya; hak atas kesempatan yang sama dalam memperoleh pelayanan publik di negaranya; bahwa kemauan rakyat merupakan dasar kekuasaan pemerintahan melalui pemilu yang murni yang dilakukan secara teratur rahasia secara bebas (Pasal 21).

4. Hak-hak subsistensi adalah menjamin adanya sumber daya untuk menunjang kehidupan minimum seperti hak untuk mendapatkan makanan dan pelayanan kesehatan (Pasal 25).

5. Hak ekonomi termasuk didalamnya hak akan *social security*, (Pasal 22); hak untuk memperoleh dan memiliki pekerjaan, membentuk serikat buruh, hak untuk memperoleh pembayaran yang sama untuk pekerjaan yang sama (*equal pay*

for equal work), upah yang adil dan layak untuk kehidupan diri dan keluarganya sebagaimana layaknya manusia yang bermartabat, serta berbagai perlindungan sosial lainnya (Pasal 23), hak untuk beristirahat dan bersenang-senang, termasuk pembatasan jam kerja dan hak cuti dan liburan dengan pembayaran (Pasal 24).

6. Hak sosial mencakup hak untuk kehidupan pribadi (Pasal 12), hak untuk menikah dan membina rumah tangga (Pasal 16), dan hak memperoleh pendidikan (Pasal 27).

Menurut Muladi¹¹³, paling sedikit ada 4 (empat) kelompok pandangan tentang HAM yakni:

1. Mereka yang berpandangan *Universal-absolut* yang melihat HAM sebagai nilai-nilai universal sebagaimana dirumuskan di dalam *The Internasional Bill of Human Rights*. Mereka ini tidak menghargai sama sekali profil budaya bangsa yang melekat pada masing-masing bangsa. Penganut pandangan ini adalah negara-negara maju dan bagi negara-negara berkembang mereka ini sering kali dipandang eksploitatif, karena menerapkan HAM sebagai alat untuk menekan dan instrumen penilai (*tool of judgement*).

2. Mereka yang berpandangan *Universal-relatif*. Mereka ini juga memadamkan persoalan HAM sebagai masalah universal, namun demikian perkecualian (*exceptions*) yang

¹¹³ Muladi, *Hukum dan Hak Asasi Manusia*, dalam Bagir Manan (editor) *Kedaulatan Rakyat, Hak Asasi Manusia dan Negara Hukum*, Kumpulan Esai Guna Menghormati Prof. DR. Sri Soemantri Martosoewigno, S.H, Gaya Media Pratama, Jakarta 1996, hlm. 115-116.

didasarkan atas asas-asas hukum internasional tetap diakui keberadaannya. Sebagai contoh dapat dikemukakan di sini ketentuan yang diatur dalam Pasal 29 Ayat (2) *Universal Declaration of Human Rights* yang menegaskan bahwa: “*In the exercise of his rights and freedoms, everyone shall be subject only to such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedom of others and of meeting the just requirements of morality, publik order and the general welfare in democratic society*”.

3. Mereka yang berpandangan *Partikularistik-absolut*, yang melihat HAM sebagai persoalan masing-masing bangsa, tanpa memberikan alasan yang kuat, khususnya dalam melakukan penolakan terhadap berlakunya dokumen-dokumen internasional. Pandangan ini bersifat chauvinis, egois, defensif dan pasif tentang HAM.

Mereka yang berpandangan *Partikularistik-relatif*, yang memandang persoalan HAM di samping sebagai masalah universal juga merupakan masalah nasional masing-masing bangsa. Berlakunya dokumen-dokumen internasional harus diselaraskan, diserasikan dan diseimbangkan serta memperoleh dukungan dan tertanam (*embedded*) dalam budaya bangsa. Pandangan ini tak sekedar defensif, tetapi juga secara aktif berusaha mencari perumusan dan pembenaran karakteristik HAM yang dianutnya.

Prinsip HAM pada awalnya berasal dari pemikiran Liberal Barat, yakni ketika para filsuf berhadapan dengan bangkitnya kekuasaan negara dan meningkatnya

individualisasi warga negara.¹¹⁴ Secara filosofis, berbagai dokumen HAM terdapat adanya perbedaan muatan nilai dan orientasi. Di Inggris menekankan pada pembatasan raja, di Amerika Serikat mengutamakan kebebasan Individu, di Perancis memprioritaskan egalitarianisme persamaan kedudukan di hadapan hukum, di Rusia tidak diperkenalkan hak individu tetapi hanya mengakui hak sosial. Sementara itu PBB merangkum berbagai nilai dan orientasi sebagai kesepakatan berbagai negara setelah mengalami revolusi Perang Dunia II yang akhirnya melahirkan pengakuan prinsip kebebasan perseorangan, kekuasaan hukum serta demokrasi sebagaimana diformulasikan dalam *Preamble Atlantik Charter* 1945.¹¹⁵

Perkembangan HAM di setiap negara mempunyai latar belakang sejarah sendiri-sendiri sesuai dengan perjalanan hidup bangsanya. Meski demikian, sifat dan hakikat HAM di mana-mana adalah sama (universal), karena setiap manusia pada dasarnya diciptakan sama, tanpa dibedakan oleh jenis kelamin, agama, suku, ras, bangsa, status sosial dan ideologi yang dianutnya.

3. Rule of Law

Dari hasil kajian literatur, tidak terdapat keseragaman tentang prinsip-prinsip negara hukum. Hal tersebut terjadi karena berbagai faktor yang mempengaruhinya antara lain :

¹¹⁴ Rhoda E. Howard, *HAM Penjelajahan Dalih Relativisme Budaya*, terjemahan Nugraha Katjasungkana, PT. Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2000, hlm. 2.

¹¹⁵ Artidjo Alkostar, *Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Penegakan Hukum Dewasa ini*, makalah dalam rangka Dies Natalis UII ke-51, Yogyakarta, 1994, hlm. 3.

faktor historisitas, sosiologis dan politis. Ketiga faktor tersebut sebagaimana dikemukakan Muhammad Tahir Azhari melahirkan lima konsep negara hukum sebagai berikut :

1. Negara Hukum menurut Al-Qur'an dan Sunnah. Untuk konsep ini Azhari cenderung menggunakan istilah nomokrasi Islam. Malcolm H. Kerr. Majid Khadduri juga menggunakan istilah nomokrasi untuk konsep negara dari sudut Islam, namun untuk membedakannya dengan konsep negara sekular atau negara hukum menurut konsep barat Ia berpendapat istilah nomokrasi Islam lebih tepat dan lebih memperhatikan kaitan nomokrasi atau negara hukum itu dengan hukum Islam.
2. Negara hukum menurut konsep Eropa Kontinental yang dinamakan *rechtsstaat*, Model negara hukum ini diterapkan, misalnya, oleh Belanda, Jerman dan Prancis.
3. Konsep *rule of law* yang diterapkan di negara-negara Anglo Saxon, antara lain Inggris dan Amerika Serikat.
4. Suatu konsep yang di sebut *socialist legality* yang diterapkan antara lain Uni Soviet sebagai negara komunis.
5. Konsep negara hukum Pancasila.¹¹⁶

Friedrich Julius Stahl mengatakan bahwa suatu negara hukum ditandai oleh empat unsur pokok yaitu ;

¹¹⁶ **Muhammad Tahir Azhary**, *Negara Hukum Suatu Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya di Lihat dari Segi Hukum Islam, Implementasinya Pada Periode Negara Hukum Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1991, Hlm. 63.

1. Pengakuan dan perlindungan terhadap HAM.
2. Negara didasarkan pada teori trias politica.
3. Pemerintahan didasarkan pada Undang-undang (*wetmatig bestuur*).
4. Ada peradilan administrasi negara yang bertugas menangani kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah (*onrechtmatige overheidsdaad*).¹¹⁷

Demikian pula Scheltema menyatakan bahwa unsur-unsur *rechtsstaat* adalah :

1. Kepastian Hukum
2. Persamaan
3. Demokrasi
4. Pemerintahan yang melayani kepentingan umum.¹¹⁸

Selanjutnya Philipus M. Hadjon, mengemukakan ciri-ciri *rechtsstaat* adalah :

1. Adanya UUD atau konstitusi yang memuat ketentuan tertulis tentang hubungan antara penguasa dan rakyat ;
2. Adanya pembagian kekuasaan negara ;
3. Diakui dan dilindunginya hak-hak kebebasan rakyat.¹¹⁹

Menurut Sri Soemantri suatu pemerintahan yang berdasarkan atas sistim perwakilan ini dinamakan *representative government*.¹²⁰

¹¹⁷ **Idem**, Hlm. 66.

¹¹⁸ **Idem**, Hlm . 70.

¹¹⁹ **Philipus M. Hadjon**, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Bina Ilmu, Surabaya, 1987, Hlm. 76.

⁸ **Sri Soemantri M**, *Tentang Lembaga-lembaga Negara Menurut UUD 1945*, Citra Aditya Bakti Bandung, 1993, Hlm. 12.

Kemudian *International Commission of Jurist* menentukan pula syarat-syarat *Representative Government Under the Rule of Law*, sebagai berikut :

1. Adanya proteksi konstitusional;
2. Adanya pengadilan yang bebas dan tidak memihak;
3. Adanya pemilihan umum yang bebas;
4. Adanya kebebasan untuk menyatakan pendapat dan berserikat;
5. Adanya tugas oposisi;
6. Adanya pendidikan civic.⁹

Secara teoritis, penerapan prinsip-prinsip negara hukum tersebut pada suatu negara umumnya diatur dalam konstitusi. Namun demikian, Hal tersebut tidak menutup kemungkinan diatur lebih lanjut dalam peraturan pelaksanaan di bawah konstitusi.

Konstitusi yang dimaksud dalam disertasi ini tidak hanya meliputi konstitusi dalam bentuk tertulis tetapi juga konvensi ketatanegaraan, sebagaimana dikemukakan oleh beberapa pakar berikut. :

1. A.V. Dicey

Hukum tata negara atau ketentuan-ketentuan ketatanegaraan di Inggris, terdiri dari dua macam ketentuan, yaitu :

- a. Ketentuan-ketentuan (*rules*) yang digolongkan sebagai kaidah-kaidah hukum (*law*), yaitu kaidah-kaidah hukum tata negara (*the law of the constitution*). Termasuk

⁹ **Ibid.**

kaidah-kaidah hukum tata negara adalah semua ketentuan yang penataannya dapat di paksakan oleh (melalui) pengadilan.

b. Ketentuan-ketentuan yang tidak termasuk sebagai kaidah hukum, yaitu konvensi ketatanegaraan atau akhlak (*moral*) ketatanegaraan (*convention of the constitutional atau constitutional morality*)¹²¹

Meskipun konvensi ketatanegaraan mengatur tentang cara-cara pemegang kekuasaan negara menjalankan kekuasaan, tetapi tidak tergolong sebagai kaidah hukum. karena penataan terhadap konvensi ketatanegaraan tidak dipaksakan oleh (melalui) pengadilan. Ketaatan terhadap konvensi ketatanegaraan semata-mata berdasarkan kesukarelaan, atau karena dorongan etika atau akhlak. Karena itu, konvensi ketatanegaraan disebut juga etika ketatanegaraan, akhlak ketatanegaraan (*constitutional ethich atau constitutional morality*).¹²²

2. E.C.S. Wade memberi penjelasan terhadap apa yang dimaksudkannya dengan konvensi ketatanegaraan. Wade (et.al.) mengemukakan bahwa :

“Convention from a series of rules and practices for the guidance of those who run the machine of government. They are not bound in the statute book or the law repirts. Judges my from time to time recognise their existence, e.g. that a minister of the crown is answerable to parliament, but they are not directrly required to

¹²¹ **Bagir Manan**, *Konvensi Ketatanegaraan*, Armico, Bandung, 1987, Hlm. 20.

¹²² **Ibid.**

*adjudicate upon their validity or to enforce them by a legal sanction.*¹²³

3. Herman Finer dalam bukunya, *The Major Government of Modern Europe* memulai uraiannya tentang konvensi ketatanegaraan dengan merumuskan pengertian, dalam buku ini beliau menulis :

*“Convention are rules, or unwritten principles, understandings, or maxims, of political behavior. They are not established in statutes or judicial decisions or parliamentary custom, but they are created outside of these to regulate political conduct that the statutes, etc., have not yet embodied and may never embody. The compelling power of the conventions comes from the public recognitions of their lasting worth”.*¹²⁴

4. K.C. Wheare mengemukakan:

*“By ‘convention’ is meant a binding rule of behavior accepted as obligatory by those concerned in the working of the constitution; by usage no more than usual practise”.*¹²⁵

Berdasarkan uraian-uraian yang dikemukakan sebelumnya, maka dapat dirumuskan bahwa konvensi ketatanegaraan adalah segenap kebiasaan atau tindakan ketatanegaraan yang bersifat standar, yang dilakukan dalam

¹²³ **E.S.C. Wade and Godfrey Philip**, *Constitution Law*, English Language Book Society & Longman Group, Ltd., London, 1971, Hlm. 12.

¹²⁴ **Herman Finer**, *The Major Government of modern Europe*, Harper & Row Publishers Evanston, New York, 1962, Hlm. 60.

¹²⁵ **K.C. Wheare**, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, London-New York-Toronto, 1976, Hlm. 1-2.

menyelenggarakan aktivitas bernegara oleh alat-alat perlengkapan negara di tingkat pusat, dan belum diatur dalam konstitusi (Undang-Undang Dasar) serta peraturan ketatanegaraan lainnya, dengan maksud untuk melengkapi ketentuan-ketentuan ketatanegaraan atau sebagai faktor dinamisator pelaksanaan konstitusi.¹²⁶

Dengan demikian penerapan prinsip-prinsip negara hukum dalam Konstitusi Madinah juga dapat dikaji berdasarkan konvensi ketatanegaraan pada penyelenggaraan pemerintah Madinah, seperti diterapkan atas legalitas bahwa segala tindakan pemerintahan didasarkan pada peraturan perundang-undangan. Dalam konteks tata urutan peraturan perundang-undangan, urutan sumber hukum Islam yaitu :

1. Al-Qur'anul Karim
2. Sunah Rasul
3. Ijma
4. Ijtihad
5. Urf.¹²⁷

Pengertian konvensi berdasarkan tradisi (*Al-Urf*) adalah sebuah tradisi yang telah melembaga dalam sistem sosial masyarakat Islam dan dikategorikan sebagai ketetapan hukum.

Para Yuris Islam Hanafiah dan Malikiyah memandang bahwa hukum yang diterapkan dengan *Urf Sahih* sama

¹²⁶ **Donald A. Rumokoy**, *Arti dan Fungsi Konvensi Ketatanegaraan dalam Mengembangkan Hukum Tata Negara Indonesia*, Pascasarjana Universitas Padjajaran Bandung, , 1998, Hlm. 57.

¹²⁷ **Hudhari Bik**, *Sejarah Pembinaan Hukum Islam*, Darul Ikhya, Semarang, 1980, Hlm. 4.

dengan hukum yang ditetapkan dengan dalil *syar'i* (*Ats-Tsaabitu bi-l-'urfi Tsaabitun bidaliilin syar'iyin*).

Begitupun kebebasan berpendapat (ijtihad) seperti Hadist Mu'adz bin Jabbal untuk berijtihad dalam Hal-Hal yang tidak terdapat secara jelas dalam nash Al-Qur'an dan Al Sunnah. Hal ini menunjukkan bahwa dalam masalah-masalah yang tidak disebutkan dalam nash secara rinci menjadi bidang ijtihad dengan *ra'yu* (ratio) merupakan usaha memahami nash Al-Qur'an dan Sunnah Rasul.¹²⁸ Dengan demikian, bahwa pada beberapa kasus tersebut dapat diasumsikan telah diterapkannya prinsip-prinsip negara hukum (sebagaimana diatur dalam *International Commission of Jurist*, Bangkok 1965) pada penyelenggaraan pemerintahan Madinah.

¹²⁸ **Rachmat Djatnika**, *Jalan Mencari Hukum Islam, Upaya ke Arah Pemahaman Metodologi Ijtihad*, Kemudi Mas Abadi, Jakarta, 1994, Hlm. 143.

III

SUBSTANSI HAM

DALAM PANCASILA DAN

UUD 1945

Seperti halnya negara-negara berkembang, HAM juga menjadi topik hangat di Indonesia. Diskusi konsepsi dan materi HAM dilakukan menjelang dirumuskannya UUD 1945, UUD RIS 1949 dan UUDS 1950, serta sidang konstituante (1956-1959). Selanjutnya pada masa orde baru menjelang sidang umum MPRS 1968, serta puncaknya perubahan sistem politik yang lebih demokratis di era reformasi yang berhasil mengamandemen UUD 1945, sekaligus memuat aturan tentang HAM lebih lengkap (dari Pasal 28 A sampai dengan Pasal 28 J). Pada era reformasi ini pula sekaligus menghasilkan dua undang-undang tentang HAM, masing-masing yakni UU No. 39 tahun 1999 tentang HAM dan UU No. 26 tahun 2000 tentang Peradilan HAM.

Norma HAM yang terkandung dalam UUD 1945, mempunyai dua posisi, yaitu sebagai norma pengarah atau pemandu (*Leitstren*¹⁰¹) bagi hukum positif untuk mencapai cita-

¹⁰¹ *Leitstren* dalam konsep Radolf Stammler, lebih mengarah pada tataran *rechttidee* yang oleh Soepomo diartikan sebagai cita-cita

cita perlindungan HAM, dan sebagai norma penguji Undang-undang atau hukum positif apakah telah selaras dengan semangat HAM. Sebagai *Leistern* norma HAM yang terkandung dalam UUD dapat berfungsi regulatif maupun konstitutif. Fungsi Regulatif menempatkan norma HAM dalam UUD sebagai tolak ukur untuk menguji, apakah Undang-undang atau hukum positif telah selaras dengan cita-cita HAM. Sebagai fungsi konstitutif menentukan tanpa semangat HAM dalam UUD atau hukum positif akan kehilangan makna sebagai hukum yang bermanfaat untuk kemasyalahatan masyarakat.

Pada waktu UUD 1945 dibicarakan, terdapat perbedaan pandangan dari tokoh-tokoh nasional pada waktu itu, misalnya pandangan Soekarno dan Soepomo satu pihak dengan pandangan Moh. Yamin dan Hatta di pihak lain. Soekarno dan Soepomo yang berpaham negara Integralistik berpandangan bahwa HAM adalah berasal dari paham individualisme, sehingga tidak cocok diterapkan di Indonesia yang berpaham kolektivitas/sosialis. Dalam pandangan negara Integralistik, negara dan warga negara menyatu, sehingga dengan sendirinya akan memperhatikan seluruh hak warga negara, sehingga mustahil negara melakukan penindasan terhadap warga negaranya. Di pihak lain, Yamin dan Hatta berpandangan bahwa HAM harus dilindungi dan diatur dalam konstitusi. Hatta tidak mempersoalkan HAM berasal budaya barat yang liberal, sebaliknya justru negaralah yang harus diwaspadai, karena negara cenderung

hukum sedangkan Hamid Attamimi mengartikan sebagai cita hukum, dalam perspektif hukum tata negara. *Rechtidee* adalah Pancasila, Lihat Firdaus, Edt Muladi, *Implikasi Pengaturan HAM dalam UUD*, *Op.Cit* hlm 12-13.

menyalahgunakan kekuasaan. Akhirnya, melalui hasil kompromi, para pendiri bangsa sepakat, bahwa HAM harus diatur dan dijamin di dalam konstitusi (UUD 1945).¹²⁹

Pasca pengakuan HAM dalam konstitusi, Konsepsi HAM di Indonesia masih juga terjebak ke dalam dua pandangan yang ekstrim, disebut universalistik dan partikularistik. Dalam the Jakarta Massage dan dalam Deklarasi Kuala Lumpur (1993) telah diakui bahwa ada perbedaan konsep HAM sebagaimana telah disebutkan di atas. Pengakuan tersebut tidak berarti merupakan jurang pemisah antara Negara-negara Barat dan Negara-negara Timur, khususnya negara-negara di kawasan Asia. Jurang pemisah ini tidak akan pernah ada karena pergaulan internasional, terutama dalam kerangka meningkatkan kesejahteraan. Setiap negara menuntut seluruh pimpinan bangsa untuk selalu bekerja sama, kecuali jika pendekatan keamanan dan kedaulatan semata-mata menjadi tujuan berbangsa dan bernegara¹³⁰.

UUD 1945 adalah konstitusi yang dijadikan dasar guna mengatur seluruh tata kehidupan bangsa dan bernegara. UUD 1945 disusun oleh putra-putra bangsa dengan latar belakang etnis dan kultur yang berbeda. UUD 1945 merupakan produk

¹²⁹ Todung Mulya Lubis, *Perkembangan Pemikiran dan Perdebatan HAM*. Dan Adnan Buyung, *Sejarah Perdebatan HAM di Indonesia*, dalam *Diseminasi HAM...Op.Cit*, hlm. 14-15 dan 21-22. Lihat juga Moh. Mahmud MD, *Dasar dan struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2001, hlm. 26-36 dan 138. Bandingkan juga dengan Bagir Manan dkk, *Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia Di Indonesia*, Alumni, Bandung, hlm. 25-26

¹³⁰ Romli Atmasasmita, *Reformasi Hukum, Hak Asasi Manusia dan Penegakan Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2001, hlm. 128.

budaya bangsa Indonesia, bukan produk hukum semata-mata. Sebagai produk budaya bangsa Indonesia, maka di dalam UUD 1945 terkandung sistem nilai-nilai (*value system*) spiritual dan agamis bangsa yang berbeda dengan sistem nilai-nilai masa penjajahan.¹³¹

Letak perbedaan antara budaya masyarakat barat seperti Amerika Serikat dengan Indonesia adalah terletak pada proses penyusunan konstitusinya. Penyusun UUD 1945 adalah kaum pribumi, sedangkan penyusun Konstitusi Amerika Serikat adalah non-pribumi karena mereka adalah kaum pendatang (*imigran*). Motivasi para imigran ini datang ke Amerika Serikat adalah mencari dan mendambakan kebebasan yang hampir tidak pernah diperoleh di negara asalnya, sedangkan penduduk asli Indonesia bukan kaum imigran kecuali beragam etnis atau multi ras yang menentang penindasan atas kemerdekaan dan cenderung memelihara dan mempertahankan harmonisasi nilai-nilai kehidupan masyarakat (keseimbangan alam kosmos)¹³².

Perlindungan HAM dalam konteks masyarakat Barat (Amerika Serikat) terutama ditujukan kepada interrelasi antara penguasa dan warga masyarakat dengan asumsi tidak adanya kesetaraan kedudukan (persamaan) antar keduanya, sehingga pola kriminalisasi perbuatan pelanggaran HAM selalu ditujukan kepada perbuatan penguasa (asumsi negatif). Sedangkan perlindungan HAM dalam konteks masyarakat timur (Indonesia) terutama ditujukan kepada interrelasi antara warga masyarakat dan antara warga masyarakat dan penguasa dengan asumsi yang bersifat normatif-tradisional

¹³¹ *Ibid*, hlm. 129.

¹³² *Ibid*, hlm. 130.

yaitu pola interrelasi tersebut serasi, selaras dan seimbang (asumsi positif). Pola kriminalisasi perbuatan pelanggaran HAM dalam konteks cara pandang masyarakat Indonesia adalah tidak selalu dan selamanya ditujukan terhadap penguasa semata-mata, akan tetapi juga terhadap interrelasi antar warga masyarakat yang memiliki perbedaan asal-usul etnis dan agama.¹³³.

Terhadap berbagai konsepsi berbagai paham, baik Kapitalisme - Individualisme Barat serta konsep Sosialisme – Komunisme – Marxisme, filosof muslim Mohammad Iqbal (1873-1938) sebagaimana dikutip Mohammad Natsir mengemukakan, bahwa baik Kapitalisme Barat dan Sosialisme Marxis pada dasarnya berdasarkan nilai-nilai kebendaan dari kehidupan serta kosong dari warisan ruhaniyah. Sosialisme Karl Marx sebagai suatu rencana yang berdasarkan kesamaan perut (*equality of stomach*) dan bukan kesamaan ruh. Demikian juga Kapitalisme, Imperialisme, Kolonialisme dan Rasionalisme, dilukiskan sebagai kegemukan jasad¹³⁴.

Bangsa Indonesia menghormati setiap upaya suatu bangsa untuk menjabarkan hak asasi manusia sesuai dengan sistem nilai dan pandangan hidup masing-masing. Bangsa Indonesia menjunjung tinggi dan menerapkan HAM sesuai dengan Pancasila sebagai pandangan hidup bangsa.

Oemar Seno Adji berpendapat¹³⁵ bahwa negara hukum Indonesia memiliki ciri-ciri khas Indonesia. Karena Pancasila

¹³³ *Ibid*

¹³⁴ Moh. Natsir, *Dapatkah Dipisahkan Politik dan agama?*, Mutiara, Jakarta, 1953, hlm. 19.

¹³⁵ Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, hlm. 25.

diangkat sebagai dasar pokok dan sumber hukum, maka negara hukum Indonesia dapat pula dinamakan negara hukum Pancasila. Salah satu ciri pokok dalam negara hukum Pancasila ialah adanya jaminan terhadap *freedom of religion*. Tetapi kebebasan beragama di negara hukum Pancasila selalu dalam konotasi yang positif, artinya tiada tempat bagi ateisme. Hal ini sangat berbeda dengan Amerika Serikat yang memahami konsep *freedom of religion* baik dalam arti positif maupun negatif.

Sedangkan Padmo Wahyono yang melihat dari sudut pandang filosofis mengaitkan keberadaan Pancasila sebagai asas kekeluargaan dalam sebuah negara. Dalam asas kekeluargaan ini yang diutamakan adalah “rakyat banyak”, namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai. Padmo Wahono memahami hukum adalah suatu alat atau wahana untuk menyelenggarakan kehidupan negara atau ketertiban, dan menyelenggarakan kesejahteraan sosial. Pengertian ini tercermin dari rumusan penjelasan UUD 1945¹³⁶.

Manusia sebagai makhluk Tuhan YME secara kodrati di anugrahi hak dasar yang disebut hak asasi, tanpa perbedaan antara satu dengan lainnya. Dengan hak asasi tersebut, manusia dapat mengembangkan diri pribadi, peranan, dan sumbangannya bagi kesejahteraan hidup manusia. Manusia baik sebagai pribadi maupun sebagai warga negara, berperan untuk memberikan sumbangan bagi kesejahteraan hidup manusia, sesuai pandangan hidup dan kepribadian bangsa. Pandangan hidup dan kepribadian bangsa Indonesia merupakan kristalisasi nilai-nilai luhur

¹³⁶ Padmo Wahono, *Negara Republik Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, hlm. 35-37.

bangsa Indonesia, menempatkan manusia pada keluhuran harkat dan martabat makhluk Tuhan YME dengan kesadaran mengemban kodratnya sebagai makhluk pribadi dan juga makhluk sosial.

Pancasila tidak lain adalah kesepakatan rakyat Indonesia untuk membangun sebuah negara, di mana semua warga negara sama kedudukannya, sama kewajibannya, dan sama haknya. Dengan demikian, semua warga masyarakat punya kedudukan yang sama, tanpa diskriminasi, tanpa membedakan agama, tanpa membedakan antara mayoritas dan minoritas, sama-sama memiliki kewajiban-kewajiban dan hak-hak dasar sebagai warga negara dan sebagai manusia¹³⁷.

Sejarah dunia mencatat, banyak penderitaan, kesengsaraan dan kesenjangan sosial yang disebabkan oleh perilaku tidak adil dan diskriminatif atas dasar etnik, ras, warna kulit, budaya, bahasa, agama, golongan, jenis kelamin, dan status sosial lainnya. Menyadari bahwa perdamaian dunia serta kesejahteraan merupakan dambaan umat manusia, maka hal-hal yang menimbulkan penderitaan, maka kesengsaraan dan kesenjangan yang dapat menurunkan harkat dan martabat manusia harus ditanggulangi oleh setiap bangsa.

Bangsa Indonesia dalam perjalanan sejarahnya mengalami kesengsaraan dan penderitaan yang disebabkan oleh belenggu penjajahan. Oleh sebab itu, Pembukaan UUD 1945 mengamanatkan untuk menghapus penjajahan di semua wilayah, termasuk di Indonesia sendiri. Kemerdekaan adalah hak segala bangsa dan oleh sebab itu penjajahan di atas dunia

¹³⁷ Franz Magnis Suseno, *Pancasila Sakti*, Kompas, Senin, 3 Oktober 2005, hlm. 6.

harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan. HAM di Indonesia memiliki landasan, yakni¹³⁸:

1. Bangsa Indonesia mempunyai pandangan dan sikap mengenai HAM yang bersumber dari ajaran agama, nilai moral universal, dan nilai budaya bangsa, serta berdasarkan pada Pancasila dan UUD 1945.

2. Bangsa Indonesia sebagai anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa mempunyai tanggung jawab untuk menghormati Deklarasi Universitas Hak Asasi Manusia (universal Declaration of Human Rights) dan berbagai instrumen internasional lainnya mengenai HAM.

Perjalanan sejarah HAM di Indonesia sejak awal merupakan perjuangan kemerdekaan untuk menuntut dihormatinya HAM. Hal itu terlihat jelas di dalam Pembukaan Undang-undang Dasar (UUD) 1945. Dalam alinea I Pembukaan UUD 1945 dapat ditemukan pendirian bangsa Indonesia mengenai HAM yang disebut dengan *self determination*, seperti tercantum dalam kata: "...kemerdekaan itu ialah hak segala bangsa, dan oleh sebab itu, maka penjajahan di atas dunia harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan...".

Manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan yang berbudi dan berkehendak bebas, harus merdeka, bukan hanya dalam arti negatif saja, yaitu lepas dari penindasan dan penjajahan, melainkan juga dalam arti positif. Manusia harus leluasa otonom menghayati eksistensinya. Dan ini terjadi dalam

¹³⁸ Lihat Ketetapan MPR. RI No. XVII/MPR/1998 Tentang Hak Asasi Manusia.

bangsa-bangsa yang merdeka. Bangsa-bangsa harus bebas dan mandiri dalam menentukan bentuk pemerintahannya dan mengatur struktur pemerintahnya. Oleh karena itu, visi bangsa Indonesia seperti yang dinyatakan dalam Pembukaan UUD 1945 dengan tegas menentang imperialisme dan penjajahan karena bertentangan dengan perikeadilan dan perikeadilan.

Alenia II pembukaan UUD 1945 dinyatakan bahwa kemerdekaan itu bukannya tujuan akhir perjuangan gerakan kemerdekaan nasional . Kemerdekaan merupakan pintu gerbang yang membuka jalan menuju negara Indonesia, yang bersatu, berdaulat, adil dan makmur. Sila ke II, kemanusiaan yang adil dan beradab merupakan roh dari HAM, sehingga konsep HAM yang kita anut adalah penjabaran dari sila “kemanusiaan yang adil dan beradab”, yang dijiwai, disemangati dan dilandasi oleh sila-sila lainnya dari Pancasila. Hal ini mengandung arti HAM itu harus:¹³⁹

1. Sesuai dengan kodrat manusia. Menurut kodratnya manusia adalah makhluk pribadi sekaligus makhluk sosial. Ini yang disebut oleh Notonagoro sebagai “monodualitas”.
2. HAM harus dihargai dan dijunjung tinggi “secara adil”, maksudnya setiap orang dan golongan hendaknya memperoleh apa yang menjadi haknya.
3. Tidak tanpa arti adanya istilah “dan beradab”. Maksudnya ialah: hak-hak asasi manusia yang

¹³⁹ A. Gunawan Setiardja, *Hak-hak Asasi Manusia Berdasarkan Ideologi Pancasila*, Kanisius, Yogyakarta, 1993, hlm. 57-58.

diterima dan dijunjung tinggi itu tidak tanpa batas. Adapun batas-batas tersebut adalah:

- a. Penggunaan HAM itu harus dapat dipertanggungjawabkan di hadapan Tuhan YME (sila I)
- b. Harus meningkatkan kesatuan dan persatuan bangsa (sila III)
- c. Harus tetap dalam suasana dan iklim yang demokratis (sila IV)
- d. Harus menunjang kesejahteraan umum (sila V)
- e. HAM dapat dibatasi oleh tujuan-tujuan negara. Dalam Pembukaan UUD 1945 kita dapat menemukan tujuan nasional negara kita yakni: untuk 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.

Dengan demikian, konsepsi HAM di Indonesia adalah menempatkan keseimbangan antara hak – kewajiban antara kepentingan individu – masyarakat – pemerintah sehingga terjalin hubungan yang harmonis antar seluruh komponen bangsa dan negara. Berkaitan dengan keseimbangan antara hak individu dan masyarakat, Todung Mulya Lubis berpendapat¹⁴⁰:

¹⁴⁰ Todung Mulya Lubis, *Op.Cit*, hlm. 13-14.

“Walaupun ada yang berargumentasi bahwa sebenarnya akar kultural HAM di Indonesia tidak cukup kuat dalam menumbuhkan pengakuan HAM, saya tidak mau terlibat dalam perdebatan itu karena akan menimbulkan perdebatan yang panjang. Betapapun harus disadari bahwa dalam konteks kultural, khasanah budaya kita memiliki elemen-elemen pro HAM, namun di sisi lain banyak pula elemen-elemen budaya yang anti HAM dalam konteks sosial. Sifat budaya kita yang sangat mengagungkan keberadaan sosial (social being), sering kali dalam beberapa hal cenderung menafikan hak-hak yang bersifat individual. Malah atas nama “social being” beberapa hak individual bisa dilanggar. Lambat laun kita bisa menjustifikasi bermacam-macam pelanggaran HAM yang bersifat modern. Pikiran seperti ini masih cukup mengedepan dalam diskursus HAM kita”.

Dengan demikian, perlu dirumuskan secara tepat, agar keseimbangan antara hak dan kewajiban, merumuskan kembali kepentingan individu – masyarakat – pemerintah, agar tidak saling berbenturan. Dalam merumuskan konsepsi HAM ini perlu kesepakatan semua pihak. Musyawarah dan mufakat merupakan media yang paling tepat untuk merumuskan kembali keseimbangan antara hak, kewajiban dan kepentingan antar komponen bangsa, agar semua kepentingan dapat terakomodir.

IV

HAK UNTUK HIDUP DAN HAK UNTUK MATI (*THE RIGHT TO DIE AND THE RIGHT TO LIFE*)

Perdebatan kapan manusia mulai hidup dan kapan masuknya jiwa ke dalam janin masih belum selesai. Ada yang berpendapat jiwa masuk ke dalam janin bersamaan dengan pembuahan. Yang lain berpendapat beberapa hari sesudahnya. Karena jiwa adalah unsur penggerak janin, maka gerakan janin menjadi tanda masuknya jiwa ke badan janin.

Aristoteles dalam bukunya *History of Animal* menerangkan bahwa, jiwa masuk ke dalam janin laki-laki pada hari ke-40, dan hari ke-90 untuk janin perempuan. Aristoteles berpendapat, hidup manusia dimulai saat masuknya jiwa ke badan. Pemikiran ini ditentang oleh embriologi modern yang menekankan hidup manusia

langsung dimulai sesuai proses pembuahan. Pembuahan adalah proses fusi antara sperma dan ovum¹⁴¹.

Pasal 3 UDHR menyebutkan bahwa tiap-tiap individu memiliki hak untuk hidup, kebebasan dan keamanan pribadi. Pasal ini dapat dilihat dalam konteks Pasal 5 UDHR, yang menyebutkan bahwa tidak seorang pun dapat dijadikan subjek penyiksaan atau kekejaman, tidak manusiawi atau menurunkan harkat martabat. Dalam pemberian hukuman, Pasal 9 UDHR juga menyebutkan bahwa, tak seorangpun dapat diperlakukan dengan sewenang-wenang dalam hal penahanan, penangkapan atau pengasingan.

Susunan kata dalam Pasal 3 UDHR, sebagaimana halnya kebanyakan ketentuan lain dalam deklarasi, lebih banyak menguraikan negara hukum sebagai hak individu yang tidak bisa dipisahkan, daripada sebagai akibat langsung dari kewajiban negara untuk tidak turut campur dalam integritas pribadi seseorang.

Pasal 3 UDHR meliputi tiga hak yang berbeda, yakni hak untuk hidup di dalam suatu keterikatan secara biologis (hak dan kemampuan untuk bertahan hidup) dan di dalam suatu perasaan manusia yang lebih luas (perlindungan untuk melindungi dari kondisi kehidupan yang tidak manusiawi); hak untuk kebebasan pribadi, sebagai contoh hak untuk bertindak; dan hak untuk keamanan pribadi, yaitu hak untuk dilindungi dari gangguan campur tangan tertentu dari negara

¹⁴¹ CB Kusmariyanto, *Aristoteles dan Aborsi*, Harian Kompas, Sabtu, 27 Juli 2005.

atau dari para oknum non-State, mencakup individu pribadi (hak integritas)¹⁴².

Sebuah konvensi yang mengikat seperti Konvensi Internasional terhadap Hak Sipil dan Politik (ICCPR) dan Konvensi PBB mengenai larangan terhadap penyiksaan dan tindakan yang tidak manusiawi atau menurunkan harkat dan martabat dalam memperlakukan atau menghukum seseorang. Ini menegaskan bahwa ketentuan mengenai hak untuk hidup merupakan masalah perlindungan dan pemeliharaan hidup manusia, serta tingkat tanggung jawab negara dalam menegakkan dan melindungi hak tersebut.¹⁴³

Verdoodt menyimpulkan bahwa penafsiran Pasal 3 menimbulkan sejumlah keraguan, seperti legalitas dari semua pengguguran kandungan yang digusarkan dan bahwa tidak ditetapkan kapan persisnya perlindungan itu dimulai. Verdoodt juga menyebutkan bahwa tidak ada ketentuan yang dinyatakan dengan tegas/eksplisit untuk melarang penggunaan tindak eutanasia terhadap penyakit yang tak dapat disembuhkan dan pasien kejiwaan, atau melarang penggunaan hukuman mati, maupun kewajiban yang tegas atau eksplisit pada negara untuk melindungi warga negaranya dari tindak kejahatan¹⁴⁴.

Sebagian dari pertanyaan ini sudah saatnya mendapatkan perhatian serius dalam kasus hak asasi

¹⁴² Lars Adam Rehof, dalam Gudmundur Alfredsson dan Asbjorn Eide (editor) *The Universal Declaration Of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, The Hague/Boston/London, 1999, hlm. 89.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*, hlm. 91.

manusia, tetapi hingga kini belum juga ada kesepakatan terhadap definisi yang tepat dari hak hidup di tahap awal kehamilan manusia. Ini terlihat jelas dari putusan hakim Komisi pengawas Hak Asasi Manusia Eropa, yang menyatakan bahwa tidak ada hak mutlak untuk hidup dalam tahap awal kehamilan, dan untuk itu pengguguran yang dilakukan menurut ukuran-ukuran sosial dan medis, adalah dapat diijinkan dalam taraf tertentu.

Proses negosiasi pada UDHR Pasal 3, wakil dari negara Chili mengusulkan bahwa klausula harus dikembangkan sehingga menetapkan bahwa hak untuk hidup harus dilindungi sejak kehamilan. Proposal negara Chili juga menetapkan hak untuk hidup bagi individu yang menderita dari penyakit yang tidak dapat disembuhkan, untuk pasien kejiwaan dan untuk orang asing, seperti halnya hak-hak untuk penghidupan bagi mereka yang tidak bisa mendukung diri sendiri. Lebih lanjut, diusulkan juga bahwa hak untuk hidup tidak bisa diingkari dari seseorang, kecuali seseorang itu dihukum mati sesuai dengan perundang-undangan nasional. Sekretariat juga mengusulkan suatu pernyataan yang berkaitan dengan hak untuk hidup tidak bisa ditolak dari seseorang, kecuali dia diputuskan suatu hukuman mati yang sah menurut hukum. Bertentangan dengan hal ini, Wakil Denmark menyatakan, di dalam suatu argumentasi yang agak formal, bahwa usul tentang Pasal 3 yang perlu mencakup ketentuan yang melindungi janin sejak kehamilan adalah tak dapat diterima, sebab perundang-undangan kebanyakan negara menyebutkan kemungkinan tentang pengguguran yang menggusarkan itu¹⁴⁵.

¹⁴⁵ *Ibid*

Dalam perspektif HAM, hak yang diakui suatu negara dapat dibagi dalam dua golongan, yakni *natural right*, *legal rights*, *moral rights* atau *negatif rights* dan *positive rights*. *Natural rights* adalah hak-hak yang bersifat kodrati yang melekat dalam diri manusia. *Moral rights* adalah hak yang terbentuk berdasarkan moral, kesusilaan, serta kebiasaan yang mengikat secara batin, bentuknya tidak tertulis dan biasanya tidak mengikat secara hukum. *Moral rights* atau *Negatif rights* ini dapat pula diartikan bahwa hak-hak negatif ini mengharuskan negara tidak campur tangan dalam persoalan-persoalan pribadi¹⁴⁶. Sedangkan *positive rights* adalah hak yang telah diatur dalam aturan hukum yang tertulis; hak yang dapat dinikmati, dan jika perlu dapat dituntut pelaksanaannya dimuka pengadilan.

Hal yang perlu diperhatikan adalah, tidak sedikit negara atau pemerintah yang tidak mengakui hak-hak moral. Akan tetapi, dengan tidak diakuinya hak moral (*negatif rights*) oleh negara bukan berarti hak itu tidak ada. Hak itu tetap eksis dalam diri manusia, terlepas negara mengakui atau tidak, karena pada dasarnya HAM itu tidak diberikan oleh negara, dan negara juga tidak boleh merampasnya.

Hak untuk hidup dalam konsep John Locke adalah bermula dari hukum kodrat yang menetapkan tiga hak dasar yang bersifat umum bagi setiap manusia, yakni hak atas kehidupan, hak milik pribadi, dan hak atas kebebasan. Sebagai makhluk hidup yang berkesadaran dan berkehendak, dari kodratnya manusia memiliki hak untuk hidup, hak atas sarana untuk menunjang hak atas kehidupannya yaitu hak

¹⁴⁶ Rhoda E. Howard, *Op.Cit*, hlm. 2

milik dan hak atas kebebasan untuk mewujudkan kehendaknya. Akan tetapi, bukankah juga ada fakta universal bahwa kodrat manusia tidak hanya itu? Bukankah melekat juga pada kodratnya bahwa setiap orang suatu saat akan mati? Karena menurut kodratnya, manusia itu bukan makhluk abadi; berapa pun batas usianya, manusia itu akan mati. Pertanyaannya mengapa kematian tidak dinyatakan sebagai hak asasinya?

Dalam makalah yang disampaikan pada seminar *Pengkajian Hak Untuk Mati Pada Masyarakat Indonesia* di Yogyakarta, Teuku Yacob¹⁴⁷ menjelaskan:

“...dahulu di beberapa negara “suicide” dianggap kejahatan yang ditujukan terhadap diri sendiri. Oleh karena itu, dihukum, misalnya tidak boleh dikuburkan diperkuburan, tetapi harus disimpang jalan, tidak ada upacara doa, harus dikuburkan di malam hari, diletakkan batu-batu besar di atas kuburnya, hartanya disita, dan asuransinya tidak berlaku. Kadang-kadang mayatnya digantung, kedua tangannya dipotong dan dikubur terpisah karena ia menghina Tuhan dengan mengambil hak Tuhan untuk menentukan ajal. Percobaan bunuh diri juga dihukum dengan denda atau penjara. Membantu orang melakukan bunuh diri juga dihukum. Sekarang bunuh diri biasanya dianggap kejahatan yang tidak dihukum...”

Di negara-negara Barat, isu tentang “*the right to die*” semakin kuat. Bahkan HAM di PBB tidak luput dari sasaran

¹⁴⁷ T. Yacob, “*Hak Untuk Mati: Aspek Biomedis*”, Makalah pada Seminar Regional se-DIY/Jawa Tengah. Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 24-25 April 1989, hlm. 3.

amandemen. Pada tahun 1950 suatu petisi yang ditandatangani oleh 2513 orang-orang terkemuka di Inggris dan Amerika Serikat, yang menginginkan agar dalam Deklarasi HAM ditambah dengan “hak penderita yang tidak bisa lagi diobati, boleh dieutanasia sukarela”. Gugatan lain ditujukan terhadap konstitusi negara Amerika Serikat yang dikenal dengan “*Bill of Rights*”. Dimana dalam “*Bill of Rights*” ini, selain diakui hak hidup, kemerdekaan, dan untuk mengejar kebahagiaan, diminta pula agar memasukkan “Hak kematian dengan penuh martabat”¹⁴⁸

HAM adalah masalah sekuler: hak ini berasal dari pemikiran manusia tentang hakikat keadilan, bukan dari keputusan Ilahi¹⁴⁹. Banyak pendekatan Ilmu Sosial masa kini terhadap HAM yang berisi pendapat tentang apa minimal yang diperlukan agar orang bisa hidup sebagai manusia¹⁵⁰. Pada masyarakat modern dan liberal, hidup itu lebih ditujukan pada jenis hidup yang berkualitas bukan sekedar hidup, dan hidup itu haruslah bermartabat. Martabat itu sendiri tidak didefinisikan dalam Instrumen HAM Internasional maupun Nasional manapun; dan diserahkan pada “pengertian naluriah”¹⁵¹.

Perbedaan antara konsep hukum Barat (sekuler) dengan konsep hukum Islam adalah terletak pada otoritas pembentuk hukum. Dalam sistem Barat, pemerintah dan

¹⁴⁸ Satjipto Rahardjo, “*Tinjauan Sosiologis Terhadap Hak Untuk Mati*”, Makalah pada Seminar Regional se-DIY/Jawa Tengah. Universitas Atma Jaya, Yogyakarta, 24-25 April 1989, hlm. 8.

¹⁴⁹ Rhoda E, *Op.Cit*, 19.

¹⁵⁰ *Ibid*, hlm. 22

¹⁵¹ Witold Rybezyński, *Home: A Short History of an Idea*, Viking, New York, 1986, dalam Rhoda E. *Op.Cit*, hlm. 25.

rakyat dapat membuat hukum mereka sendiri berdasarkan rasio dan kebutuhan masyarakatnya dengan menggunakan sarana demokrasi. Sedangkan dalam Islam pemerintah dan rakyat harus mengikuti hukum-hukum syariat yang telah digariskan Allah melalui rasulullah. Ini bukan berarti Islam tidak menerima rasio (akal). Dalam Islam, *ra'yu* (akal) menempati posisi ketiga setelah Alquran dan hadis sebagai sumber hukum Islam.

Secara normatif, ajaran agama juga dapat memberikan landasan yang sangat kuat bagi konsep-konsep HAM modern. Konsep di mana bahwa setiap manusia mempunyai hak-hak yang tak tersangkal (*inalienable*) dan setara misalnya, mendapat justifikasi kuat dari doktrin-doktrin agama. Ketakersangkalan hak ditopang oleh ajaran agama tentang kesucian (*sacredness*) atau martabat (*dignity*) manusia.

Hak untuk hidup telah diakui oleh dunia dengan dicantumkan dalam *Universal Declaration of Human Rights* oleh PBB tanggal 10 Desember 1948. Sedangkan "hak untuk mati" karena belum dicantumkan secara tegas dalam *Universal Declaration of Human Rights*, maka hak ini masih merupakan perdebatan dan perbincangan dikalangan ahli di berbagai dunia.

Pada Bulan Mei 1970, *the world health Assembly* memutuskan bahwa *the right to health is a fundamental human right*. Jadi dalam deklarasi PBB tentang HAM yang diakui secara jelas adalah *the right to life*. Sedangkan *right to die* berkembang berdasarkan adanya suatu pengakuan baik nasional maupun internasional bahwa setiap individu mempunyai "*a right to life, free from torture and cruel and inhuman treatment*. Di samping itu, *the right to life* dalam perkembangannya menimbulkan adanya *the right to health* dari

seseorang. Oleh karena itu, perkembangan *the right to die* jelas tidak dapat dipisahkan dari pada "*the right to life*", "*right to health and to freedom from torture or cruel inhuman treatment*".¹⁵²

¹⁵² Djoko Prakoso dan Djaman Andhi Nirwanto, *Op.Cit*, hlm. 55-56.

V

MASALAH PRIBUMI DAN NON PRIBUMI

Sejarah Hukum WNI Keturunan Tionghoa

Nama Hendrawan, pebulutangkis nasional, menambah daftar nama pebulutangkis Indonesia yang mempunyai persoalan dengan kewarganegaraan, sekalipun telah lima kali berturut-turut menjadi Tim Piala Thomas dan berhasil mempertahankan gelar juara. Awalnya Hendrawan bermaksud mengurus akte kelahiran anaknya. Ketika petugas meminta Hendrawan menunjukkan Surat Bukti Kewarganegaraan Republik Indonesia (SBKRI), Hendrawan tidak memenuhi karena tidak mempunyai SBKRI tersebut. Hendrawan mengira Kartu Tanda Penduduk (KTP) sudah cukup, seperti halnya warga negara Indonesia (WNI) lainnya mengurus akte kelahiran. Lagi pula, ayahnya sudah menjadi WNI sejak tahun 1960. Namun, dalam prakteknya ia pun harus memiliki SBKRI.

Pengalaman dengan birokrasi ternyata bukan hanya Hendrawan. Sebagian besar WNI keturunan Tionghoa mengaku mendapat perlakuan diskriminatif, bahkan tidak

jarang diperlakukan seperti orang asing. Hal tersebut terjadi, terutama, ketika berinteraksi dengan birokrasi. Seperti halnya pengajuan Pencatatan Sipil, pengurusan Kartu Keluarga dan KTP, menjadi lebih mahal dan prosedur lebih lama bagi WNI keturunan Tionghoa dibandingkan dengan WNI pada umumnya. Hal tersebut dikarenakan aturan yang digunakan dalam pencatatan kelahiran masih menggunakan aturan kolonial, yaitu:

1. Stbl. 1849-25 Pencatatan Kelahiran untuk Golongan Eropa;
2. Stbl. 1917-130 *jo* 1919-18 Pencatatan Kelahiran untuk Golongan Tionghoa;
3. Stbl. 1920-751 *jo* pencatatan kelahiran untuk golongan Indonesia yang beragama Islam;
4. Stbl. 1933-75 *jo* Pencatatan Kelahiran untuk Golongan Indonesia yang beragama Kristen.

Perbedaan perlakuan aturan tersebut mengakibatkan anak yang lahir dari warga negara asing akan dicatat dengan *Stbl. 1917-130 jo 1919-18*; begitu pula anak yang lahir dari WNI keturunan Tionghoa, akan dicatat dengan *Stbl. 1917-130 jo 1919-81*¹⁵³.

Perlakuan diskriminatif terhadap WNI keturunan Tionghoa, dapat pula ditemukan pada Instruksi Menteri

¹⁵³ Indrari Kusuma, "*Administrasi Kependudukan Ditinjau dari Aspek Kewarganegaraan*", hlm. 5. Makalah yang disampaikan pada "Konfrensi Nasional Pengembangan Pelayanan Publik di Bidang Kependudukan", kerjasama antara Departemen Dalam Negeri RI dengan UNICEF, GTZ, Konsorsium Catatan Sipil, dan Plan Internasional, di Jakarta, 20 Mei 2002, hlm. 10.

Dalam Negeri No. 01 tahun 1977 tentang Petunjuk Pelaksanaan Pendaftaran Penduduk. Inmendagri tersebut intinya adalah agar dalam KK dan KTP, WNI keturunan Asing dicantumkan tanggal dan nomor Surat Bukti Kewarganegaraan (SKB) dengan menyebut instansi yang mengeluarkan SKB tersebut. Atas dasar instruksi tersebut, Dinas Kependudukan mengirim surat bersifat rahasia kepada Para Lurah se-DKI Jakarta No. 643/DPK/III/78 tanggal 10 Maret 1978 dengan ketentuan-ketentuan memberikan kode pada nomor KTP bagi warga negara Indonesia keturunan asing¹⁵⁴.

Kerusuhan rasial 13-15 Mei 1998 juga, telah menyebabkan eksodusnya ribuan WNI keturunan Tionghoa ke luar negeri dan meninggalkan trauma dan krisis identitas. Sehubungan hal tersebut, Rene Pattiradjawane¹⁵⁵ menguraikan bahwa :

Mereka WNI Keturunan Tionghoa kehilangan bisnis atau rumah mereka bukanlah suatu persoalan, tapi kehilangan moral serta kepercayaan dari rakyat merupakan hal yang tidak bisa diperbaiki dalam 1-2 tahun. Sekalipun tidak ada data meyakinkan yang menunjukkan bahwa kerusuhan itu merupakan sebuah gerakan yang spesifik anti WNI keturunan Tionghoa.

¹⁵⁴ Indradi Kusuma, *Diskriminasi Dalam Praktek* (Jakarta: DPP-FKKB 2002), hlm. 17.

¹⁵⁵ Rene L. Pattiradjawane, "Peristiwa Mei 1998 di Jakarta: Titik Terendah Sejarah Orang Etnis Cina di Indonesia", dalam I. Wibowo (ed.), *Sketsa Pergulatan Etnis Cina di Indonesia* (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama dan Pusat Studi Cina, 2000), hlm. 248.

Mengacu pada definisi Konvensi Penghapusan Diskriminasi rasial, mengatakan¹⁵⁶:

Segala bentuk perbedaan, pengucilan, pembatasan atau pilihan yang didasarkan ras, warna kulit, keturunan, atau asal-usul bangsa, yang memiliki tujuan atau pengaruh menghilangkan atau merusak pengakuan, kesenangan atau pelaksanaan, pada dasar persamaan, hak asasi manusia dan kebebasan yang hakiki di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya atau bidang lain dari kehidupan masyarakat, merupakan diskriminasi rasial.

Semboyan *Bhinneka Tunggal Ika* dalam lambang negara menegaskan bahwa bangsa Indonesia adalah bangsa yang multi kultur. Bangsa yang terdiri dari sejumlah etnis dengan ragam budaya dan karakternya, juga terdiri dari bangsa Indonesia asli yang memiliki latar belakang geografis di wilayah Negara Indonesia dan masyarakat lainnya, yang tidak memiliki latar belakang geografis di wilayah Negara Indonesia yang disahkan dengan undang-undang.

Selanjutnya, Pasal 27 ayat (1) secara tegas dinyatakan bahwa segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya (2) tiap-tiap warga negara berhak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan, Pasal 28 Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan atau tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang; Pasal 28 E ayat (1) setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih

¹⁵⁶ Pasal 1 Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial.

pendidikan dan pengajaran, memilih tempat tinggal memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, di wilayah negara dan meninggalkannya serta berhak kembali; berhak dan wajib ikut serta membela negara; berhak mendapat pengajaran; dan memperoleh manfaat atas bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya. Ditambah sejumlah hak konstitusional lainnya sebagaimana disebut dalam Undang-Undang Dasar yang telah diamandemen. Jadi jelas bahwa konstitusi kita hanya membedakan cara seseorang menjadi warga negara Indonesia. Manakala seseorang menjadi warga negara, maka serta merta mempunyai kewajiban dan hak yang sama sebagaimana diatur oleh konstitusi dan peraturan perundang-undangan tanpa membedakan suku, agama, ras, etnik, dan lain sebagainya.

Kewarganegaraan bukan semata-mata masalah hukum, hak dan kewajiban sebagaimana diatur dalam konstitusi, tetapi juga menyangkut masalah sosial, politik, ekonomi dan budaya. Sehubungan dengan hal tersebut Bryan S. Turner¹⁵⁷, mendefinisikan kewarganegaraan adalah :

...set of practicies (juridical, political, economic and cultural) which define a person as a competent member of society and which as a consequence shape the flow of resources to person and social groups.

Pengakuan sebagai *a competent member of society* merupakan unsur penting untuk membangun eksistensi sosial warganegara. Karena itu, identitas merupakan sesuatu yang

¹⁵⁷ Bryan S. Turner, *Citizenship and social Theory* (Sage Publication), hlm. 2.

hakiki bagi setiap individu, siapapun dia, termasuk dalam hal Warga Negara (WNI) keturunan Tionghoa¹⁵⁸.

Hukum yang dibentuk dalam suatu masyarakat merupakan produk politik dari kelompok sosial yang dominan dalam masyarakat. Artinya, proses pembentukan hukum tidak terlepas dari pengaruh dan kepentingan berbagai kelompok sosial, terutama kelompok sosial dominan¹⁵⁹. Dengan perkataan lain, hukum sudah berpihak pada saat dibentuk.

Jaman Pemerintah Soekarno melalui Peraturan Presiden No. 10 tahun 1959 menetapkan bahwa, semua usaha dagang kecil milik orang asing di tingkat desa tidak diberi izin, setelah tanggal 31 Desember 1959. Tapi, dalam pelaksanaannya ternyata larangan tersebut hanya diberlakukan terhadap WNI keturunan Tionghoa. Pengejaran terhadap WNI keturunan Tionghoa ketika itu adalah juga pelaksanaan dari pengembangan politik anti Tionghoa pada tahun 1956. Konsep pemikiran dari pemerintah mengenai nasionalisasi perusahaan telah sangat meminggirkan usaha WNI Keturunan Tionghoa¹⁶⁰. Indradi Kusuma mencatat kurang lebih 40.000 WNI Keturunan Tionghoa meninggalkan Indonesia dengan menggunakan kapal pemerintah RRT¹⁶¹.

¹⁵⁸ Thung Ju Lan, *Susahnya Jadi Orang Cina: Ke-Cina-an sebagai Konstruksi Sosial*, dalam I. Wibowo, *Op. Cit.*, hlm. 171.

¹⁵⁹ Abdul Hakim Garuda Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, 1998, hlm. 21.

¹⁶⁰ Dicky Lopulalan dan Benjamin Tukan (ed.), *Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial: Panduan bagi Jurnalis* (Jakarta: Lembaga Studi Pers dan Pembangunan Dalam Praktek, hlm. 61-62.

¹⁶¹ Indradi Kusuma, *Diskriminasi Dalam Praktek*, hlm. 5.

Selanjutnya rezim Orde Baru, dengan pertimbangan bahwa dasar negara Pancasila dan Haluan Negara Manipol telah diselewengkan dan dinodai oleh ajaran-ajaran asing yang tidak sesuai dengan kepribadian bangsa dan kenyataan adanya dalam masyarakat warga negara keturunan asing yang mengarah kepada eksklusivisme, menerbitkan Resolusi MPRS No. III/Res/MPRS/1966 tentang Pembinaan Kesatuan Bangsa. Pasal 4 Resolusi ini menyatakan:

Merealisasi dengan konsekuensi larangan perangkapan kewarganegaraan dan mempercepat proses integrasi melalui asimilasi warganegara keturunan asing, dengan menghapus segala hambatan-hambatan yang mengakibatkan yang tidak harmonis dengan warga negara asli.

Proses asimilasi WNI keturunan Tionghoa sebagai usaha memutuskan hubungan dengan leluhur dilakukan, dengan penggantian nama bagi WNI yang memakai Tionghoa;¹⁶² Larangan memperdagangkan dan mengedarkan segala jenis barang cetakan dalam huruf aksara dan bahasa Mandarin;¹⁶³ Pembatasan kegiatan keagamaan;¹⁶⁴ Larangan Pagelaran dalam perayaan hari raya tradisional WNI keturunan Tionghoa di muka umum;¹⁶⁵ Larangan penyelenggaraan sekolah WNI keturunan Tionghoa.

¹⁶² Keputusan Presidium Kabinet No. 127/Kep/12/1996.

¹⁶³ Keputusan Menteri Perdagangan dan Koperasi No. 285/KP/XII/78 *jo* Surat Edaran Dirjen PPG Deppen No. 02./SE/Dirjen-PPG/K/1998.

¹⁶⁴ Instruksi Presiden No. 14/1967 *jo*. Instruksi Mendagri No. 455.2-360 tentang Penataan Klenteng.

¹⁶⁵ Instruksi Presiden (Inpres) Nomor 14 tahun 1967 tentang Agama, Kepercayaan dan Adat istiadat Cina.

Sementara di bidang ekonomi, pemerintahan Soeharto memanfaatkan jaringan bisnis WNI keturunan Tionghoa karena dianggap mapan dan menyebar ke seluruh Indonesia. Sebagai jaminan WNI keturunan Tionghoa mendapat keamanan dan perlindungan atas kehidupan, kepemilikan, dan usahanya. Pemerintahan Soeharto mengeluarkan Surat Edaran tertanggal 7 Juni 1967 tentang “Kebijakan Pokok Penyelesaian Masalah Cina”. Surat edaran tersebut kemudian ditindaklanjuti dengan Keputusan Presiden No. 240 tahun 1967 tentang Kebijaksanaan Pokok yang menyangkut Warganegara Indonesia Keturunan Asing tertanggal 6 Desember 1967. Keppres tidak membedakan WNI keturunan asing dan asli. Pasal 6 Keppres tersebut menegaskan bahwa WNI keturunan asing diberi kesempatan yang sama dalam menggerakkan daya dan dananya di segala bidang untuk mempercepat pembangunan.

Rezim yang berkuasa walaupun telah berganti, tapi kebijakan yang membatasi dan membedakan hak-hak kewarganegaraan dan hak dasar WNI Tionghoa Indonesia terus berlangsung¹⁶⁶. Latar belakang dari pembedaan dan pembatasan tersebut karena kepentingan politik ekonomi penguasa pada waktu itu. Rezim kolonial dan otoritarian dalam menjalankan kekuasaannya telah menerapkan politik ras yang dikemas dalam slogan etis, nasionalisme ataupun pembangunan. Pada akhirnya hukum yang berlaku adalah hukum yang diskriminatif. Akibatnya, lahir sentimen ras dalam kehidupan bernegara. Sehingga, dalam masyarakat yang merupakan bekas jajahan kolonial menyebabkan diskriminasi rasial di Indonesia sebagai masalah struktural¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Dicky Lopulalan dan Benjamin Tukan, *Ibid*, hlm. 65.

¹⁶⁷ *Ibid*, hlm. 66.

Sementara, di masyarakat, rasialisme lebih didorong oleh faktor kesenjangan ekonomi. Bukan karena merasa menjadi ras yang lebih unggul, tapi karena merasa sebagai ras yang lebih berhak. Seperti terungkap dalam sebuah kasus¹⁶⁸ dimana seorang WNI keturunan Tionghoa yang mengalami perampasan. Dalam kejadian tersebut, si perampas berkata, "*Rasain lu! Siapa suruh jadi orang "Cina". Sekarang barang-barang yang lu peroleh dari merampok harta bangsa gue, kite ambil lagi...*". Di samping itu, sikap rasialis juga di sebabkan prasangka-prasangka yang berkembang di dalam masyarakat, seperti halnya menganggap WNI keturunan Tionghoa secara finansial lebih mapan, dalam melakukan usaha menghalalkan segala cara, dapat bertindak sebagai koloni kelima Tiongkok komunis. Selain itu, stereotip bahwa WNI Tionghoa itu hidup secara eksklusif, oportunis, *economic animal*¹⁶⁹, turut memberi kontribusi sikap rasialis.

Adalah hal yang alamiah bila dalam suatu masyarakat pluralis ada kelompok yang rasialis. Kelompok ini ada hampir di setiap negara, sekalipun di negara yang dianggap sudah demokratis. Namun, akan menjadi tidak lazim, bila penguasa atau kelompok kepentingan memanfaatkan sentimen ras untuk kepentingan politik.

Sehubungan dengan hal tersebut, Menurut Ma'arif Jamuin, bahwa :¹⁷⁰

¹⁶⁸ Lihat uraian kasusnya secara lengkap dalam Rizal Bachrun & Bobby Hartanto, *Krisis Identitas diri pada Kelompok minoritas Cina*, dalam I. Wibowo, *Op. Cit*, hlm. 47.

¹⁶⁹ Charles A. Coppel, *Op. Cit*, hlm. 26 dan hlm. 57-58.

¹⁷⁰ Ma'arif Jamuin, *Memupus Silang Sengkarut Relasi Jawa Tionghoa* (Solo: Ciscore, 2001), hlm. 27.

Kekerasan bernuansa etnisitas bukan disebabkan karena pluralitas perbedaan kelompok etnis atau pun fanatisme kesukuan, melainkan akibat kesenjangan ekonomi dan kekerasan politik.

Begitu pula kesimpulan Tim Gabungan Pencari Fakta (TGPF) peristiwa 13-15 Mei 1998. TGPF dalam laporan akhirnya menyimpulkan bawa¹⁷¹ :

“Sebab pokok peristiwa kerusuhan 13-15 Mei 1998 adalah terjadinya persilangan ganda antara dua proses pokok yakni proses pergumulan elit politik yang bertalian dengan masalah kelangsungan kekuasaan kepemimpinan nasional dan proses pemburukan ekonomi moneter yang cepat”.

Sejarah bangsa Indonesia hingga kini mencatat berbagai penderitaan, kesengsaraan, dan kesenjangan sosial yang disebabkan oleh perilaku tidak adil dan diskriminatif atas dasar etnik, ras, warna kulit, budaya, bahasa, agama, golongan, jenis kelamin, pandangan politik dan status sosial lainnya. Perilaku tidak adil dan diskriminatif tersebut merupakan pelanggaran hak asasi manusia, baik yang bersifat vertikal (artinya dilakukan oleh aparat negara terhadap warga negara atau sebaliknya) maupun horizontal (antar warga negara sendiri) dan tidak sedikit yang masuk dalam kategori pelanggaran hak asasi manusia yang berat (*gross violation of human rights*)¹⁷².

¹⁷¹ Sebagaimana dikutip Rene L. Pattiradjawane, dalam *Op. Cit*, hlm. 248.

¹⁷² Andreas Pardede, *Antara Prasangka dan Realita, Telaah Kritis Wacana Anti Cina di Indonesia*, Pustaka INSPIRASI bekerjasama dengan Centre for Advocacy and Study of Human Rights (CASH) &

Masyarakat Indonesia yang mempunyai sifat pluralistik tidak bisa hanya diserahkan dan dibiarkan sendiri masyarakatnya berjalan begitu saja. Pemerintah dalam hal ini harus berperan serta menciptakan dan mendorong menuju masyarakat yang bersifat pluralistik. Hal tersebut bisa dilakukan melalui suatu langkah konstitusi yaitu melalui pembuatan perundang-undangan yang bersifat nondiskriminatif dan mencabut beberapa peraturan perundang-undangan yang bersifat diskriminatif.

Upaya menciptakan berbagai peraturan perundang-undangan yang bersifat nondiskriminatif dan mencabut peraturan yang bersifat diskriminatif saja tidak cukup. Pemerintah seharusnya mengawasi aparatnya yang mengemban pelaksanaan perundang-undangan tersebut.

Sampai saat ini belum ada undang-undang yang mengatur catatan sipil secara Nasional. Pengaturan catatan sipil tersebar diberbagai peraturan perundang-undangan yang berlaku atas dasar Aturan Peralihan UUD 1945, maupun produk hukum Pemerintah Nasional¹⁷³. Plural karena ada 2 (dua) kelompok peraturan, yaitu pendaftaran penduduk dan catatan sipil. Diskriminatif karena pemberlakuannya berdasarkan pada perbedaan suku, agama dan keturunan¹⁷⁴. Padahal produk hukum nasional yang berkaitan dengan catatan sipil tersebar diberbagai ketentuan, seperti kewarganegaraan, perkawinan, perubahan nama, imigrasi,

Centre for Advocacy and Study of Economics (CASE), Jakarta, 2000, hlm. 60.

¹⁷³ Lihat Penjelasan Rancangan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor...Tahun 2004, tentang Catatan Sipil.

¹⁷⁴ *Ibid*, hlm. 12.

masing-masing parsial (berhubungan atau merupakan bagian dari keseluruhan) dan tidak cukup memberikan dasar bagi penyelenggaraan catatan Sipil¹⁷⁵.

Seorang WNI keturunan Tionghoa yang sudah sah secara hukum menjadi warganegara Indonesia, seharusnya mendapat perlakuan yang sama seperti warganegara Indonesia lainnya di semua bidang, baik dalam bentuk normatif (hukum) maupun dalam pelaksanaannya (*applied*).

Proses pencatatan sipil seorang warga negara Indonesia terdiri dari dua belas peristiwa penting, yaitu: kelahiran, lahir mati, kematian, perkawinan, pembatalan perkawinan, perceraian, pengangkatan anak, pengakuan anak, pengesahan anak, perubahan nama, perubahan jenis kelamin, dan perubahan kewarganegaraan¹⁷⁶. Permasalahan mendasar yang terkait dalam penyelenggaraan pencatatan sipil, yaitu aspek hukum, kelembagaan, mekanisme, sumber daya aparatur, data, dan kesadaran masyarakat akan manfaat akta.

Undang-undang yang mengatur tentang pencatatan sipil sebagai satu kesatuan hukum nasional sampai saat ini belum memadai. Pengaturan pencatatan sipil diatur secara tersebar diberbagai peraturan perundang-undangan baik produk pemerintahan Hindia Belanda (*kolonial*) yang berlaku berdasarkan Aturan Peralihan UUD 1945, maupun produk hukum Pemerintah Indonesia (Hukum Positif)¹⁷⁷.

Peraturan perundang-undangan pencatatan sipil yang sekarang berlaku, pada awalnya diberlakukan oleh

¹⁷⁵ *Ibid*, hlm. 13.

¹⁷⁶ *Ibid*, hlm. 11.

¹⁷⁷ *Ibid*, hlm. 15.

Pemerintah Hindia Belanda berdasarkan Pasal 163 ayat (1) *Indische Staatsregeling (I.S)*, peraturan perundang-undangan dimaksud bersifat plural diskriminatif, karena ada dua kelompok peraturan, yaitu pendaftaran penduduk dan pencatatan sipil. Diskriminatif karena pemberlakuannya berdasarkan pada perbedaan suku bangsa, agama maupun status sosial (*Staatsblad* 1849 Nomor 25, *Staatsblad* 1917 Nomor 130, *Staatsblad* 1920 Nomor 751 dan *Staatsblad* 1933 Nomor 75). Untuk pribumi diberlakukan pendaftaran penduduk berdasarkan sistem tripliket, diselenggarakan di Kantor Desa/Kelurahan, untuk golongan Eropa, Timur Asing/Tionghoa, Penduduk beragama Kristen, peristiwa kependudukannya dicatatkan pada Kantor Catatan Sipil dengan sistem Akta¹⁷⁸.

Praktek diskriminasi yang sampai saat ini terjadi adalah merupakan warisan dari kolonial Belanda, yang ingin menguasai dan memecah belah bangsa Indonesia. Oleh sebab itu, Belanda mempergunakan politik *divide et imperanya* yaitu politik mengadu domba satu golongan dengan golongan lainnya.

Adanya peraturan tersebut telah melahirkan diskriminasi kependudukan dalam pelayanan catatan sipil, pembuatan paspor, dokumen resmi serta administrasi kependudukan.

Nasib WNI keturunan Tionghoa di Indonesia seperti warga negara tanpa kewarganegaraan. Hampir di setiap aspek kehidupan mengalami kesulitan langsung, seperti pengurusan akte kelahiran, akte pernikahan bahkan kematian

¹⁷⁸ *Ibid*, hlm. 16.

mengharuskan dilampirkannya Surat Bukti Kewarganegaraan Republik Indonesia (SBKRI) dan Surat Keterangan Melepaskan Kewarganegaraan (SKMK) Republik Rakyat Tiongkok (RRT). Artinya dokumen-dokumen tersebut menjadi syarat mutlak bagi WNI keturunan Tionghoa untuk membuktikan bahwa ia adalah benar-benar seorang Warga Negara Indonesia.

Pada tataran normatif masalah tentang SBKRI sudah selesai dengan dikeluarkannya Keputusan Presiden (Keppres) No.56 Tahun 1996 tentang Bukti Kewarganegaraan Republik Indonesia, Instruksi Presiden (Inpres) No. 4 Tahun 1999 tentang Pelaksanaan Bukti Kewarganegaraan Republik Indonesia dan Instruksi Presiden (Inpres) No.26 Tahun 1998 tentang Instruksi agar semua Instansi Pemerintah Memberikan Layanan yang sama.

Surat Bukti Kewarganegaraan Indonesia diatur dalam Inpres No. 2 Tahun 1980, dan Keputusan Presiden Kepres No. 13 Tahun 1980 tentang Tata Cara Penyelesaian Permohonan Pewarganegaraan Republik Indonesia, tidak menyebutkan secara khusus terhadap etnis Tionghoa. Dalam Inpres dan Kepres menyebutkan tentang warga negara asing. Tetapi dalam pelaksanaannya orang asing yang dimaksud oleh aparat pemerintah adalah WNI keturunan Tionghoa.

Padahal WNI keturunan Tionghoa yang sudah berjasa mengharumkan nama Bangsa Indonesia, khususnya dalam cabang olah raga bulutangkis, seperti Tan Joe Hok (Juara All England 1959, Medali Emas pada Asian Games 1962 dan merebut Piala Thomas pada tahun yang sama), Alan Budikusuma, Evana Lie, Susi Susanti, Hendrawan dan banyak

lagi nama pebulutangkis WNI Keturunan Tionghoa yang sudah mengharumkan nama Bangsa Indonesia.

Walaupun SBKRI tersebut sudah dicabut WNI keturunan Tionghoa masih harus diwajibkan memiliki SBKRI apabila mereka membuat dokumen-dokumen catatan sipil seperti misalnya mengurus paspor, akte kelahiran, akte perkawinan dan sebagainya, harus terlebih dahulu menunjukkan SBKRI tersebut.

Sekjen PBB Kofi Annan¹⁷⁹ dalam sambutannya pada ulang tahun PBB ke-51 tgl 9 Desember 1999, mengakui bahwa praktek diskriminasi Rasial masih terjadi di belahan dunia, termasuk juga di Indonesia. Kofi Annan mengatakan:

“Bahwa diskriminasi rasial menjadi ancaman utama perdamaian dunia. Dalam berbagai kasus seperti pecahnya konflik di Eropa, Afrika, di Asia, juga di Indonesia, perbedaan menjadi alasan terjadinya peperangan yang mengorbankan nyawa dan harta benda yang tak terkira”.

Walaupun Indonesia sudah meratifikasi Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial (PSBDR) dengan Undang-Undang No.29 Tahun 1999, praktek diskriminasi masih terjadi. Akan tetapi dalam pelaksanaannya tidak berlaku efektif.

Semestinya warga negara yang sah menjadi warga negara Indonesia tidak boleh diperlakukan diskriminatif. Dengan berbagai persyaratan-persyaratan khusus lainnya,

¹⁷⁹ Dicky Lopulalan, *Konvensi Internasional tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial ;(Panduan Jurnalis) / penulis*, Lembaga Studi Pers dan Pembangunan (LSSP), Jakarta, 2000, hlm. 4.

yang bertentangan dengan UUD 1945, tetapi kenyataannya hal tersebut masih tetap berlangsung, terbukti dengan masih digunakannya berbagai peraturan yang bersifat diskriminatif.

Diskriminasi yang terjadi sampai saat ini bukan tumbuh dengan sendirinya secara alamiah. Karena, tidak mungkin seseorang dilahirkan serta merta anti WNI keturunan Tionghoa atau anti suku-suku lainnya, juga tidak mungkin sebuah negara menjalankan kebijakan-kebijakan rasial hanya karena negara memang menginginkannya.

Rasisme anti WNI keturunan Tionghoa, bukan hanya terjadi dalam sebuah prasangka, stigma, dan konflik-konflik kekerasan. Rasisme anti WNI keturunan Tionghoa juga bekerja dalam kerangka vertikal, dalam hubungannya dengan kekuasaan Negara, yakni produk-produk hukum, politik dan kebijakan yang mendiskriminasi WNI Keturunan Tionghoa¹⁸⁰.

Kerusuhan Mei 1998 dapat dijadikan contoh akibat dari akumulasi rasialisme yang secara diam-diam ada dikebanyakan masyarakat Indonesia, sekaligus menjadi peristiwa yang dapat dijadikan salah satu contoh peran pemerintah dalam menanggapi diskriminasi rasial. Dalam kerusuhan Mei tersebut Sosiolog Loekman Soetrisno¹⁸¹, pernah menengarai bahwa :

“Gejala tersebut lantaran masyarakat Indonesia telah diasosiasikan oleh pemimpin-pemimpin formal mereka bahwa semua orang Tionghoa jahat. Mereka adalah pengisap

¹⁸⁰ Asri Oktavianty (et al), *Reformasi Hukum Terhadap Kebijakan Diskriminasi Ras dan Etnis di Indonesia*, Solidaritas Nusa Bangsa, Jakarta, 2003, hlm. 2.

¹⁸¹ *Ibid*, hlm. 75.

darah rakyat, tidak setia pada negara Indonesia, serta kepada negara leluhur mereka, dan sebagainya”.

Senada dengan hal tersebut di atas Esther I. Jusuf dari Solidaritas Nusa Bangsa (SNB) menyatakan:

“Bahwa diskriminasi ras tetap saja bercokol di negeri yang punya semboyan Bhinneka Tunggal Ika, karena itu, kami menyerukan penghapusan diskriminasi ras di mana pun dan kepada siapapun”¹⁸².

Literatur demokrasi standar dewasa ini menyebutkan bahwa demokratisasi bergerak dari pembusukan sebuah rejim otoriter, melewati masa transisi menuju konsolidasi dan akhirnya mengarah ke pematangan¹⁸³. Berkaitan dengan wacana transisi, Guillermo O’Donnell dan kawan-kawan pernah melakukan studi mendalam tentang fenomena transisi demokrasi yang terjadi di Amerika Latin dan Eropa Selatan, yang menghasilkan karya mereka *Transitions From Authoritarian Rule* (1986)¹⁸⁴. Secara sederhana mereka menjelaskan transisi sebagai interval waktu antara satu rejim politik dan rejim politik lainnya. **Secara lebih detail**, Juan Linz dan Alfred Stepan merumuskan bahwa transisi demokrasi

¹⁸² *Ibid*, hlm. 73.

¹⁸³ Gerry Van Klinken, *Bagaimana Sebuah Kesepakatan Demokratis Tercapai*, dalam: Arief Budiman *Harapan dan Kecemasan: Menatap Arah Reformasi Indonesia*, BIGRAF Publishing, 2000, hlm. 74.

¹⁸⁴ Lihat Guillermo O’Donnell, et al, *Transitions from Authoritarian Rule*, Baltimore: Te John Hopkins University Press, 1986, diterjemakan menjadi *Transisi Menuju Demokrasi*, empat jilid, LP3ES, Jakarta, 1993, hlm. 6.

merupakan interval waktu antara rejim non-demokratis (*otoriter*) menuju ke **rejim** pemerintahan yang demokratis, yaitu pemerintahan yang dipilih melalui pemilu demokratis pemerintahannya secara *de facto* memiliki kewenangan menghasilkan kebijakan-kebijakan baru, dan kekuasaan eksekutif, legislatif, dan yudikatif secara *de jure* dihasilkan melalui sistem demokrasi yang baru. Dalam pandangan O'Donnell, proses transisi demokrasi mencakup tahap liberalisasi politik dan tahap demokratisasi, untuk kemudian tercipta kondisi konsolidasi demokrasi. Liberalisasi berjalan terlebih dahulu, untuk kemudian dilanjutkan dengan demokratisasi. Atau sebaliknya, bisa demokratisasi lebih dahulu lalu dilanjutkan dengan liberalisasi politik. Liberalisasi politik hanya mencakup perluasan serta perlindungan hak-hak kebebasan individu atau kelompok dari kesewenang-wenangan negara ataupun kelompok lain. Sementara demokratisasi harus mencakup perubahan struktur pemerintahan otoriter, serta adanya pertanggungjawaban dari pemerintahan sebelumnya. Sementara konsolidasi demokrasi dimaknai sebagai ujung atau muara dari transisi demokrasi yang dicirikan oleh berfungsinya rejim politik baru hasil pemilu demokratis secara terlembaga¹⁸⁵.

Titik kritis inilah yang perlu diawasi dan diwaspadai sebab banyak kalangan menduga bahwa proses *liberalisasi politik* yang sekarang terjadi bukan merupakan suatu hasil perjuangan sinergi antara kekuatan *civil society*¹⁸⁶ dengan

¹⁸⁵ *Ibid*, hlm. 6.

¹⁸⁶ Hasil Penelitian CESDA-LP3ES tentang "Problem Transisi di Indonesia, tahun 2001-2002 di Aceh, Papua, Jakarta, Sulawesi Selatan, Kalimantan Timur, Bali, memperkuat gejala tersebut. Situasi ini jelas membayakn bagi proses transisi demokrasi. Bisa jadi

kekuatan *political society*, serta dukungan kekuatan profesional atau pemodal. Tapi ini terjadi semata-mata dampak dari kejatuhan rejim Soeharto yang telah berkuasa selama tiga dasawarsa lebih. Parahnya, sampai saat ini belum ada agenda politik transisional jelas dan terukur, yang merupakan hasil kerjasama masyarakat sipil dengan kekuatan masyarakat politik dalam rangka menuju konsolidasi demokrasi. Terutama menyangkut isu mendasar transisi seperti rekonsiliasi nasional, amandemen UUD, penindakan terhadap pelanggaran HAM, demiliterisasi, serta isu lainnya. Proses ketidakjelasan ini, terbukti dengan jatuhnya pemerintahan Abdulrahman Wahid, padahal pemerintahan ini sedang serius mengisi proses transisi. Bahkan tahap demi tahap setidaknya telah menuai hasil meskipun belum begitu optimal, seperti mendorong rekonsiliasi korban peristiwa 1965, demiliterisasi, amandemen UUD 1945, supremasi sipil, pengadilan pengadilan lama. Sayangnya proses ini diinterupsi di tengah jalan. Pupuslah harapan proses demokratisasi dan liberalisasi berjalan beriringan. Dampaknya, semakin jauh cita-cita pencapaian konsolidasi demokrasi di masa transisi. Militer masih melakukan kontrol penuh terhadap proses politik yang dikawal oleh sipil, bahkan ada kecurigaan militer sedang menjalankan skenario negara protetarian,¹⁸⁷ pemerintahan

proses ini berbalik arah jarum jam ke arah kekuasaan otoriter kembali. Hasil riset telah diseminarkan (belum diterbitkan).

¹⁸⁷ Menurut Amos Perlmutter, ada tiga model *pretotarianisme modern*, yaitu: (1) *otokrasi*; model ini dianggap sebagai bentuk tirani militer yang sederhana. Pemerintahan oleh satu orang di dalam sistem kekuasaan pribadi yang tidak dibatasi terwujud di dalam penguasa tertinggi. (2) *oligarki*; mengacu pada pemerintahan oleh segelintir orang, badan eksekutif, terutama terdiri dari perwira militer, (3) *otoriter*; ditandai oleh pemerintahan *militer fusionis-sipil*.

sipil dalam kendali penuh militer. Situasi ketidakpastian ini oleh Samuel Huntington disebut *pola transisi siklus*, di mana negara tersebut secara berseling sistem otoriter, demokrasi, lalu kembali ke otoriter. Pendulum transisi bergerak ke arah otoritarianisme gaya baru¹⁸⁸.

Perubahan terbesar pencabutan praktek-praktek diskriminasi, sebenarnya ada pada pemerintahan Abdurahman Wahid, saat mencabut Inpres No.14 tahun 1967, yang isinya melarang segala yang berbau WNI keturunan Tionghoa di bumi Indonesia, seperti agama, kepercayaan, ekspresi seni dan kebudayaan bahkan sastra Inpres tersebut kemudian diganti dengan Keppres No.6 tahun 2000, yang memberikan kebebasan dan peluang sebesar-besarnya pada WNI keturunan Tionghoa untuk berekspresi, seperti diperbolehkannya perayaan Tahun Baru Imlek, Barongsai, Cap Gomeh dan Festival Peh Cun. Semua tradisi itu kembali marak dan mewarnai kehidupan budaya Indonesia. Untuk pertama kalinya perayaan Imlek bisa dilakukan secara terbuka, tanpa sembunyi-sembunyi¹⁸⁹

Situasi liberalisasi politik ini mestinya harus ditindaklanjuti secara serius oleh komunitas WNI keturunan Tionghoa dengan cara melibatkan diri dalam proses pengisian

Kekuasaan pemerintah, sekalipun secara politis tidak dibatasi, namun merupakan koalisi pemerintahan militer dan sipil. Hanya sedikit atau bahkan tidak ada kontrol politik ekstern. Dalam bukunya: *Militer dan Politik* (Jakarta: Raja Grafindo, 2000), hlm. 143.

¹⁸⁸ Samuel Huntington, *Gelombang Demokratisasi Ketiga*, Grafiti Pers, Jakarta, 1997, hlm. 51-52.

¹⁸⁹ Yusu Liem, *Prasangka Terhadap Etnik Cina: Sebuah Intisari*, dalam: *Evaluasi 33 tahun di bawah Rejim Soeharto*, Penerbit Jambatan, Jakarta, 2000, hlm. 80.

agenda transisi demokrasi dalam rangka konsolidasi demokrasi. Siapapun, pokoknya dari kalangan WNI keturunan Tionghoa, apakah aktivitas partai politik, LSM, atau para pengusahanya. Harus ada pembicaraan serius di antara mereka, untuk mendorong lahirnya *blue print* gerakan mereka di dalam memperjuangkan pembebasan praktek diskriminasi. Secara umum, gerakan mereka harus dinisbatkan pada gerakan semesta perjuangan demokratisasi yang saat ini sedang giat dilakukan oleh para pejuang demokrasi. Dengan kata lain, pada situasi transisional seperti ini, mereka harus lebih aktif mengambil peranan serta memberikan andil yang besar bagi tegaknya demokrasi dan demokratisasi,¹⁹⁰ tidak harus menunggu kebijakan dari negara¹⁹¹.

Munculnya demokrasi, berdampak bahwa perlawanan antara etnis tidak akan diperuncing karena semua golongan bisa memperjuangkan hak-hak masing-masing.

¹⁹⁰ Lihat makalah Leo Suryadinata, berjudul “Pemikiran Politik Minoritas Tionghoa di Indonesia”, di sampaikan dalam seminar LP3ES, “Kebijakan Pemerintah Terhadap Tionghoa di Indonesia”, 27 Agustus 1998.

¹⁹¹ Pada masa pemerintahan Habibie, pernah dikeluarkan sebuah paket kebijakan, yaitu: Instruksi Presiden No. 26/1998 tentang Penghentian Penggunaan Istilah Pribumi dan Nonpribumi untuk membedakan penduduk WNI Keturunan Tionghoa dengan warga Indonesia pada umumnya. Kebijakan ini cukup signifikan bagi pengakuan serta persamaan dalam praktek penyelenggaraan birokrasi. Lihat tulisan Jimly Asshidiqie, “Kewarganegaraan Republik Indonesia”, dalam Soelistyowati Soegondo dan Samuel Nitisaputra (ed.), *Diskriminasi Warga Negara dan Hak Asasi Manusia: Bunga Rampai Wacana Kewarganegaraan Dalam Beragam Perspektif dan Interdisipliner*, GANDI, Jakarta, 2000.

Dalam alam demokrasi, HAM, termasuk hak asasi WNI keturunan Tionghoa akan dijunjung tinggi. Jadi WNI keturunan tidak akan dipaksa meleburkan diri menjadi pribumi. Demokrasi bukan saja akan terjadi dalam bidang politik, tetapi juga dalam bidang kebudayaan dan ekonomi. Pribumi yang ekonominya lemah dengan sendirinya akan menguat dan mereka akan sama-sama mendapatkan perkembangan ekonomi secara bersama-sama. Oleh karena itu, strategi yang hanya bergantung pada elit kekuasaan, dengan membangun *patronase* bisnis, sama sekali tidak menguntungkan bagi eksistensi politik dan ekonomi WNI keturunan Tionghoa. Pengalaman menunjukkan bahwa cara *patronase* bisnis yang diterapkan Soeharto kepada kalangan konglomerat, justru menimbulkan budaya KKN yang sangat akut dan susah sekali diberantas.

VI

MASALAH EUTANASIA DALAM KONTEKS HAM DI INDONESIA

1. Pengertian Eutanasia

Eutahansia berasal dari kata Yunani “*euthanatos*”, yang terbentuk dari kata *eu* berarti “baik” dan *thanatos* yang berarti mati¹⁹². Jadi, eutanasia artinya mengakhiri kehidupan seseorang dengan mudah dan baik. Seorang Romawi Suetonis, dalam bukunya “*Vita Ceasarum*” mengatakan bahwa eutanasia berarti “mati cepat tanpa derita”¹⁹³. Adapun menurut filsuf Philo (50-20 SM) eutanasia merupakan mati dengan tenang dan baik. Setelah masuknya ajaran agama, eutansia mulai dipermasalahkan dan diperdebatkan. Seorang pendeta St.

¹⁹² Muhammad Asad, dalam Abul Fadl Mohsin Ebrahim, Kloning, eutanasia, transfusi darah....*Op.Cit*, hlm. 148. Lihat juga F. Tengker, *Mengapa Euthanasia? Kemampuan Medis & Konsekwensi Yuridis*, Nova, Bandung, 1990, hlm. 5. Bandingkan dengan Tarmizi Taher, secara harafiah Euthanasia terdiri dari dua kata: *eu* dan *thanasia*. *Eu* berarti “baik. dan *thanasia* berarti “mati”, Tarmizi Taher, *Op.Cit*, hlm. 77.

¹⁹³ Fred Ameln, *Tanggung Jawab Yuridis dan Profesional dalam Bidang Pemeliharaan Kesehatan*, Pusat Studi Hukum Unpar, Bandung, 1986, hlm. 23.

Thomas misalnya, mengatakan bahwa eutanasia adalah bentuk pengakhiran hidup yang penuh sengsara secara bebas dan dengan berhenti makan atau dengan minum racun yang membinasakan¹⁹⁴.

Kata *eutanasia* juga didefinisikan sebagai “pembunuhan dengan belas kasih” terhadap orang sakit, luka-luka, atau lumpuh yang tidak memiliki harapan sembuh. Eutanasia juga didefinisikan pula sebagai pencabutan nyawa – dengan sebisa mungkin dengan tidak menimbulkan rasa sakit – seorang pasien yang menderita penyakit parah dan mengalami kesakitan yang sangat menyiksa¹⁹⁵.

Dalam beberapa istilah, kata *eutanasia* dijumpai dalam beberapa kamus seperti:

1. Bahasa Indonesia¹⁹⁶, Eutanasia adalah:

“Tindakan mengakhiri dengan sengaja kehidupan makhluk (orang ataupun hewan piaraan) yang sakit berat atau luka parah dengan kematian yang tenang dan mudah atas dasar perikemanusiaan”.

2. Dalam Kamus Ilmiah Populer, Eutanasia adalah¹⁹⁷:

¹⁹⁴ Uum Humaerah, “*Euthanasia dalam Hukum Pidana*”, Artikel, Suara Karya, 21 Januari 1997, dikutip dari Petrus Yoyo Karyadi, *Op.Cit*, hlm. 26.

¹⁹⁵ Abul Fadl Mohsin Ebrahim, *Kloning, eutanasia, transfusi darah...Ibid*, hlm. 148.

¹⁹⁶ *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Ketiga, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Balai Pustaka, Jakarta, 2001, hlm, 310.

¹⁹⁷ Widodo, *Kamus Ilmiah Populer*, Absolut, Yogyakarta, 2002, hlm. 142.

“Tindakan pembunuhan secara medis terhadap si penderita berat (agar penyakit yang dideritanya terlupakan semua)”.

3. Dalam *Black's law Dictionary*¹⁹⁸, dijelaskan pengertian dan bentuk-bentuk *euthanasia*. *Euthanasia* adalah:

“The act or practice of killing or bringing about the death of a person who suffers from an incurable disease or condition, esp. a painful one, for reasons of mercy. Euthanasia is sometimes regarded by the law as second degree murder, manslaughter, or criminally negligent homicide. – also termed mercy killing. – euthanasia”..

a. *Active Euthanasia: Euthanasia performed by a facilitator (usu. A physician) who not only provides the means of death but also carries out the final death causing act.*

b. *In voluntary euthanasia. Euthanasia of a competent, consenting person.*

c. *Non voluntary euthanasia. Euthanasia of an incompetent, and therefore non consenting, person.*

d. *Passive euthanasia. The act of allowing a terminally ill person to die by either with holding or with drawing life – sustaining support such as a respirator or feeding tube.*

e. *Voluntary euthanasia. Euthanasia performed with the terminally ill person's consent.*

4. Dalam *Advanced Learner's Dictionary*¹⁹⁹:

Euthanasia “The practice (illegal in most countries) of killing without pain a person who is suffering from a disease that cannot be cured)

¹⁹⁸ *Black's law Dictionary*, Bryan A. Garner, editor in chief, Seventh edition, West Group, USA, 1999, hlm. 575.

¹⁹⁹ *Advanced Learner's Dictionary*, AS Hornby, edited by Sally Wehmeier, Sixth Edition, Oxford University Press, 2000, P. 428.

5. Dalam kamus bahasa Inggris, *euthanasia* adalah tindakan mematikan orang untuk meringankan penderitaan sekarat²⁰⁰

6. Dalam kamus Amerika Serikat, *euthanasia* adalah Pembunuhan yang disahkan oleh hukum: misalnya karena si penderita tak mungkin disembuhkan, dan akan tersiksa sampai mati²⁰¹.

Adapun menurut *Gezondheidsraad* Belanda, eutanasia adalah perbuatan yang dengan sengaja memperpendek hidup ataupun dengan sengaja tidak berbuat untuk memperpanjang hidup demi kepentingan pasien oleh seorang dokter atau bawahannya yang bertanggung jawab padanya.²⁰² Sedangkan menurut pendapat van Hattum²⁰³, eutanasia adalah sikap mempercepat proses kematian pada penderita-penderita penyakit yang tidak dapat disembuhkan, dengan melakukan atau tidak melakukan suatu tindakan medis, dengan maksud untuk membantu korban menghindarkan diri dari penderitaan dalam menghadapi kematiannya dan untuk membantu keluarganya menghindarkan diri melihat penderitaan korban dalam menghadapi saat kematiannya.

Sejak abad ke-19, terminologi eutanasia dipakai untuk menyatakan penghindaran rasa sakit dan peringanan pada umumnya bagi yang sedang menghadapi kematian dan

²⁰⁰ John M. Echols dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1990, hlm. 219.

²⁰¹ I.P.M Ranuhandoko, *Terminologi hukum Inggris-Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2000, hlm. 263.

²⁰² Petrus Yoyo Karyadi, *Op.Cit*, hlm. 27

²⁰³ Lamintang, *Delik-delik Khusus*, Bina Cipta, Bandung, 1986, hlm. 67

pertolongan dokter. Pemakaian terminologi eutanasia ini mencakup 3 (tiga) katagori, yaitu²⁰⁴:

a. Pemakaian secara Sempit

Secara sempit eutanasia dipakai untuk tindakan menghindari rasa sakit dari penderitaan dalam menghadapi kematian. Dalam hal ini eutanasia berarti perawatan dokter yang bertujuan untuk menghilangkan penderitaan yang dapat dicegah sejauh perawatan itu tidak bertentangan dengan kaidah-kaidah hukum, etika atau adat yang berlaku.

b. Pemakaian secara Lebih Luas

Secara lebih luas, terminologi eutanasia dipakai untuk perawatan yang menghindarkan rasa sakit dalam penderitaan dengan resiko efek hidup diperpendek.

c. Pemakaian paling luas

Dalam pemakaian yang paling luas ini, eutanasia berarti memendekkan hidup yang tidak lagi dianggap sebagai *side effect*, melainkan sebagai tindakan untuk menghilangkan penderitaan pasien.

Dengan demikian, dalam pengertian eutanasia yang sangat beragam, maka eutanasia itu mencakup²⁰⁵:

- a. Kematian dengan cara memasukkan obat dengan atau tanpa permintaan eksplisit dari si pasien;
- b. Keputusan untuk menghentikan perawatan yang dapat memperpanjang hidup pasien dengan tujuan mempercepat kematiannya;
- c. Penanggulangan rasa sakit dengan cara memasukkan obat bius dalam dosis besar, dengan

²⁰⁴ Petrus Yoyo Karyadi, *Op.Cit*, hlm. 26.

²⁰⁵ Abul Fadl Mohsin Ebrahim, *Kloning, eutanasia, transfusi darah...Op.Cit*, hlm. 148.

mempertimbangkan timbulnya resiko kematian, tetapi tanpa ada niat eksplisit untuk menimbulkan kematian pada si pasien;

d. Pemberian obat bius dalam jumlah yang overdosis atau penyuntikan cairan yang mematikan dengan tujuan mengakhiri hidup si pasien.

2. Sejarah Eutanasia

Pada zaman Yunani, penganut paham Stoa (abad ke-3 sebelum Masehi) berkeyakinan bahwa hak atas kehidupan mencakup juga hak untuk mengakhiri kehidupan sendiri. Mazhab Stoa beranggapan apabila hidup manusia sudah tidak berpotensi lagi atau sudah tidak ada gunanya lagi untuk hidup, maka lebih baik melakukan bunuh diri (*suicide*)²⁰⁶.

Eutanasia pada hakekatnya bukan merupakan gejala modern, tetapi sudah ada sejak ribuan tahun yang lalu. Namun istilah eutanasia sendiri tidak dikenal dalam hukum Belanda. Kelompok Kerja Eutanasia Pusat Studi Katolik di Nijmegen Belanda mengemukakan bahwa istilah eutanasia dipopulerkan oleh penyair komedian Kratinos (484-421 SM) dalam tulisannya yang tergolong karya klasik Yunani Kuno. Pengertian eutanasia pada saat itu ditafsirkan secara luas sekali²⁰⁷.

Setelah abad pertengahan, kata eutanasia kembali dipergunakan oleh ahli filsafat Prancis, Bacon (1561-1626) dalam karyanya "*Novum Organon*". Bacon mengartikan eutanasia sebagai "kematian tuna rasa" atau tanpa rasa sedikitpun, tetapi dengan tambahan bahwa adalah tugas dokter guna menyelenggarakan kematian seperti itu. Setelah

²⁰⁶ Petrus Yoyo Karyadi, *Op.Cit*, hlm. 10.

²⁰⁷ F. Tengker, *Mengapa Eutanasia...*, *Op.Cit*, hlm. 77.

tahun 1870 diskusi mengenai eutanasia menghangat dan menimbulkan pro dan kontra. Di Jerman misalnya, filsuf Schopenhauer menulis, bahwa rasa belas dan kasihan merupakan sumber moral kesusilaan²⁰⁸.

Seorang ahli sosiologi, Jost (1855) juga telah memberikan ulasan tentang hak atas pengakhiran kehidupan. Bahkan tidak sedikit ahli hukum yang dengan gigih memperjuangkan pengurangan dan peringan hukuman atas pembunuhan yang dilakukan atas permintaan. Demikian juga aliran sosial-darwinisme yang menghalalkan dan menerapkan teori Darwin tentang perjuangan untuk eksistensi dan jenis kehidupan individu dalam pergaulan hidup manusia. Aliran ini merupakan penganjur utama “Higiena Ras” dan seleksi alami, yang antara lain menyebutkan peperangan sebagai sarana dan wahana memperkuat dan menegakan pemuliaan ras. Para orang sakit dan penyandang cacat serta pelbagai penderita kelemahan fisik harus ditutup peluang dan kemungkinan untuk hidup²⁰⁹.

Aliran sosial-darwinisme ini pula yang menjadi paham “*Dritte Reich*” bagi kaum Nazi Jerman, yakni periode paling buruk dalam sejarah peradaban manusia. Pada saat itu, eutanasia mengalami pendeskriditan yang luar biasa. Bukan hanya berjuta-juta kaum Yahudi yang telah dimusnahkan, melainkan juga orang-orang yang oleh kaum Nazi Jerman dianggap rendah derajatnya: orang Zanggi (*zigeuners*), homofilia, orang lemah ingatan dan manusia jompo yang dirundung demensia, disingkirkan begitu saja dari pergaulan hidup. Di dalam kekacauan sejarah itu, juga menimbulkan kerancuan bahasa yang ditimbulkan atas arti eutanasia

²⁰⁸ *Ibid*

²⁰⁹ *Ibid*

sebenarnya. Padahal sama sekali tidak ada sangkut pautnya makna eutanasia dengan praktik-praktik ganas periode tersebut. Kejadian “eutanasia” tersebut berlangsung tanpa suka rela dan sama sekali dan diluar kehendak yang bersangkutan. Peristiwa itu juga tidak disebabkan oleh dorongan batin berupa rasa belas kasihan, akan tetapi disulut oleh kepentingan hukum pemegang kekuasaan. Ini lebih pantas disebut maltanasia atau mati tidak layak atau pemusnahan/pembunuhan suku bangsa (genosida)²¹⁰.

Selanjutnya di Inggris gerakan eutanasia dimulai tahun 1935, ketika parlemen Inggris menolak proposal “eutanasia secara sukarela” (*voluntary euthanasia*) untuk para pasien dewasa yang menderita sakit berat yang secara medis tidak dapat disembuhkan. Belanda adalah negara pertama di dunia kini “mentolerir” tindakan eutanasia. di sisi lain, *Amerika Medical Association* di USA merupakan oposisi yang kuat terhadap gerakan *doctor-assisted suicide*. Kendati demikian, hasil survei menunjukkan bahwa 50%-60% dari para dokter di AS menyetujui legalisasi eutanasia.²¹¹

3. Berbagai Bentuk Eutanasia

Franz Magnis Suseno²¹² membedakan empat arti eutanasia, yakni sebagai berikut:

Euthanasia Murni

Adalah usaha untuk meringankan kematian seseorang tanpa memperpendek hidupnya. Di situ termasuk semua

²¹⁰ *Ibid*, hlm. 77-78

²¹¹ Imam Hilmawan, *Op.Cit*, hlm. 20.

²¹² Franz Magnis Suseno, “*Euthanasia dan Pertanggungjawaban Etis*”, makalah pada Simposium Euthanasia, Jakarta: *Higina* 24 November 1984, hlm. 4.

usaha perawatan dan pastoral agar yang bersangkutan dapat mati dengan “baik”.

Euthanasia pasif

Adalah kalau tidak dipergunakan semua kemungkinan teknik kedokteran yang sebetulnya tersedia untuk memperpanjang kehidupan.

Euthanasia Tidak Langsung

Adalah usaha memperingan kematian dengan efek sampingan bahwa pasien barangkali meninggal dalam waktu yang lebih cepat. Di sini termasuk pemberian segala macam obat narkotik, hipnotika, dan anelgetika yang barangkali secara *de facto* dapat memperpendek kehidupan walaupun hal itu disengaja.

Euthanasia Aktif (*Mercy Killing*)

Adalah proses kematian diringankan dengan memperpendek kehidupan secara terarah dan langsung. Dalam euthanasia aktif ini masih perlu dibedakan, apakah pasien menginginkannya, tidak menginginkannya, atau tidak berada dalam keadaan di mana keinginannya dapat diketahui.

Menurut Fred Ameln, selain bentuk euthanasia atas permintaan dan yang tidak diminta oleh pasien, euthanasia dapat dibedakan ke dalam kelompok-kelompok sebagai berikut²¹³:

a. Eutanasia Pasif atas permintaan atau tanpa permintaan pasien

Euthanasia pasif terjadi bila dokter atau tenaga kesehatan lainnya secara sengaja tidak lagi memberikan

²¹³ Fred Ameln, “*Euthanasia suatu Masalah Etis, Medis, Yuridis*” Makalah pada Simposium Euthanasia di Jakarta, diselenggarakan oleh Majalah Higina, tanggal 24 Nopember 1984, hlm, 23-25.

bantuan medik kepada pasien yang dapat memperpanjang hidupnya (dengan catatan bahwa perawatan pasien diberikan terus-menerus secara optimal dalam usaha untuk membantu pasien dalam fase hidup yang terakhir).

b. Eutanasia aktif atas permintaan atau tanpa permintaan pasien

Euthanasia aktif terjadi bila dokter atau tenaga kesehatan lainnya secara sengaja melakukan suatu tindakan untuk memperpendek hidup pasien atau untuk mengakhiri hidup pasien tersebut. Selanjutnya Dalam euthanasia aktif masih dapat dibedakan lagi, yaitu:

c. Eutanasia aktif secara langsung (*direct*)

Euthanasia aktif secara langsung terjadi bila dokter atau tenaga kesehatan lainnya melakukan suatu tindakan medis untuk meringankan penderitaan pasien sedemikian rupa sehingga secara logis dapat diperhitungkan bahwa hidup pasien diperpendek atau diakhiri.

Eutanasia aktif secara tidak langsung (*indirect*)

Euthanasia aktif secara tidak langsung terjadi bila dokter atau tenaga kesehatan lainnya tanpa maksud untuk memperpendek atau mengakhiri hidup pasiennya, melakukan suatu tindakan medik untuk meringankan penderitaan pasien dengan mengetahui adanya resiko bahwa tindakan medik ini dapat mengakibatkan diperpendek/diakhiri hidup pasiennya.

Di dalam makalah yang disampaikan pada seminar pengkajian *Hak untuk Mati bagi Masyarakat untuk*

Indonesia, Ketut Gede Widjaya, membagi Eutanasia ke dalam 4 (empat) kategori dasar, yaitu²¹⁴:

a. Aktif atas kehendak yang bersangkutan (*active voluntary euthanasia*)

Adalah bila orang yang bersangkutan meminta agar hidupnya diakhiri dengan segera dan dokter atau orang lain mengambil tindakan-tindakan untuk mempercepat kematian orang tersebut. Orang tersebut menghendaki kematiannya karena sudah tidak sanggup menderita sakit yang berkepanjangan, sudah tidak mempunyai harapan sembuh, sedang dokter atau orang lain merasa kasihan atas penderitaannya dan berusaha mengakhiri hidupnya dan berusaha mengakhiri hidupnya dengan cepat tanpa rasa sakit.

b. Pasif atas kehendak yang bersangkutan (*passive voluntary euthanasia*)

Adalah bila orang yang bersangkutan menghendaki segala usaha pertolongan untuk memperpanjang hidupnya dihentikan, sehingga maut bisa segera menjemputnya berhubung ia sudah tidak tahan lagi akan penderitaan yang berkepanjangan.

c. Aktif tanpa dengan kehendak yang bersangkutan (*active nonvoluntary euthanasia*)

Adalah bila orang yang bersangkutan sudah tidak mampu lagi menyatakan kehendaknya dan dokter atau orang lain memutuskan untuk menghentikan usaha-usaha

²¹⁴ Ketut Gede Widjaya, *Hak Untuk Mati, Aspek Hukum Dilihat dari segi Praktek*, Makalah pada Seminar Regional Se-DIY/Jawa Tengah, Yogyakarta: Unika Atmajaya, 24-25 April 1989, hlm. 4-5.

pertolongan yang dimaksudkan untuk menyelamatkan jiwanya karena penyakitnya sudah tidak tertolong lagi.

d. Pasif tanpa kehendak yang bersangkutan (*passive nonvoluntary euthanasia*)

Adalah bila orang yang bersangkutan sudah dalam keadaan parah, sehingga tidak mampu lagi untuk menyatakan kehendaknya dan dokter atau orang lain karena kasihan, mengakhiri hidup orang tersebut dengan cara yang tidak menimbulkan sakit sehingga orang tersebut bebas dari penderitaannya.

4. Bentuk Semu eutanasia

Selain pembagian eutanasia seperti di atas ada pula bentuk-bentuk semu dari eutanasia, karena dalam diskusi masih terjadi kerancuan tentang bentuk-bentuk eutanasia. Di sebut bentuk semu dari eutanasia karena mirip dengan eutanasia, tetapi sebenarnya bukan eutanasia. Bentuk-bentuk pengakhiran hidup yang mirip dengan eutanasia ini disebut oleh H.J.J. Leenen²¹⁵ adalah sebagai *schijngestaten van euthanasie*. Adapun yang termasuk ke dalam bentuk semu dari eutanasia adalah:

a. Menghentikan Pengobatan (perawatan) medis yang sudah tidak ada gunanya (*zinnloos*).

Dalam hal ini, masih terjadi perbedaan pendapat. Ada yang menyebutnya sebagai bentuk eutanasia pasif, tapi ada juga yang menyebutnya sebagai bentuk semu dari eutanasia. Dalam literatur lebih banyak yang menyebutnya hanya sebagai eutanasia dalam bentuk semu, bukan eutanasia pasif.

²¹⁵ Fred Ameln, "Berbagai Kecenderungan dalam hukum Kedokteran Di Indonesia, Makalah, Jakarta, Agustus 1986, hlm, 8.

Untuk menentukan apakah suatu pengobatan atau perawatan adalah tidak ada gunanya lagi, maka harus melihat kriteria-kriteria medik tertentu dengan ukuran apakah tindakan medik terhadap pasien akan mencapai efek yang dituju, dan apakah hal ini dapat diharapkan secara *reasonable*?²¹⁶. Harus ada suatu perbandingan *reasonable* antara tindakan medik dengan efeknya (hasil). Jika tidak terdapat perbandingan yang *reasonable*, berarti dapat dinilai bahwa tindakan medik tersebut sama sekali tidak ada gunanya (*zinloos*), sehingga dokter pun tidak lagi berwenang untuk melakukan tindakan medik. Dalam hal demikian, walaupun akhirnya pasien meninggal dunia, dokter tetap dianggap tidak melakukan eutanasia pasif, karena sudah tidak berwenang melakukan pengobatan. Justru apabila dokter melakukan pengobatan, maka ia telah melakukan penganiayaan terhadap pasien.

b. Penolakan perawatan medis oleh pasien atau keluarganya.

Penolakan perawatan medik ini ada yang mengakibatkan meninggalnya pasien atau sebaliknya. Pada umumnya bila tak ada izin dari pasien, dokter tidak diperkenankan untuk melakukan tindakan medik untuknya, walaupun akhirnya mengakibatkan pasien itu meninggal. Penolakan perawatan medik ini erat kaitannya dengan hak-hak pasien. Pasien mempunyai hak untuk menolak seluruh atau sebagian terapi medik. Adapun yang melandasi hak-hak pasien ini adalah karena adanya *the right of selfdetermination* atas tubuhnya sendiri.

²¹⁶ Fred Ameln, "Euthanasia suatu Masalah Etis, Medis, Yuridis" Makalah pada Simposium Euthanasia di Jakarta, diselenggarakan oleh Majalah Higina, tanggal 24 Nopember 1984, hlm. 5

Dalam hal penolakan medik ini, Hoge Raad Belanda telah mengeluarkan arrest-nya, yaitu HR 14 Juni 1974, NJ 1974, 436, yang menyatakan:

“Seorang dokter pada umumnya tidak mempunyai hak untuk melakukan suatu tindakan medik terhadap seseorang pasien, jika tindakan medik itu tidak dikendaki oleh pasien”²¹⁷.

c. Memberhentikan Pengobatan (perawatan) Medik karena mati Batang Otak (*braindeath*)

Kriteria mati batang otak benar-benar mulai diperhatikan sejak tahun 1970-an. Ini diakibatkan oleh perkembangan teknologi biomedis yang begitu pesat, sehingga mendesak dunia medis untuk merubah dan merumuskan kembali pengertian mati bagi manusia. Dahulu, pengertian matinya seseorang ditentukan oleh denyut jantung. Apabila jantung seseorang tidak berdenyut lagi atau tidak bernafas, maka orang tersebut sudah dianggap meninggal dunia. Akan tetapi, sekarang dengan adanya teknologi canggih di bidang medis, orang dapat bernafas kembali walaupun secara artifisial. Denyut jantung yang tersendat-sendat dapat dipacu dengan alat pacu jantung, sehingga kondisi seseorang itu seperti “mayat hidup”. Pada tahun 1974 Dewan Kesehatan Belanda telah memberikan kriteria kapan seseorang dapat dinyatakan mati otak, yaitu jika otak mutlak tidak lagi berfungsi dan fungsi otak mutlak tidak lagi dapat dipulihkan kembali²¹⁸.

²¹⁷ Fred Ameln, “Berbagai Kecenderungan...Op.Cit, hlm. 12

²¹⁸ *Ibid*, hlm. 13.

Menurut Kartono Muhammad²¹⁹, bahwa..”Pusat-pusat penggerak jantung dan paru-paru yang *build up* dalam tubuh manusia itu terletak dibatang otak. Oleh karena itu, jika batang otak sudah mati, dapatlah diyakini bahwa manusia itu sudah mati. Itulah awal dari kriteria mati batang otak sebagai pedoman untuk menghentikan mesin-mesin pembantu tadi. Sebab dari segi agama pun perpanjangan penggunaan alat-alat tadi mungkin tidak dapat dibenarkan, karena pada hakekatnya pasien tersebut sudah menjadi jenazah...”. Selanjutnya ...”Jika tanda-tanda mati batang otak sudah dapat dibuktikan, fatwa IDI menyatakan bahwa dokter boleh menghentikan segala tindakan penopang yang selama ini dilakukan. Karena pada saat batang otak sudah mati, orang itu sudah benar-benar meninggal, maka tindakan penghentian pertolongan bukan lagi eutanasia. Jadi tidaklah tepat untuk dirancukan pengertian penetapan mati batang otak dengan eutanasia²²⁰.

d. Pengakhiran Hidup Pasien Akibat Persediaan Peralatan Medis yang Terbatas (*emergency*)

Bentuk eutanasia semu ini dapat terjadi apabila di suatu rumah sakit kekurangan alat medis, ini merupakan keadaan darurat karena diluar kemampuan manusia. Maka dalam hal demikian, dokter atau tenaga medis lainnya yang sedang bertugas di ruang darurat tersebut tidak dapat disalahkan telah melakukan “eutanasia”.

²¹⁹ Kartono Muhammad, Kompas, 6 Mei 1989, dalam Petrus Yoyo K. *Op.Cit*, hlm. 38-39.

²²⁰ *Ibid.*

e. Eutanasia akibat Situasi dan kondisi

Yang dimaksud dengan “eutanasia akibat Situasi dan kondisi” ini adalah suatu situasi apabila pasien masih ingin/besar harapannya untuk tetap hidup dan dokter masih mampu mengupayakan pengobatan, tetapi berhubung kondisi ekonomi pasien yang sudah tidak mampu membiayai pengobatan, maka upaya pengobatannya terpaksa dihentikan atas permintaan pasien yang merupakan bentuk hak pasien untuk tidak melanjutkan pengobatan, dan pasien pun meninggal. Contoh konkritnya yaitu penderita Gagal ginjal Stadium Terminal (GGT). Layaknya penyakit dalam stadium terminal, pasien GGT jika tanpa pengobatan akan meninggal dunia dalam waktu beberapa hari atau minggu. Tetapi kemajuan teknologi kedokteran sudah memungkinkan pengobatan dengan cara cuci darah (hemodialisa) atau cangkok ginjal (transplantasi). Bagi penderita GGT yang menjalani cuci darah atau cangkok ginjal dapat bertahan hidup seperti orang normal. Persoalannya biaya untuk cuci darah itu sangat mahal dan harus dikerjakan terus menerus. Apabila cuci darah dihentikan maka pasien akan meninggal. Menurut penulis, menghentikan pengobatan seperti ini juga eutanasia, tapi dalam bentuk eutanasia pasif dan pasien telah menggunakan “hak untuk matinya”. Dalam perspektif HAM, tidak ada orang yang boleh menghalangi keputusan yang diambil oleh pasien, dan tidak ada orang yang dapat dipersalahkan jika pasien meninggal akibat kebebasan pribadi dalam mengambil keputusan menyangkut kepentingan dirinya, kecuali para medis memaksa pasien untuk menjalankan praktik eutanasia pasif (tidak sukarela)

VII

HAM DALAM KONSEP NEGARA HUKUM

A. Konsep Negara Hukum Barat

Pemikiran negara hukum yang muncul baik di dunia barat maupun di dunia timur pada prinsipnya adalah kerajaan-kerajaan yang diperintah secara absolut atau otokrasi yaitu memerintah menurut kemauannya sendiri tanpa adanya transparansi akuntability kepada rakyat. Ciri utama dari pada pemerintahan yang absolut adalah :

1. Autoritarisme, yaitu bahwa kekuasaan berpusat di tangan raja tanpa dibatasi pertanggung jawaban kepada rakyat.
2. Totalitarisme yaitu bahwa raja menguasai seluruh bidang kehidupan rakyat termasuk bidang budaya dan agama.²²¹

Untuk memahami pemikiran negara hukum pada abad ke-XVII berikut ini dikemukakan beberapa pemikiran yang telah muncul saat itu. Di antaranya yang terkenal adalah konsep tentang negara hukum untuk pertama kali digagas oleh **Plato** yang kemudian dikembangkan oleh **Aristoteles**.

⁶³ **Bambang Arumanadi** dan **Sunarto**, *Konsepsi Negara Hukum Menurut UUD 1945*, IKIP Semarang Press, Semarang, 1990, Hlm. 5.

1. Pemikiran Plato

Plato dilahirkan di Athena pada tahun 429 SM dan kemudian meninggal dunia pada tahun 347 SM.²²² **Von Schmid** mengaguminya sebagai “pemikir besar tentang negara dan hukum karya ilmiahnya yang sangat bermakna dan ada kaitannya dengan kenegaraan yaitu :

- 1) *Politica (the republica)*;
- 2) *Politicos (the statement)*, dan;
- 3) *Nomoi*.²²³

Karya ilmiah pertama (*politea*) ditulisnya pada situasi negara sedang kacau di mana pemerintah tidak lagi memperhatikan keadilan dan kebenaran serta kesejahteraan masyarakat. Menurutnya, jika kesejahteraan ingin terwujud, maka negara harus dipimpin oleh seorang filosof. Karya ilmiah kedua berjudul *politicos* yang isinya antara lain tentang kewajiban warga negara taat hukum karena dengan taat kepada hukum-lah masyarakat bisa tertib. Ketika usianya sudah tua, ia menulis karya ilmiah ketiga yang berjudul *Nomoi*. Isinya antara lain tentang penekanan pada soal ketaatan seluruh warga dan pemerintah terhadap hukum. Semua orang sama dihadapan hukum. Penyelenggaraan pemerintahan yang baik ialah yang diatur oleh hukum.

Gagasan **Plato** dalam *Nomoi* dilanjutkan oleh muridnya bernama **Aristoteles**. Dia dilahirkan di Macedonia pada tahun 384 SM. Karya ilmiahnya yang ada kaitannya dengan masalah kenegaraan ialah yang berjudul *Politica* yang isinya antara lain membahas masalah kenegaraan dan

²²² **Von Schmid**, *Ahli-Ahli*, Op. Cit, Hlm. 10.

²²³ **Idem**, Hlm. 11.

perbandingan konstitusi dengan penelitiannya sebanyak 158 konstitusi di negara-negara Yunani. Penelitiannya ini baru ditemukan pada tahun 1981.²²⁴

Menurut **Aristoteles**, suatu negara yang baik ialah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum. Ia mengatakan :

Constitutional rule in state is closely connected, also with the requestion wether it is better to be ruled by the best men or the best law, since a government in accordinance with law, accordingly the supremacy of law is accepted by Aristoteles as mark of good state and not merely as an unfortunate neccesiti.

Pemerintahan berkonstitusi ditetapkan dengan tiga unsur, yaitu :

1. Pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum;
2. Pemerintah dilaksanakan menurut hukum yang berdasar pada ketentuan-ketentuan hukum dan;
3. Pemerintahan berkonstitusi berarti pemerintahan yang dilaksanakan atas kehendak rakyat.

Ketiga unsur yang dikemukakan **Aristoteles** ini dapat ditemukan di semua negara hukum. Dalam bukunya *Politica*, **Aristoteles** mengatakan :

A Constitution is the organization of office in a state, and determines what is to be the government body, and what is the end of each community, the constitution are the rules according ti which the magistrate should administer the state.

²²⁴ **J.H. Rapar**, *Filsafat Politik Aristoteles*, Rajawali Press, Jakarta, 1988, Hlm. 10.

Memperhatikan gagasan Plato tentang pelaksanaan pemerintahan, kita dapat melihat eksistensi hukum yang muncul berdasarkan kesepakatan, bukan paksaan dari penguasa. Cita-cita negara hukum ini lama dilupakan orang, baru pada awal abad ke XVII timbul kembali di Barat. Timbulnya pemikiran negara hukum ini merupakan reaksi terhadap pemikiran kekuasaan absolut, terutama sekali adanya kekuasaan raja-raja yang sewenang-wenang. Jadi, sesuai situasi dan kondisinya pada waktu **Plato** dan **Aristoteles** mengemukakan cita negara hukumnya. Sedangkan istilah negara hukum itu sendiri baru dikenal pada abad ke-XIX.

2. Pemikiran Niccolo Machiaveli

Ia lahir di Florence, Italia pada tahun 1469. Ia hidup pada masa keemasan berkuasanya Lorenzo Yang Agung. Karya ilmiahnya yang kenamaan tersebar luas hampir di seluruh Eropa Barat berjudul *Il Principe*. Ia membuang jauh-jauh pandangan bernegara dari masa sebelumnya, yaitu abad menengah yang dipengaruhi oleh agama Kristen. Ia lebih melihat pada kenyataan, pada kejadian-kejadian nyata yang dialaminya. Bangsa Italia pada waktu itu hidup dalam kecemasan, sering terjadi peperangan antara sesama bangsa. Paus yang saat itu diharapkan menjadi simbol pemersatu tidak bisa diharapkan dalam kondisi seperti itu. **Machiavelle** berpikir tentang super power. Jika perlu, apapun dapat dilakukan demi kesetabilan politik. Bisa, katanya :

A Prince being thus obliged to know well how to act as a beast must imitate the fox and the lion, but the lion cannot protect himself from traps and the fox cannot defend himself from the wolves.

*One must therefore be a fox to recognize traps, and the lion to frighten wolves.*²²⁵

Oleh karena itu, untuk mencapai tujuan negara, ia menyarankan, bahwa jika perlu kepala negara tidak usah terlampau memperhatikan moral, ia boleh berlaku tidak jujur, kejam, kikir dan mendustakan agama. Asal saja semua itu dilakukan untuk memperbesar atau mempertahankan kekuasaannya.

Pada saat itu di belahan Timur terdapat pula seorang menteri yang bernama Yang, berasal dari daerah Shang, sehingga ia begitu dikenal dengan nama Shag Yang. Menurut Shang Yang tujuan negara ialah menghimpun kekuasaan demi kepentingan negara seorang penguasa dapat melakukan apapun menteri Shang Yang ini merasa perihatin karena di negaranya terjadi perpecahan antara peperangan negara China. Sehingga untuk mempersatukan negara China seperti itu diperlukan penguasa yang kuat dan berpengaruh serta ditakuti yang dapat menaklukan semua kerajaan dan panglima-panglima tentara yang memberontak yang menguasai wilayah di mana ia bertugas. Untuk mencapai tujuan tersebut ia mengemukakan : *“Als men den staat sterk en machtig will hebben, dan moet het volk zwak en arm zijn”*.⁶⁸

Selain itu dapat pula dijumpai pemikir kekuasaan absolut dari negara Inggris, yaitu **Thomas Hobbes**. Ia dilahirkan di Malmesbury pada tahun 1588 dan meninggal

²²⁵ **Machiavelli**, *The Prince Luigi Ricci*, Trans. The New America Library, New York, 1955, Hlm . 101.

⁶⁸ **Kranenburg**, *Algemene Staatsleer*, H.D. Tjeen Willik & Zoon N.V, Haarlem, 1959, Hlm. 49.

pada tahun 1679. Dua buah karya ilmiahnya yang termashur, yaitu *De Cive* dan *Leviathan*. Pemikirannya merupakan dukungan bagi kekuasaan absolut dari raja-raja Inggris. Pada waktu itu Inggris berada di bawah pemerintahan **Charles I** dan kemudian digantikan **Charles II**. Raja **Charles I** mati dipenggal dalam perang saudara yang berkecamuk di Inggris. Pangkal tolak pemikirannya tentang negara ialah bahwa manusia dalam keadaan alami, di mana kehidupan manusia dalam keadaan bebas tanpa batas membuat manusia mengikuti segala hawa nafsunya, sehingga kebebasan manusia yang satu melanggar kebebasan manusia yang lainnya, hak manusia yang satu melanggar hak manusia yang lainnya. Keadaan itu dilukiskan oleh **Hobbes** sebagai kacau balau. Manusia yang satu merupakan srigala bagi manusia yang lainnya (*homo himinus lupus*). Jadi di alam yang bebas itu tidak ada ketentraman hidup, rasa takut menghantui lapisan masyarakat. Inilah yang disebut Hobbes sebagai "*bellum omnium contra omnes*", perang antara manusia yang satu dengan yang lainnya.²²⁶ Namun manusia sebagai makhluk yang berakal menyadari bahwa keadaan alami (*status naturalis*) tidak dapat dibiarkan berlangsung terus, karena akan membawa akibat kehancuran bagi manusia. Oleh karena itu untuk mengatasi serta menghilangkan rasa takut, manusia-manusia tadi sepakat untuk membentuk negara. Kesepakatan ini disebut sebagai perjanjian masyarakat (*contract social*).

Hobbes mengatakan : *I Authorized and give up my right or governing my self, to this man, or to this assembly of right to him, and authorized all his action in like manner.*

²²⁶ **Carl J. Friedrich & Charles Blitzer**. *The Age Power*, Itacha, Cornell University Press, New York, 1957, Hlm. 12-17.

Pada perjanjian itu semua orang berjanji antara sesamanya bahwa masing-masing akan menyerahkan kekuasaannya kepada seseorang. Sedangkan sipenerima kekuasaan (raja) tidak ikut dalam perjanjian itu. Dengan demikian jadilah sipenerima kekuasaan tanpa perjanjian pembatas apapun. Semua kekuasaan yang diperlukan untuk menjalankan pemerintahan ada pada raja yang berdaulat, misalnya : kekuasaan membentuk Undang-undang, pengaturan peradilan, menjalankan paksaan, mengangkat pejabat-pejabat pemerintah. Singkatnya semua kekuasaan negara terpusatkan di tangan raja, jadilah sekarang raja sebagai penguasa absolut. Sejalan dengan pengertian kekuasaan absolut **Hobbes** pun mengartikan bahwa kedaulatan tidak dapat dibagi-bagi. Oleh karena itu kedaulatan gereja diabsorbir oleh raja.

Penjelasannya dalam Hal ini adalah sebagai berikut :*“Belief cannot be forced, but the profersional of belief is an overt act and thereof falls within theprofince of Law. A church is merely a corporation it must have a head and the head is the sourverreign”*.²²⁷

Dari keterangan tersebut di atas, **Hobbes** menyatukan kekuasaan gereja dan negara di satu tangan, yaitu tangan raja. Jadi kepala negara juga merangkap kepala Gereja. Ini salah satu usaha **Hobbes** melindungi kekuasaan mutlak raja dari gangguan kekuasaan gereja ke tangan raja, maka satu masalah sudah terpecahkan, yaitu tidak ada lagi konflik antara Gereja dan Raja. Tidak ada lagi *Vindiciae contra tyrannos*, seperti yang dijumpai di Prancis.

²²⁷ **Idem**, Hlm. 402.

Dari sejarah dunia terutama di Barat diketahui bahwa pemikiran tentang kekuasaan absolut ini banyak disenangi oleh para penguasa, bahkan jauh melampaui nuansa nasional dan zamannya. Pengagum **Machavelli** dan **Hobbes** bertebaran di seluruh dunia. Raja-raja absolut di Prancis, Inggris, dan Jerman telah mendorong timbulnya pemikiran-pemikiran untuk membatasi kekuasaan raja. Pemikiran ini yang timbul di abad ke-XVII merupakan janin dari konsep negara hukum yang mulai dikenal pada abad ke-XIX. Beberapa dari pemikir-pemikir tersebut adalah seperti berikut ini :

3. Pemikiran John Locke

Ia dilahirkan di Wrington pada tahun 1632 dan meninggal pada tahun 1704. Karya ilmiahnya yang termasyur berjudul *Two Treatises on Civil Government* yang diterbitkan pada tahun 1690. Pengalamannya di negara Prancis dan Inggris yang kedua pemerintahan tersebut memerintah secara absolut, maka tulisan pertama **John Locke** merupakan kritik terhadap **Sir Robert Filmer** berjudul *Patriarcha* yang isinya mendukung kekuasaan absolut raja. **John Locke** membantah **Filmer**, bahwa manusia dilahirkan dalam keadaan merdeka dan juga dibantahnya bahwa sumber kekuasaan raja adalah anugerah dari Tuhan kepada **Adam** yang kemudian diwariskan kepada raja-raja sebagai penerusnya.²²⁸

Menurut **John Locke**, manusia itu sejak dilahirkan telah memiliki kebebasan hak asasi. Dan Hal ini dijumpai pada manusia dalam keadaan alami. Namun untuk menjaga

²²⁸ **Von Schmid**, *Ahli-Ahli ...*, Op. Cit, Hlm. 189.

hak asasi dan kebebasannya maka sepakat manusia membentuk 'Body politik atau negara. Katanya :*When any number of men have to concerted to make one community of goverment, there are there by presently incorporated and make an body politic, in where the majority have right to act and conclude the rest.* ²²⁹

Hal yang paling penting dari teori **John Locke** adalah yang menyangkut perjanjian menurutnya ada dua macam perjanjian masyarakat yaitu pactum unionis dan pactum subjektionis. Pada tahap pertama diadakan pactum unionis, yaitu perjanjian antar individu untuk membentuk body politik, yaitu negara. Kemudian pada tahapan kedua, para individu yang telah membentuk body politik tadi bersama-sama menyerahkan hak untuk mempertahankan kehidupan dan hak untuk menghukum yang bersumber dari hukum alam.²³⁰ Perjanjian masyarakat dari **John Locke** ini tidak melahirkan kekuasaan yang absolut, melainkan kekuasaan terbatas, kalau penerima kuasa satu orang akan berbentuk Monarkhi terbatas ataupun Monarkhi Konstitusional (karena pembatasan-pembatasan kekuasaan raja dimuat dalam konstitusi), maka kalau sekelompok orang yang menerima kuasa maka berbentuk Obligarkhi. Apa yang membatasi dan dimana letak pembatasannya? Seperti yang telah disebutkan di atas, pada waktu penyerahan kekuasaan kepada raja, rakyat tidak menyerahkan kebebasan dan hak-hak asasi kepada raja. Kebebasan dan hak-hak asasi inilah yang menjadi

²²⁹ **John Locke**, *An Essay Concerning the True Original Extended End of Civil Government*, edicted by Saxe Commins & R.N. Linscott Modern Pocket Library, New York, 1953, Hlm. 106.

²³⁰ **Idem**, Hlm. 128.

pembatas dari kekuasaan raja. Sedangkan letak pembatasannya ialah pada perjanjian masyarakat bagian kedua (pectum subyektionis). Hak ini berarti bahwa kekuasaan raja dibatasi dengan perjanjian masyarakat. Sebagaimana kita ketahui, perjanjian mengikat para pihak yang mengadakan perjanjian, Hal ini sama artinya dengan hukum bagi para pihak yang mengadakan perjanjian. Dengan demikian perjanjian masyarakat itu sama artinya dengan hukum. Jadi kekuasaan raja yang dibatasi oleh perjanjian masyarakat, berarti sama dengan kekuasaan raja dibatasi oleh hukum. Adanya kekuasaan raja yang dibatasi oleh hukum ini disebutkan oleh **Scholten** sebagai unsur pertama negara hukum.²³¹

Selanjutnya **John Locke** menghubungkan bentuk negara dengan kekuasaan pembentuk Undang-undang (legislatif). Kekuasaan pembentuk Undang-undang ini menurut **John Locke** merupakan kekuasaan tertinggi (*supreme power*). Apabila kekuasaan pembentuk Undang-undang berada pada masyarakat (*community*) maka bentuk negara adalah demokrasi, apabila ada pada beberapa orang yang terpilih, maka bentuk negaranya oligarkhi, sedangkan apabila ada pada satu orang bentuk negaranya adalah monarkhi. Penyerahan kekuasaan kepada unsur-unsur tadi (seseorang atau beberapa orang) dapat dilakukan atau seumur hidup ataupun hanya waktu yang terbatas. **John Locke** lebih cenderung untuk menyerahkan kekuasaan pembentuk Undang-undang ini kepada dewan atau majelis. Dan juga sebaiknya diadakan pemisahan antara kekuasaan pembentuk

²³¹ **P. Scholten**, *Verzalde Geschriften*, Deel I, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willing, 1949, Hlm. 83.

Undang-undang dengan kekuasaan pelaksana Undang-undang. Kekuasaan pelaksana adakalanya memerlukan paksaan, sehingga selalu diperlukan adanya kekuatan untuk melaksanakannya secara tetap oleh karenanya kedua kekuasaan ini seyogyanya dipisahkan, jangan berada pada satu tangan.²³²

Selain dua kekuasaan tersebut masih ada kekuasaan federatif, yang tugasnya menyatakan perang atau melaksanakan perdamaian dengan negara-negara lain ataupun mengadakan perjanjian-perjanjian dengan negara lain serta mengadakan hubungan antar negara. Hal yang terakhir ini biasa disebut hubungan diplomatik.

Menurut **John Locke** kekuasaan negara itu terdiri atas : pertama, kekuasaan pembentuk Undang-undang (legislatif), kedua, kekuasaan pelaksana Undang-undang dan ketiga, kekuasaan federatif. Dan **John Locke** adalah juga orang pertama yang mengemukakan pemikiran tentang pemisahan ketiga kekuasaan tadi. Buah pikirannya ini kemudian diperlukan oleh **Montesquieu**.

Berdasarkan Hal-Hal yang telah dikemukakan **John Locke** itu, maka :

1. Negara bertujuan menjamin hak-hak asasi warga negara;
2. Penyelenggaraan negara berdasarkan atas hukum;
3. Adanya pemisahan kekuasaan negara demi kepentingan umum;
4. Supremasi dari kekuasaan pembentuk Undang-undang yang tergantung pada kepentingan rakyat, maka

²³² **Idem**, Hlm . 40.

dapatlah dikatakan bahwa **John Locke** merupakan orang pertama yang meletakkan dasar pemikiran tentang unsur negara hukum.

4. Pemikiran Montesquieu

Ahli hukum ini lahir pada tahun 1689 dan berkebangsaan. Ia pernah tinggal di Inggris selama 2 tahun dan pernah menjabat seorang Hakim Tinggi di negaranya. Salah satu karya ilmiahnya yang termashur ialah : *l'Esprit de Louis* yang terbit pada tahun 1748. Pemikiran **John Locke** sangat berpengaruh dalam karya ilmiahnya. Menurutnya, fungsi negara hukum harus dipisahkan dalam tiga kekuasaan lembaga negara, yaitu :

1. Kekuasaan Legislatif, adalah yang membentuk Undang-undang;
2. Kekuasaan Yudikatif, adalah yang menjatuhkan hukuman atas kejahatan dan yang memberikan putusan apabila terjadi perselisihan antar para warga;
3. Kekuasaan Eksekutif, adalah yang melaksanakan Undang-undang, memaklumkan perang, mengadakan perdamaian dengan negara-negara lain, menjaga tata tertib, menindas pemberontakan dan lain-lain.

Menurut **Montesque**, bahwa pemisahan ketiga kekuasaan ini adalah bersifat mutlak, dan di dunia ilmu hukum teori ini dikenal dengan sebutan Trias Politica. pada teorinya itu ia mengemukakan bahwa kedudukan ketiga kekuasaan itu adalah seimbang, yang satu tidak lebih tinggi dari pada yang lain. Berbeda dengan pemikiran **John Locke** yang memberikan posisi lebih tinggi kepada kekuasaan legislatif, yaitu kekuasaan pembuat Undang-undang.

Teori pemisahan ketiga kekuasaan tersebut (Trias Politica), ia berusaha untuk mencegah terjadinya kesewenang-wenangan seorang raja terhadap rakyatnya. Teorinya tersebut berusaha dan berharap agar bangsa-bangsa lain dapat meniru monarki Inggris yang telah dipengaruhi oleh pemikirannya.

Karyanya yang cukup menarik ialah, bahwa struktur dan kehidupan suatu negara bersifat kondisional dan situasional, yakni tergantung pada keadaan setempat. Keadaan setempat yang mempengaruhi itu adalah : keadaan fisik, iklim, kepribadian bangsa, kesenian dan sistem perekonomian. Bentuk-bentuk negara menurut Montesqueu adalah : *“Thus popular government depends on the civil virtue or public spirit of the people, monarchy depends upon the sense of honour of a military class, and depotism depends upon the fear of slaveness of its subject*

Orang yang juga sangat berjasa dalam cita negara hukum adalah **Jean Jacques Rousseau**. Dia adalah orang Swiss yang dilahirkan di Genewa pada tahun 1712. Selama 12 tahun ia pernah tinggal di Paris, yaitu dari tahun 1744 sampai dengan tahun 1756. Sehingga ia sangat paham terhadap praktek ketatanegaraan di negara Prancis. Karya ilmiahnya yang relevan dengan cita negara adalah *Du Contract Social* yang terbit pada tahun 1762. Dalam teorinya, ia hanya mengenal satu pactum saja yaitu pactum unions. Menurut **Rousseau** manusia menurut kodratnya adalah baik, peradabanlah yang merusak manusia.²³³

Rousseau mengatakan :

²³³ **Idem**, Hlm. 85.

“Jika manusia tidak dapat menciptakan kekuatan baru bagi kepentingan sendiri, tetapi hanya menghimpun serta mengatur kesemuanya seperti yang berlaku sekarang, maka satu-satunya jalan untuk mempertahankan dirinya ialah membentuk kesatuan kekuatan dengan cara menghimpun dirinya dalam satu badan, yang dapat digerakkan untuk bertindak bersama-sama agar mampu mengatasi segala masalah. Persatuan ini harus dihasilkan oleh kesepakatan orang banyak”.²³⁴

Berdasarkan Hal tersebut di atas, maka dapatlah disimpulkan bahwa kemauan kaum itu dibentuk melalui kesepakatan orang banyak, samalah artinya dengan mengambil keputusan berdasarkan suara terbanyak dan kesepakatan keseluruhan. Dengan demikian baik pembentukan lembaga maupun operasionalnya ditentukan oleh hukum. Jadi pemerintah yang ditentukan menurut kemauan hukum sama artinya dengan pemerintahan berdasarkan hukum. Inilah sumbangan pikiran **Rousseau** atas cita negara hukum.

Dua orang Sarjana Barat yang berjasa dalam pemikiran negara hukum yaitu **Immanuel Kant** dan **Friedrich Julius Stahl** telah mengemukakan buah pikiran mereka. **Kant** memahami negara hukum sebagai *Nachtwacker Staat* atau *Nachtwachterstaat* (negara jaga malam) yang tugasnya ialah menjamin ketertiban dan keamanan masyarakat. Gagasan

²³⁴ **J.J Rosseau**, *Kontral Sosial* (Terjemahan Sunarjo), Rajawali, Jakarta, 1985, Hlm. 15.

negara hukum menurut konsep **Kant** ini dinamakan dinamakan negara hukum liberal.²³⁵

Konsep **Stahl** tentang negara hukum ditandai oleh empat unsur pokok yaitu (1) pengakuan dan perlindungan hak-hak asasi manusia; (2) negara didasarkan pada teori *trias politica* ; (3) pemerintahan diselenggarakan berdasarkan Undang-undang (*wetmatig bestuur*); dan (4) ada peradilan administrasi negara yang bertugas menanggapi kasus perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah. *Onrechtmatige overheidsdaad*. Gagasan negara hukum yang berasal dari **Stahl** ini dinamakan negara hukum formil, karena lebih menekankan pada suatu pemerintahan yang berdasarkan Undang-undang.

²³⁶

Padmo wahyono mencatat bahwa dalam perkembangannya pemerintahan yang berdasarkan Undang-undang dianggap “lamban” daan karena itu diganti dengan pemerintahan yang berdasarkan hukum atau prinsip *rechtmatig bestuur*. Maka, negara hukum yang formil menjadi negara hukum yang materil dengan ciri *rechtmatig bestuur*. Kemudian lahirlah konsep-konsep yang merupakan *variant* dari *rechts staat itu*, antara lain *welvaarsstaat* dan *verzorgingsstaat* sebagai negara kemakmuran.²³⁷

²³⁵ **Padmo Wahyono**, *Konsep Yuridis Negara hukum Indonesia*, Makalah, September, 1988, Hal. 4; A.V. Dicey, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, MalcMillan-St. Martin Press, 1973; Sunaryati Hartono, *Apakah Rule Of Law Itu*, Alumni, Bandung, 1982, Hlm . 15

²³⁶ **Idem**, Hlm . 2.

²³⁷ **Idem**, Hlm .3.

Menurut **Scheltema**, unsur-unsur *rechstaat* adalah (1) kepastian hukum; (2) persamaan; (3) demokrasi; dan (4) pemerintahan yang melayani kepentingan umum.²³⁸

Konsep *rechtsstaat* di Eropa kontinental sejak semula didasarkan pada filsafat liberal yang individualistik, maka ciri individualistik itu sangat menonjol dalam pemikiran negara hukum menurut konsep Eropa Kontinental itu.²³⁹

Di negara-negara Anglo-Saxon, berkembang pula suatu konsep negara hukum yang semula dipelopori oleh **A.V. Dicey** (dari Inggris) dengan sebutan *Rule of Law*. Konsep ini menekankan pada tiga tolok ukur atau unsur utama yaitu (1) Supremasi hukum atau *supremacy of law*; (2) persamaan di hadapan hukum atau *equality before the law*; (3) konstitusi yang didasarkan atas hak-hak perorangan atau *the constitution based on individual rights*. Perbedaan yang menonjol antara konsep *rechtsstaat* dan *rule of law* ialah pada konsep yang pertama peradilan administrasi negara merupakan suatu sarana yang sangat penting dan sekaligus pula ciri yang menonjol pada *rechtstaat* itu sendiri. Sebaliknya pada *rule of law*, peradilan administrasi tidak diterapkan, karena kepercayaan masyarakat yang demikian besar kepada peradilan umum. Ciri yang menonjol pada konsep *rule of law* ialah ditegakkannya hukum yang adil dan tepat (*just law*).²⁴⁰ Karena seseorang mempunyai kedudukan yang sama dihadapan hukum, maka *ordinary court* dianggap cukup

²³⁸ **Azhary**, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, UI Pres, Jakarta, 1995, Hlm . 67.

²³⁹ **Padmo Wahyono**, *Negara*, Op. Cit., Hlm . 3

²⁴⁰ **Ibid.**

untuk mengadili semua perkara termasuk perbuatan melanggar hukum oleh pemerintah.

B. Negara Hukum Menurut Konsep Anglo Saxon

Sebelum sampai ke pembahasan negara hukum Anglo Saxon terlebih dahulu akan dikemukakan tipe negara yang mendahuluinya, yaitu negara Polisi (*Polizei Staat*). Hal ini perlu dikemukakan terlebih dahulu, oleh karena timbulnya pemikiran negara hukum di Barat sebagai reaksi terhadap pemerintahan dari raja-raja absolut yang hampir menyeluruh di Benua Eropa.

Pengertian polisi ada dua, yaitu polisi dalam arti negatif, yang menjaga keamanan dan tata tertib dan polisi dalam arti positif yaitu yang menyelenggarakan kemakmuran. Negara polisi ialah negara yang hanya menyelenggarakan keamanan dan kemakmuran atau perekonomian. Namun bagaimanakah wujud penyelenggaraannya? Sebagaimana diketahui, pada masa *Ancient Regiem*, raja-raja di Barat masih memerintah secara absolut, *L'état ces moi*, negara adalah aku (raja), rajalah yang menentukan semuanya sehingga negara polisi ini terkenal dengan slogannya yang berbunyi :

*"Sallus publica suprema lex
Princep legibus solutus est."*

Meskipun bersemboyan pada "kepentingan umum sebagai yang harus diutamakan", tetapi siapakah yang menentukan mana yang merupakan kepentingan umum dan mana yang bukan, dan apakah kepentingan umum? Jawabannya ialah : *L'état ces moi*, rajalah yang menentukan apa itu kepentingan umum. Jadi bukan ditentukan oleh yang berkepentingan sendiri, yaitu orang banyak atau rakyat. **Raja**

Louis XIII dari Perancis mengatakan : ²⁴¹ *"It is none of your business to meddle in the affairs of my state and I forbid you to assume to be my tutors in so meddling with the affairs of state"*.

Ungkapan tersebut di atas kemudian dilengkapi oleh raja Perancis berikutnya, yaitu **Louis XIV** : *"L'etat ces moi"* Negara adalah aku (raja). Kebebasan mengeluarkan pendapat, apalagi mengkritik raja menjadi tabu bagi rakyat Perancis. **Voltaire** sampai dua kali masuk penjara Bastille, yaitu pada tahun 1717 dan 1725 dan akhirnya ia diasingkan dari Perancis. Karya ilmiah para pakar Perancis banyak diterbitkan di luar negeri, misalnya *L'esprit de Lois* **Montesquieu** diterbitkan di London, **Rousseau** juga di London dan Amsterdam. Buku rajapun memegang pimpinan atas angkatan bersenjata yang disusun dan dilatih secara efektif agar menjadi angkatan bersenjata yang tangguh. Untuk membiayai segala keperluan ini raja pun menarik pajak lebih besar dari rakyatnya. Bagaimana pun juga rakyat secara terpaksa membayar juga kewajiban itu.

Kekuasaan absolut ini tidak terbatas hanya di Perancis saja, tetapi juga terdapat di negara-negara lain di antaranya : Negara Belanda di bawah **Philip II**, raja ini mendapat tantangan hebat dari rakyatnya. Raja Belanda yang kemudian yaitu *Willem van Oranje* oleh rakyatnya. Hal yang mengherankan ialah negara Swiss, meski bentuknya Republik tetapi kenyataannya jauh dari namanya. Kebebasan pers tidak dikenal, warga negaranya setiap saat dapat dijebloskan ke dalam penjara tanpa banyak formalitas. Pengadilan sangat dipengaruhi pemerintah pada beberapa negara bagian tidak

²⁴¹ **A.V. Dicey**, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, English. Language Book Society, London, 1971, Hlm . 185-186.

dikenal hak-hak politik. Keadilan tidak mendapat tempat yang layak.²⁴² Di Spanyol, perkawinan **Isabella** dengan **Ferdinand** telah menyatukan dua kekuatan yang selama ini bermusuhan, yaitu kaum Aragon dan Castile. Inggris sejak **William** sang penakluk telah menjadi negara yang diperintah secara absolut pada masa Raja **Henry II**, meski sebelumnya telah mengalami perang saudara. Di bawah pemerintahan Raja **Henry II** bukan saja Englad dikuasai tetapi juga Scotlandia dan Irlandia.²⁴³ **Oliver Cromwell**, **Henry II** dan **Henry VII** adalah di antara penguasa Inggris yang memerintah dengan absolut, akan tetapi raja-raja Inggris yang kemudian kedudukan jadi semakin lemah.

Hal itu terutama disebabkan karena peperangan dan penaklukan yang dilakukan oleh raja memerlukan banyak sekali biaya. Pendanaan ini sebagian besar merupakan partisipasi dari para bangsawan. Karena itu raja terpaksa memberikan konsensi kepada bangsawan untuk turut serta dalam penyelenggaraan negara. Raja **John I** setahun sebelum wafat yaitu pada tahun 1215, akhirnya menerima kesepakatan Magna Charta. Kelemahan raja dalam keuangan semakin parah ketika Raja **Edward I** (1272-1307) meminta keuangan sebesar 400.000 *Foundsterling* dari para bangsawan. Sejak itu ketentuan besarnya pajak memerlukan persetujuan dari para bangsawan. Hal ini sama artinya raja menciptakan badan perwakilan (*parliament*).²⁴⁴ Seperti dikatakan oleh Henry of Bratton: "*These laws, since they have been approved by the consent*

²⁴² **Idem**, Hlm . 188.

²⁴³ **Von Schmid**, *ahli-Ahli*, Op. Cit., Hlm. 186.

²⁴⁴ **Reinhard Bendix**, *Kings or People Power and the Mandate to Rule*, University of California Press, Los Angeles, 1980, Hlm. 193.

of those using them and confirmed by the bath of kings, can neither be changed nor destroyed without the common consent have been promulgated".²⁴⁵

Pernyataan tersebut terlihat adanya pemikiran ke arah pembatasan atas kekuasaan absolut raja-raja Inggris yang dalam perkembangannya lebih lanjut menjadi negara monarkhi yang berparlemen. Selain itu, kalau *Lex Regia* yang dalam konstruksi perjanjian masyarakatnya Hobbes diartikan sebagai penyerahan seluruh kekuasaan rakyat kepada raja. Maka dalam pemikiran pakar ketatanegaraan Inggris dianggap sebagai pembatas dari berbagai kekuasaan yang dimiliki raja untuk bertindak sesuai dengan janji-janjinya. Janji ini meliputi perjanjian untuk memerintah sesuai dengan hukum yang telah disetujui oleh rakyat.

Apa yang telah dikemukakan di atas merupakan langkah-langkah permulaan adanya reaksi terhadap kekuasaan absolut raja-raja Inggris, seperti yang dikemukakan oleh **Sir Edward Coke** : *"The Kingdom of England is an absolute monarchy, and that the King is the only supreme governor as well over ecclesiastical person".²⁴⁶*

Berdasarkan pengamatan kepustakaan mengenai praktek kenegaraan dan pemikiran kenegaraan baik di Eropa maupun di Inggris, dapatlah kita mengatakan bahwa kekuasaan absolut dari raja-raja semuanya bersandar pada tipe negara polisi. Seluruhnya penyelenggaraan kehidupan

²⁴⁵ **Charles Howard**, *Constitutional Ancient & Modern*, Great Seal Books, New York, 1958, Hlm. 70.

²⁴⁶ **Idem**, Hlm. 167.

bernegara berada di tangan raja, atau setidaknya diselenggarakan dengan bantuan lembaga bawahannya atas perintah raja. Apabila penyelenggaraan kehidupan bernegara, yaitu penyelenggaraan ketertiban dan keamanan, serta penyelenggaraan kemakmuran, dilaksanakan oleh negara, maka tentulah akan menimbulkan keresahan karena rakyat merasa dirugikan. Keresahan timbul karena tidak diturut sertakan dalam pelaksanaan kehidupan bernegara sesuai dengan keinginan rakyat. Akan tetapi sebenarnya tidak semua rakyat merasakan Hal tersebut. Meski **Rousseau** dengan cita demokrasinya sudah mengemukakannya berabad-abad dahulu, namun pada waktu itu rakyat belum terbiasa turut campur dalam kegiatan kenegaraan; mereka terlampaui sibuk dengan urusan sehari-hari, mencari sepotong roti. Rakyat sudah sering menikmati kesengsaraan dan kesewenang-wenangan di bawah pemerintahan manapun. Sehingga rakyat tidak terlampaui memperdulikan Hal tersebut.

Uraian di atas menimbulkan pertanyaan, siapakah sebenarnya yang merasa dirugikan, siapakah yang keberatan terhadap penyelenggaraan kehidupan bernegara seperti di negar polisi itu ?

Mencari jawaban atas masalah ini tidaklah terlampaui sukar. Di Inggris yang merasa mempunyai hak untuk diikutsertakan dalam kegiatan penyelenggaraan kenegaraan, yang pertama ialah para bangsawan, kedua ialah para penyumbang dana terbesar, serta pembayar pajak terbesar yang digunakan untuk pembiayaan kegiatan bernegara tersebut. Tetapi ada yang tidak mendapat kesempatan menentukan kebijaksanaan negara mereka ialah para tuan tanah dan ketiga ialah merek yang tidak terlampaui kaya,

tetapi memiliki pengetahuan cukup tinggi, yaitu para cendekiawan.

Ketiga golongan tersebut, dua golongan terakhirlah yang memberikan reaksi cukup keras terhadap sistem penyelenggaraan negara dalam negara polisi. Sedangkan golongan yang pertama hanya turut mendukung saja. Hal tersebut dikarenakan golongan bangsawan secara terbatas sudah sering diturutsertakan dalam kegiatan kenegaraan. Terutama sesudah semakin gencarnya himbauan dan serangan oleh pemikir-pemikir kenegaraan Inggris terhadap kekuasaan absolut raja dan di samping itu juga atas desakan para bangsawan itu sendiri. Kekuasaan absolut raja-raja Inggris kemudian diakhiri dengan diturut sertakannya Badan Perwakilan Rakyat sebagai partner raja dalam menyelenggarakan kegiatan negara.

Fungsi dan kedudukan badan perwakilan rakyat ini semakin hari menjadi semakin kuat sampai akhirnya dapat mengawasi dan membatasi kekuasaan raja dengan hukum. Perjuangan yang cukup panjang, menjadikan negara Inggris bukan saja monarkhi berparlemen dominan, tetapi juga terkenal karena keberhasilannya menciptakan kedaulatan hukum sebagai yang utama dan kekuasaan yang lebih dominan ada pada badan perwakilannya. Sejarah badan perwakilan Inggris, pada awalnya badan itu terdiri dari para bangsawan dan tuan-tuan tanah yang dimintakan sumbangannya untuk turut membiayai kegiatan kenegaraan. Tidaklah mungkin setiap kali raja memerlukan pembiayaan memanggil mereka yang dianggap mewakili kelompoknya masing-masing. Kegiatan ini lambat laun berkembang menjadi tempat raja meminta pendapat mengenai soal-soal kenegaraan, terutama soal pajak, dan perkembangan

selanjutnya dari lembaga ini ialah menjadi badan perwakilan Inggris. Kedudukan kelompok bangsawan dan tuan-tuan tanah ini tetap dipertahankan di kemudian hari pada waktu rakyat jelata Inggris menuntut adanya badan perwakilan untuk mereka. Demikianlah sejarah mengapa badan perwakilan Inggris terdiri dari dua dewan, yaitu *House of Lords*, yang anggota-anggotanya terdiri dari kaum bangsawan dan *House of Common*, yang anggota-anggotanya terdiri dari rakyat jelata. Kalau di negara-negara demokrasi yang lain fungsi dari badan perwakilan rakyat ialah mewakili rakyat menyampaikan kehendak atau aspirasi rakyat. Di Inggris ada suatu Hal yang nampaknya tidak sesuai dengan badan perwakilan, yaitu badan perwakilan yang terdiri dari dua badan yaitu "*House of Lords*" yang merupakan wakil rakyat yang mempunyai fungsi tertentu, yaitu menjadi penyaring-pembatas dari kehendak dan kebijaksanaan yang disampaikan oleh *House of Common*, utamanya kebijakan yang dianggap berlawanan dengan kebijaksanaan raja. Jadi *House of Lords* merupakan pelindung bagi kebijakan raja, agar kedudukan mahkota tidak terganggu gugat.

Perjuangan rakyat Inggris yang berabad-abad lamanya telah memberikan pengalaman yang amat berharga bagi **Albert Venn Dicey** sebagai bahan dalam menyusun karya ilmiahnya yang berjudul "*Introduction to the study of the Law of the Constitution*", diterbitkan pada tahun 1885 sampai hari ini tulisan **A.V. Dicey** ini masih merupakan buku utama yang memperkenalkan negara hukum Inggris di abad ke-19.

Bahasa Inggris tidak mengenal istilah "negara hukum"; namun demikian tidaklah berarti bahwa tidak ada negara hukum. Inggris menggunakan istilah lain untuk negara hukum seperti yang dikatakan oleh **W. Friedman** ..1s1 "*The*

term Rechtsstaat implying the limitation of the state power by the rule of law".²⁴⁷

Pemikiran mengenai negara hukum di Inggris sama artinya dengan pemikiran mengenai *rule of law* sedangkan pemikiran *rule of law* ini sudah mulai nampak dalam praktek kenegaraan pada masa pemerintahan **Henry II** pada tahun 1164 menghasilkan naskah konstitusi pertama yang terdiri dari 16 pasal yang dikenal sebagai *Constitution of Clarendon*. Naskah ini kemudian disusul oleh **Magna Charta** pada tahun 1215 yang isinya antara lain mengenai beberapa pembatasan atas kekuasaan raja tentang perpajakan, hak milik warga negara, kebebasan dan ancaman apabila raja melanggar **Magna Charta**. Piagam Magna Charta ini pada masa perkembangan, sampai dengan masa **E. Coke** saja sudah 30 kali dilengkapi dengan penyempurnaan.²⁴⁸

Berkenaan dengan Hal tersebut di atas **William Walvijn** mengatakan:

"Magna Charta is but a part of the people's rights and liberties, being no more but what with much striving and fighting, was by blood of our ancestors, wrestled out of the paws of those kings, who by force had conquered the nation, changed the laws and by strong hand held them in bondage".²⁴⁹

²⁴⁷ **W. Friedman**, *Legal Theory*, Stevens & Sons Ltd., London, 1960, Hlm. 456.

²⁴⁸ **Sir Edward Coke**, *Parliamentary Confirmation of the Great Caharacter*, dalam *Magna Charta* oleh Faith Thomson, The University of Minnesota Press, Mineapolis, 1950, Hlm . 9

²⁴⁹ **Idem**, Hlm . 410.

Akan terlihat bahwa **Magna Charta** merupakan embrio dari pada penyusunan *Bill of Rights* yang dikerjakan pada masa pemerintahan raja **William** dengan permaisurinya **Queen Marry** pada tahun 1689. *Bill of Rights* merupakan piagam yang menjamin hak-hak asasi kebebasan warga negara, pengaturan tentang kewajiban raja mentaati hukum. Jadi merupakan ketentuan tentang apa yang hendak di jamin oleh hukum atau apa yang ingin diselamatkan dengan *rule of law*.

Salah seorang pemikir Inggris yang termashur dalam *rule of law* adalah **Albert Venn Dicey** yang karya utamanya berjudul *Introduction to the study of the Law of the Constitution* yang diterbitkan untuk pertama kalinya pada tahun 1885 sampai hari ini masih merupakan buku utama untuk mempelajari sistem ketatanegaraan Inggris. Dalam karyanya itu ia mengemukakan 3 unsur utama dari *rule of law*, yaitu :

- a. Supremacy of law;
- b. Equality before the law;
- c. Constitution base on individual rights.

Unsur yang pertama yaitu *supremacy of law* atau supremasi hukum. Di Inggris Hal ini merupakan Hal yang tidak bisa ditawar-tawar lagi. Ini merupakan unsur yang diperjuangkan rakyat Inggris lebih awal jika dibandingkan dengan negara-negara Barat lainnya. Negara Inggris yang diatur oleh hukum dan seorang hanya mungkin dihukum karena melanggar hukum, tidak karena Hal-Hal yang lainnya. Hak kebebasan seorang warga benar-benar terjamin oleh hukum, artinya tidak seorang pun boleh dipenjarakan atau ditahan tanpa adanya dasar hukum atau hukum yang dilanggarnya. *Habeas Corpus Act* telah memberikan kewenangan kepada hakim untuk membebaskan setiap orang

yang ditahan tanpa alasan bahkan Hal ini dikenal sebelum *Habeas Corpus Act* diundangkan contoh berikutnya menunjukkan bukti supremasi dari hukum yang diterapkan melalui pengadilan oleh hakim. Pada tahun 1839 terjadi pemberontakan di Kanada (yang pada waktu itu masih merupakan dominion Inggris). Para pemberontak yang tertangkap di Inggris ditahan di *Liverpool*. Pengacaranya mengajukan protes bahwa pemerintah Inggris tidak berwenang menahan para pemberontak tersebut. Sidang di pengadilan *court exchaque habeas corpus*, hakim setelah memeriksa tidak menemukan alasan hukum yang dapat diterapkan untuk menahan mereka, dan memutuskan penahanan di *Liverpool* tidak sah, mereka dibebaskan.

Bahkan tidak seorang pun dapat ditahan karena perintah dari perdana menteri ataupun permintaan dari menteri-menteri lainnya, misalnya dengan alasan untuk keamanan umum yang sangat urgen ataupun dengan alasan kebijaksanaan tingkat tinggi yang menyangkut kepentingan nasional. Hakim hanya akan menanyakan apakah ada *rule of common* atau *statute law* yang memberikan otoritas kepada pemerintah untuk melakukan penahanan. Jika tidak, maka tidak ada penahanan terhadap siapapun. Hal semacam yang terjadi pada tahun 1854, atas permintaan Angkatan Laut Rusia polisi Inggris menahan sejumlah pelaut Rusia yang dinyatakan melakukan desersi. Mereka berasal dari kapal Rusia yang berlabuh di Inggris. Pihak Rusia juga meminta agar pelaut itu dikembalikan ke kapal Rusian yang sedang berlabuh di Ports Mouth. Pejabat hukum yang diminta konsultasinya menyatakan bahwa tidak ada dasar untuk

menahan dan menyerahkan pelaut-pelaut Rusia itu kepada atasannya.²⁵⁰

Dari contoh-contoh ini nampak bahwa hakim Inggris mengendalikan serta mengawasi tindakan dari pejabat administratif atau eksekutif. Hal ini merupakan otoritas hakim yang dilaksanakan karena supremasi hukum yang menjunjung citra *Rule of Law*. Akibat dari kejadian ini dan untuk menjaga hubungan baik dengan negara-negara lainnya, Inggris kemudian membuat *Extradition Act* pada tahun 1870. Ketentuan tersebut raja diberi kewenangan untuk membuat perjanjian extradisi sepanjang menyangkut pelaku tindak pidana kriminal. Akan tetapi pelaksanaan perjanjian ini tetap harus memperhatikan *Common Law*. Supremasi hukum bukan saja mengatur kebebasan warga tetapi juga pembatasan kewenangan pejabat yang senantiasa harus tunduk pada hukum, dan mendasarkan semua kebijaksanaan dan tindakannya pada hukum.

Unsur yang kedua yaitu *equality before the law*. Semua warga negara baik selaku pribadi maupun dalam kualifikasinya sebagai pejabat negara tunduk pada hukum yang sama dan diadili di pengadilan biasa yang sama. Jadi setiap warga negara sama kedudukannya di hadapan hukum; dan apabila ia melanggar hukum baik secara pribadi maupun selaku pejabat negara, ia akan diadili dengan hukum yang sama dan oleh pengadilan yang sama. Jadi di Inggris tidak dikenal pengadilan khusus bagi pejabat seperti yang dikenal dalam sistem hukum Eropa Kontinental berupa Pengadilan Administrasi (di Indonesia Pengadilan Tata Usaha Negara)

²⁵⁰ A.V. Dicey, *Introduction*, Op. Cit., Hlm. 223-224.

yang khusus mengadili pejabat dalam tindakannya melaksanakan tugas-tugas kenegaraanya. Di sini tidak seorang pun yang kebal dari hukum. Apapun pangkat dan jabatannya, apakah ia Perdana Menteri ataupun seorang Agen Polisi ia wajib tunduk pada hukum yang sama (*ordinary law*). Semuanya berada di bawah tanggung jawab yang sama untuk setiap tindakannya yang dilakukannya di luar kewenangannya yang sah menurut hukum, walaupun tindakan itu dilakukannya atas perintah atasannya, ia tetap tidak dapat menghindar dari tanggung jawab hukumnya.

Selain dari itu kebebasan seorang warga di Inggris terjamin oleh hukum. Seorang warga yang ditahan oleh pejabat pemerintah, misalnya Polisi, ia dapat mengajukan permintaan tentang kejelasan alasan atas penahanannya kepada Pengadilan Tinggi dan meminta agar ia segera dihadapkan ke pengadilan untuk mengetahui alasan hukum atas penahanannya itu. Atas permintaannya itu Pengadilan Tinggi akan segera mengeluarkan Surat Perintah terutama apabila permohonan diajukan dengan cukup alasan yang kuat bahwa hak kebebasannya telah dilanggar secara tidak sah, agar persaksian segera dihadapkan ke pengadilan. Permohonan dapat diajukannya sendiri atau melalui kuasanya. Apabila pejabat yang menerima Surat Perintah itu mengabaikan Surat Perintah itu, maka ia akan dianggap melakukan *contemp of court*.

Unsur yang ketiga yaitu *constitution base on individual right* terlebih dahulu perlu diutarakan bahwa konstitusi Inggris tidak diciptakan sekaligus jadi seperti konstitusi banyak negara lain, melainkan merupakan generalisasi dari pada keputusan-keputusan yang dibuat oleh hakim-hakim

Inggris dan Undang-undang yang dibuat khusus untuk melindungi hak-hak asasi. **R.S. Moore** mengatakan :

“British Constitution is not written in the sense of single formal document as are the constitutions of a great many document, character, petitions, institution, judicial precedents and decisioni, the common law, traditional custom usages and conventions”.²⁵¹

Maksud dengan *un written constitution*, bukanlah konstitusi yang tidak tertulis, melainkan tidak termuat dalam satu naskah, tetapi terdiri dari beberapa naskah dan ketentuan hukum yang dipergunakan untuk menyelenggarakan pemerintahan dengan persetujuan yang dibuat dengan sewenang-wenang dan dilaksanakan secara sewenang-wenang oleh seorang tiran. Hal ini samalah artinya *rule of law by the diktator atau rule of man*.²⁵² Berikut ini adalah penelitian **Wade** dan **Philips** yang dimuat dalam karya yang berjudul *Constitutional Law*. Ia berpendapat bahwa *rule of law* pada tahun 1955 sudah berbeda dibandingkan pada waktu awalnya. Mengenai unsur pertama dari *rule of law*, yaitu supremasi hukum sampai saat ini masih merupakan unsur yang esensial dari Konstitusionalisme Inggris. Hanya saja sekarang ada kelompok-kelompok yang taat pada hukum yang khusus dari kelompoknya serta pelanggaran atasnya diadili dalam pengadilan yang khusus pula, seperti kelompok militer yang berada di bawah yuridiksi Pengadilan Militer, kelompok Gereja juga diadili oleh Pengadilan Gereja. Walaupun supremasi hukum masih merupakan unsur esensial,

²⁵¹ **Rusell F. Moore**, *Basic Comparative Government Modern Constitutions*, Littlefield Adams & Co., Towa, 1957, Hlm. 30.

²⁵² **Idem**, Hlm. 3-7

namun negara sekarang turut campur dalam berbagai bidang kehidupan warganya. Oleh karena itu dengan syarat untuk kepentingan umum, negara atau pemerintah dapat mengambil tindakan-tindakan yang tidak mungkin dibayangkan terlebih dahulu. Tindakan seperti ini sudah tentu berdasarkan (kebanyakan) apa yang disebut "*freies ermessen*". Hal ini tentunya berarti mengurangi kadar dari supremasi hukum.

Mengenai unsur kedua, yaitu kesamaan dihadapan hukum. Hal ini tidaklah berarti bahwa kekuasaan warga negara dapat disamakan dengan kekuasaan pejabat negara. Pemberian kekuasaan khusus kepada pejabat negara untuk melakukan tugas kenegaraan/jabatannya tidak dianggap melanggar *rule of law*. Selain itu ada pula yang merupakan pengecualian, di antaranya ialah :

- a. Hak-hak *Immunity* dari raja;
- b. Wakil negara asing juga mempunyai hak kekekabalan;
- c. Persatuan dagang dapat mengatur sendiri urusannya ke dalam;
- d. Adanya kekuasaan arbitrase.²⁵³

Hal tadi dianggap sebagai mengurangi makna dari *Equality Before the Law*.

Selain kedua sarjana tersebut maka pada tahun 1976 **Roberto Mangabeira** menulis karyanya *Law in Modern Society* bahwa dewasa ini terjadi: pertama, meluasnya arti "kepentingan umum" seperti pengawasan-pengawasan atas kontrak yang curang untuk penimbunan harta kekayaan secara tidak adil, pengawasan terhadap konsentrasi ekonomi

²⁵³ **Wade & Philips**, *Constitutional Law* , Longman Green and Co, London, 1936, Hlm. 92-93.

yang dapat mengganggu pasar dalam persaingan bebas. Hal tersebut menunjukkan bahwa dalam bidang perekonomian turut campur tangan pemerintah menjadi lebih luas. Kedua, adanya peralihan dari gaya formalitas dari *rule of law* ke orientasi prosedural yang substantif dari keadilan. Hal ini terjadi karena dinamika dari Negara Kesejahteraan (*The Welfare State*).²⁵⁴ Hal terakhir ini biasa disebut dengan "*due process of law*". Negara Inggris lebih mengutamakan bagaimana caranya agar keadilan benar-benar dinikmati oleh rakyatnya.

Berkembangnya *rule of law* menjadi *Welfare State* dapat dilihat dari serangkaian kelengkapan kegiatan negara Inggris setengah abad terakhir ini. Di negara ini telah ada:

- a. Program Jaminan Sosial ;
- b. Program Jaminan Kesehatan Nasional ;
- c. Nasionalisasi perusahaan swasta yang menyangkut kepentingan umum ;
- d. Kesempatan menikmati pendidikan lanjutan dan tinggi bagi mereka yang ekonominya kurang mampu.

Hal yang sama dapat juga dilihat di Amerika Serikat, di sini sudah ada serangkaian Undang-undang yang mengatur kesejahteraan, yaitu :

- a. The Agricultural Act 1933;
- b. The National Labor Relations Act 1935;
- c. Labor Managemen Relation Act 1947;
- d. Social Security Act 1935;

²⁵⁴ **Roberto Mangabeira Unger**, *Law in Modern Society, The Free Press*, New York, 1977, Hlm. 192.

e. Higher Education Act 1965.²⁵⁵

C. Negara Hukum Konsep Benua Eropa

Pemikiran negara hukum sebagaimana telah dikemukakan pada bagian terdahulu bahwa timbul sebagai reaksi atas konsep negara polisi (*Polizei Staat*) dengan mengikuti *Hans Nawiasky Polizei* terdiri atas dua Hal, yaitu *Sicherheit Polizei* yang berfungsi sebagai penjaga tata tertib dan keamanan dan *Verwaltung Polizei* atau *Wohlfart Polizei* yang berfungsi sebagai penyelenggara perekonomian atau penyelenggara semua kebutuhan warga negara.²⁵⁶

Karena itu *Polizei Staat* artinya negara yang menyelenggarakan ketertiban dan keamanan serta menyelenggarakan semua kebutuhan hidup warga negaranya. Andai kata kedua fungsi itu diselenggarakan dengan baik artinya benar-benar memperhatikan kebutuhan warga negaranya, maka Hal itu tidak akan menimbulkan permasalahan, seperti disebutkan oleh **R. Von Mohi** sebagai polisi yang baik yang melaksanakan fungsinya berdasarkan atas hukum dan memperhatikan kepentingan masyarakat. Akan tetapi yang terbanyak adalah polisi yang tidak baik, yang bertindak secara sewenang-wenang dan bukan saja mengabaikan kepentingan masyarakat, tetapi juga

²⁵⁵ **William Ebenstein & Edwin Fogelman**, *Today's Isms*, Prentice Hall Inc., New York: 1985, Hlm. 153-196.

²⁵⁶ **Hans Nawiasky**, *Allgemeine Staatslehre*, Verlagsanstalt Benziger & Co. A.G., Zurich. Koln, Zweiter Teil, 1955, Hlm. 50.

menyalahgunakan wewenangnya untuk kepentingan sendiri ataupun kelompok saja.²⁵⁷

Praktek kekuasaan sewenang-wenang dapat dilihat pada pemerintahan **Louis XIV** dari Perancis, yang membawa akibat timbulnya Revolusi Perancis pada Tahun 1789. Pada tanggal 5 Mei 1789, jadi sebelum revolusi itu, raja terpaksa mengundang rapat kaum bangsawan, kaum pendeta dan kaum pedagang di Istana Versailles. Ini adalah rapat yang pertama kali diadakan lagi, sebab sejak tahun 1614 rapat gabungan seperti ini tidak pernah diadakan lagi. Dari sejak rapat tersebut golongan ketiga yaitu para pedagang dan orang kaya mendapat kedudukan untuk turut menentukan jalannya kebijaksanaan negara, sejarah negara hukum di Perancis dapat diangap mulai revolusi 4 Juli 1789 itu. Kalau pada masa sebelumnya yang berperan dalam kegiatan kenegaraan bersama raja hanyalah kaum bangsawan dan para pendeta saja, maka sejak saat itu hukum borjuis mulai memegang peranan dalam kegiatan kehidupan bernegara yang semakin lama peran kaum borjuis ini semakin besar. Terutama ketika raja memerlukan dana yang semakin besar untuk membiayai peperangan. Raja memerlukan bantuan pendanaan yang cukup besar dari kaum borjuis, akibatnya peranan kaum borjuis dalam mengatur kehidupan bernegara pun jadi semakin besar. Sebab apabila raja tidak memperhatikan usulan kepentingan kaum borjuis ini tentulah raja tidak akan mendapatkan bantuan pendanaan tersebut.

²⁵⁷ **Robert Mohl**, *Two Concepts of the Rule of Law* Gottfried Dietze, Liberty Fund Inc., Indianapolis, 1973, Hlm. 22.

Hal yang sama terjadi pula di Jerman, meski Kaisar Jerman pada waktu itu **Frederick Wilhelm IV** tidak selemah **Louis XIV** namun ia terpaksa menerima kehadiran *menschen von bezit und bildung*, yaitu orang-orang kaya dan cendekiawan untuk turut berperan dalam pemerintahannya. Kehadiran golongan Liberal beserta hasil pemikirannya tentang negara hukum bukan saja berperan dalam lingkungan Jerman saja, tetapi juga mempengaruhi bangsa-bangsa yang lainnya di Eropa. Kalau di Inggris dikenal **A.V. Dicey**, maka di sini juga dikenal beberapa pakar yang pemikiran negara hukumnya dominan di Eropa kontinental. Yang pertama akan dikemukakan ialah **Immanuel Kant**, yang hidup dari 1724 sampai dengan 1804.²⁵⁸

D. Konsep Negara Hukum Immanuel Kant

Konsep negara hukumnya ditulis dalam karya ilmiahnya yang berjudul *Methaphysiche Anfangsgrunde der Rechtslehre*. Sebagaimana telah dikemukakan di atas bahwa yang bereaksi terhadap negara policie adalah orang-orang kaya dan pandai, mereka ini disebut kaum borjuis Liberal. Oleh karena itu konsep negara hukum hasil pemikirannya pun dinamakan Negara Hukum Liberal. Apa yang sebenarnya diinginkan oleh kaum Borjuis Liberal ini, apakah mereka ingin turut berperan dalam seluruh kegiatan kenegaraan? Jawabannya ialah tidak. Mereka hanya menginginkan agar hak-hak dan kebebasan pribadinya tidak diganggu, mereka tidak ingin dirugikan. Hal yang mereka ingini hanyalah agar mereka dibebaskan untuk mengurus kepentingannya sendiri, kongkritnya ialah agar penyelenggaraan perekonomian atau

²⁵⁸ **Von Schmid**, *Ahli-Ahli*, Op. Cit., Hlm. 242.

kemakmuran diserahkan kepada mereka dan negara jangan turut campur dalam penyelenggaraan perekonomian tersebut, jadi hanya *Wohlfart Polizei*, sedangkan *Secherheit Polizei*, penjaga tata tertib dan keamanan tetap diselenggarakan oleh negara. Jadi fungsi negara dalam negara Hukum Liberal ini hanyalah menjaga tata tertib dan keamanan. Oleh karena itu negara hukumnya disebut sebagai Negara Hukum Jaga Malam (*Nachtwachter Staat*). Meskipun **Kant** menolak *Polizei Staat*, tetapi ia masih dapat polisi yang baik yang semua tindakannya didasarkan atas hukum.²⁵⁹ Penyelenggaraan Perekonomian dalam Negara Hukum Liberal adalah berazaskan persaingan bebas *laisse faire, laissez passer*, siapa yang kuat dia yang menang. Kepentingan masyarakat tidak usah diperhatikan yang penting mereka (kaum Liberal), mendapatkan keuntungan sebesar-besarnya. Perekonomian yang diserahkan penuh kepada swasta, tanpa turut campur pemerintah atau negara tidak mendatangkan kemakmuran bagi rakyat banyak, yang makmur hanyalah konglomerat kaum Liberal saja. Tujuan dari negara hukum tidak tercapai dengan konsep Negara Hukum Liberal. Oleh karena itu, untuk mengatasi kekurangan tersebut, dikemukakan konsep perbaikannya oleh seorang sarjana Jerman lainnya yaitu **Frederich Julius Stahl**.

E. Konsep Negara Hukum Formal dari F. J. Stahl

Karya ilmiahnya berjudul *Philosophie des Rechts*, diterbitkan pada tahun 1878. Sama Halnya dengan Kant yang

²⁵⁹ **Gottfried Dietze**, *Two Concepts of The Rule of Law*, Liberty Fund Inc., Indiananapolis, 1973, Hlm . 22.

hanya memperhatikan aspek formalnya saja, maka Stahl juga mengabaikannya aspek materialnya. Dibandingkan dengan Mohl, ia sudah melihat aspek material dari Negara Hukum dan Mohl tidak terlampau individualistic. Oleh karena itu konsep negara hukum dari Stahl dinamakan Negara Hukum Formal. **Stahl** telah berusaha menyempurnakan konsep Negara Hukum Liberal dari **Kant**. Faham liberal dipengaruhi dari pemikiran **Rousseau**, **Stahl** menyusun Negara Hukum Formal yang unsur-unsur utamanya adalah sebagai berikut:

- a. Mengakui dan melindungi hak-hak asasi manusia;
- b. Untuk melindungi hak asasi tersebut maka penyelenggaraan negara harus berdasarkan pada teori trias politica;
- c. Dalam menjalankan tugasnya pemerintah berdasarkan Undang-undang (*wetmating bestuur*);
- d. Apabila dalam menjalankan tugasnya berdasarkan Undang-undang pemerintah masih melanggar hak asasi (campur tangan pemerintah dalam kehidupan pribadi seseorang), maka ada pengadilan administrasi yang akan menyelesaikannya.²⁶⁰

Keempat unsur utama Negara Hukum Formal yang dikemukakan **Stahl** ini dapatlah ditarik kesimpulan bahwa negara hukum bertujuan untuk melindungi hak-hak asasi warga negaranya dengan cara membatasi dan mengawasi gerak langkah dan kekuasaan negara dengan Undang-undang. Sayangnya **Stahl** hanya mengutamakan aspek formalnya saja, sehingga hak asasi dan kebebasan individu yang terlindungi secara formal juga. Hasilnya hanya

²⁶⁰ **Padmo Wahyono**, *Negara ...*, Op. Cit., Hlm . 151.

membawa persamaan dalam aspek hukum dan politik saja. Pencapaian kemakmuran system penyelenggaraan ekonomi Liberal yang memberikan kesempatan untuk bersaing secara bebas, siapa yang kuat dia yang menang untuk mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya bagi dirinya sendiri tanpa memperhatikan kepentingan masyarakat. Lagi pula turut campur tangannya negara dalam penyelenggaraan ekonomi hanyalah dapat sepanjang telah disetujui oleh rakyat dengan Undang-undang. Negara tidak boleh menyimpang ataupun memperluas peranannya dalam penyelenggaraan perekonomian, selain yang telah ditetapkan oleh Undang-undang, jadi harus *wet matig*. Tidak semua kejadian dan permasalahan yang akan terjadi di kemudian hari dapat diperkirakan keseluruhannya, bahkan manusia tidak dapat memperhitungkan apa yang akan terjadi pada dirinya besok pagi. Pembatasan yang ketat dengan Undang-undang telah mempersempit ruang gerak pemerintah dalam penyelenggaraan negara, sehingga pemerintah menjadi kaku dan tidak dapat mengelola negara untuk mencapai masyarakat yang bebas makmur bagi setiap individu. Kalau di dalam Anggaran Belanja Negara yang telah disetujui oleh rakyat hanya terdapat pos anggaran pengaspalan jalan raya, sedangkan yang terjadi pada waktu itu gempa bumi yang menyebabkan runtuhnya jembatan, maka dalam Hal ini pemerintah tidak boleh mengalihkan sebagian dana anggaran perbaikan jalan untuk perbaikan jembatan. Sebab tindakan pengalihan itu *onwetmatig*, meski sangat berguna dan diperlukan apabila dilihat dari sudut keseluruhannya. Bukanlah percuma memperbaiki jalannya, kalau jembatannya tidak bisa dilalui. Jadi *wetmatigheid van het bestuur* tidak atau belum menjamin akan tercapainya negara hukum yang

makmur. Tujuan dari cita negara hukum untuk menjamin hak-hak asasi dan kebebasan bagi setiap warga negara untuk berkehidupan sejahtera belum terwujudkan.

F. Perkembangan Pemikiran Negara Hukum Abad ke -XX

Di abad ke-XX konsep negara hukum mengalami perkembangan yang mendapat perhatian para pemikir dari berbagai bangsa yang mengingini kehidupan yang demokratis, berprikemanusiaan dan kesejahteraan. Di negara Belanda ada beberapa pemikir yang mencoba untuk menyempurnakan cita negara hukum. Pada kesempatan ini hanya akan dikemukakan beberapa orang saja, ruang lingkup ini bukanlah dimaksud untuk pengungkapan yang menyeluruh, tetapi hanya akan mengemukakan pemikiran yang erat hubungannya dengan permasalahan unsur negara hukum yang telah berkembang dewasa ini.

Pertama akan dikemukakan adalah **Paul Scholten** dalam karya ilmiahnya berjudul *Verzamelde Geschriften* yang diterbitkan pada tahun 1935, ia mengemukakan, dalam membahas unsur-unsur negara hukum. Unsur yang dianggap penting dinamakannya sebagai asas dan unsur yang merupakan perwujudan dari asas tadi dinamakan aspek, dalam membahas unsur-unsur negara hukum. Unsur yang dianggap penting dinamakannya sebagai asas dan unsur yang merupakan perwujudan dari asas tadi dinamakan aspek berikut ini adalah gambaran dari asas-asas (penulis, unsur pertama) dan aspek-aspek dari konsep Negara Hukum Scholten. Unsur utamanya adalah :

a. Ada hak warga negara terhadap negara/raja. Unsur ini mencakup 2 aspek yaitu, pertama hak individu yang pada

prinsipnya berada di luar wewenang negara, yang kedua pembatasan atas hak tersebut hanyalah dengan ketentuan Undang-undang, yang berupa peraturan yang berlaku umum. kedua aspek ini merupakan unsur Negara Hukum Barat yang perwujudannya berupa hak-hak asasi yang meliputi kebebasan beragama, berserikat, berpendapat, pers dan hak milik. Pembatasan atas hak dan kebebasan tersebut hanyalah dengan Undang-undang dan bukan atas kekuasaan atau kehendak raja. Juga termasuk dalam unsur ini adalah persamaan di hadapan hukum yang merupakan asas demokrasi.

b. Unsur utama yang kedua adanya pemisahan kekuasaan.

Jika mengikuti **Montesque, Scholten** mengemukakan 3 kekuasaan negara yang harus terpisah satu dengan yang lainnya yaitu, kekuasaan pembentuk Undang-undang, kekuasaan pelaksana Undang-undang dan kekuasaan mengadili pengadilan. Dalam Hal ini pemisahan kekuasaan lain perlu diingat bahwa dalam kekuasaan pembentuk Undang-undang, dengan cara apapun rakyat hendaklah diikutsertakan dalam kekuasaan tersebut. Hal ini merupakan karakteristik negara hukum, karena hukum menentukan hubungan antara pelaksana hukum (penulis, pemerintah) dan mereka yang harus mematuhi hukum (penulis, yang diperintah). Jika hukum diperinci lebih lanjut dalam Undang-undang, untuk menghindari adanya kesewenang-wenangan dalam pembentukan Undang-undang, maka keikutsertaan dari mereka yang diperintah (rakyat) yaitu terhadap siapa hukum itu diberlakukan adalah persyaratan mutlak.²⁶¹

²⁶¹ **Paul Scholten**, *Verzalde ...*, Op. Cit., Hlm. 383-384.

Selanjutnya **Scholten** mengemukakan kritiknya terhadap **Montesque** yang menganggap hakim sebagai pelaksana tunggal yang menerapkan Undang-undang, pandangan seperti ini sudah ditinggalkan. Amerika Serikat sebagai negara yang paling konsekwen melaksanakan trias politika, menentukan presiden sebagai pelaksana Undang-undang. Sedangkan ada unsur khas Amerika, yaitu Mahkamah Agung (*Supreme Court*) di samping tugasnya mengadili, juga mempunyai kekuasaan kehakiman mempunyai kekuasaan pengawasan atas pembentuk Undang-undang. Menurut **Scholten** kedudukan yang seperti ini dari kekuasaan kehakiman tidak lagi sama derajatnya dengan pembentuk Undang-undang, tetapi sudah lebih tinggi. Selanjutnya **Scholten** meminta perhatian agar dalam masalah pembentukan Undang-undang janganlah dilihat dari aspek formalnya saja, tetapi juga materinya. Sedangkan kecenderungan adanya kekuasaan pemerintah yang semakin besar perlu diwaspadai jangan sampai dari kedaulatan hukum beralih menjadi kedaulatan negara. Bukankah salah satu tujuan dari mendirikan negara hukum adalah untuk membatasi kekuasaan negara ?

Pengembangan pemikiran tentang negara hukum di Negeri Belanda juga berkat pemikir-pemikir Belanda sendiri yang menaruh perhatian yang cukup besar. Kongres yang diselenggarakan oleh Fakultas Hukum Rijksuniversiteit di Groningen pada Februari 1899 telah disampaikan beberapa kertas kerja, di antaranya ialah dari **M. Scheltema**. Menurut **Scheltema** dari ciri khas negara hukum ialah, bahwa negara memberikan naungan kepada warganya dengan cara yang

berbeda bagi masing-masing bangsa. Negara hukum adalah suatu pengertian yang berkembang. Ia terwujud sebagai reaksi atas kekacauan di jaman yang silam. Karena itu unsur negara hukum berakar pada sejarah dan perkembangan suatu bangsa. Setiap bangsa atau negara memiliki sejarah yang tidak sama, oleh karena itu pengertian dan isi negara hukum dari berbagai bangsa akan berbeda pula. Pembahasannya hendaklah memperhatikan serta menganalisa akar-akar sejarah pengertian suatu bangsa mengenai negara hukum. Di sini akan nampak sejauh mana pengaruh dan sumbangan pikiran luar negeri terhadap perkembangan negara hukum suatu bangsa. Menurut **Scheltema** ada 4 asas atau unsur utama negara hukum dan setiap unsur utama diikuti beberapa unsur turunannya. Berikut ini adalah gambaran dari unsur – unsur tersebut :

a. Adanya kepastian hukum, yang unsur turunannya adalah :

1. Asas Legalitas ;
2. Undang-undang yang mengatur tindakan yang berwenang sedemikian rupa, sehingga warga dapat mengetahui apa yang diharapkan ;
3. Undang-undang tidak boleh berlaku surut ;
4. Hak asasi dijamin dengan Undang-undang ;
5. Pengendalian yang bebas dari pengaruh kekuasaan lain ;

b. Asas persamaan, yang unsur turunannya adalah :

1. Tindakan yang berwenang diatur dalam Undang-undang dalam arti materiil ;
2. Adanya pemisahan kekuasaan.

c. Asas demokrasi, yang unsur turunannya adalah :

1. Hak untuk memilih dan dipilih bagi warga negara.

2. Peraturan untuk badan yang berwenang ditetapkan oleh parlemen.

3. Parlemen mengawasi tindakan pemerintah.

d. Asas pemerintahan untuk rakyat, yang unsur turunannya adalah :

1. Hak asasi dijamin dengan Undang-Undang Dasar.

2. Pemerintahan secara efektif dan efisien.²⁶²

Schtelma mengakui bahwa tidak semua unsur-unsur negara hukum tersebut di atas dilaksanakan di negeri Belanda. Seperti permohonan kasasi masih harus diajukan kepada raja, sedangkan Hal ini sudah bertahun-tahun ditentang oleh rakyat. Pengawasan pemerintah oleh parlemen belum dijalankan secara menyeluruh. Asas legalitas menimbulkan banyak persoalan, sehingga adanya pemerintah wewenang membuat peraturan pemerintah perlu dipertimbangkan kembali.²⁶³

Berdasarkan Hal-Hal yang dikemukakan **Schtelma**, unsur-unsur utama negara hukum dari satu bangsa dapat berbeda dari bangsa lainnya. Penyebab dari perbedaan itu adalah latar belakang sejarah suatu bangsa, terutama sejarah negara hukumnya. **Schtelma** selanjutnya berpendapat bahwa, pada akhir abad ke-20 tugas-tugas penyelenggara negara telah jauh berkembang, terutama tugas pemerintah, tidak lagi sebatas menjaga ketertiban saja. Pemerintah mengurus banyak segi dari kehidupan masyarakat, maka terkadang pemerintah

²⁶² **Scheltema**, *De Rechts ...*, Op. Cit., Hlm. 16-21.

²⁶³ **Idem**, Hlm . 23.

harus memihak di dalam tindakan membuat Undang-undang dan lebih mementingkan pemerintah. Pembuatan Undang-undang pemerintah berperan sangat aktif sedang badan legislatif keahliannya jauh tertinggal di banding Biro Hukum yang merancang Undang-undang. Semakin banyak wewenang pembuatan Undang-undang didelegasikan kepada pemerintah, bukan pemerintah dapat mengalihkan pelaksanaan anggaran dari Anggaran Belanja Negara yang diatur secara ketat.

Perkembangan masyarakat serta kebutuhan masyarakat tidak cukup kalau hanya diatur secara formal dengan asas legalitas, akibatnya Negara Hukum formal mendapat kritik cukup pedas dari Negeri Belanda sehingga Schtelma beranggapan bahwa, banyak tindakan-tindakan kebijaksanaan dari pemerintah dalam berbagai ketentuan. Hal ini dimungkinkan oleh delegasi dari kekuasaan pembentuk Undang-undang kepada pemerintah dalam membuat peraturan pelaksanaan, *Fries Ermessen* memungkinkan pemerintah menjamin ketertiban yang lebih adil dalam usaha memenuhi kebutuhan dari masyarakat. **Styucken** menganggap di abad ke-XX ini sudah tampil negara baru, yaitu negara (negara-negara hukum) yang membagi segala kebutuhan hidup, yang menyongsong para warga negara dengan berbagai sarana yang diperlukan warga negaranya.

Negara hukum modern, negara tidak dapat membebani warga negara untuk melakukan suatu kewajiban, tidak dapat memerintah atau melarang terkecuali atas dasar perintah hukum, yang ditetapkan oleh raja dalam musyawarah dengan Perwakilan Rakyat.

Hukum belum cukup memberi perlindungan atas kebebasan pribadi. Hal ini disebabkan pertumbuhan semakin luasnya kegiatan-kegiatan negara, peran pembentuk Undang-undang telah berkembang dari semula sebagai pembentuk norma-norma menjadi pembentuk Undang-undang yang kewenangan kepada pemerintah. Pada hukum administrasi modern tidak ada norma yang ditujukan kepada para warga negara, melainkan pemberian wewenang kepada pemerintah untuk bertindak sesuai dengan norma-norma.²⁶⁴

Lunshof dalam disertasinya di Fakultas Hukum Rijksuniversiteit pada tahun 1989 mengatakan : Parlemen bukan hanya membentuk Undang-undang saja.

Pendelegasian tugas pembentukan Undang-undang kepada pemerintah sudah memenuhi asas legalitas, asal saja dilaksanakan sesuai dengan hukum. Pembentuk Undang-undang hendaklah menentukan batas jangkauan pendelegasian wewenang, serta bidang-bidang yang boleh didelegasikan hendaklah dirumuskan secara cermat atau setidaknya pembentuk Undang-undang menetapkan kerangka atau setidaknya pembentuk Undang-undang menetapkan kerangka atau garis besarnya, sedang yang didelegasikan hanya perinciannya. Hal ini terutama sekali dalam peraturan yang berlaku ke luar untuk umum.²⁶⁵

Selanjutnya **Lunshof** menyebutkan bahwa unsur Negara Hukum yang demokratis adalah :

²⁶⁴ **H.R. Lunshof Welzin**, *Wet Wetqwer*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1989, Hlm. 7.

²⁶⁵ **Idem**,. Hlm . 23.

- a. Pemisahan antara pembentuk Undang-undang, pelaksana Undang-undang dan peradilan.
- b. Penyusunan pembentuk Undang-undang secara demokratis.
- c. Asas Legalitas.
- d. Pengakuan hak asasi.

Ditambahnya asas legalitas dalam unsur tersebut adalah karena perkembangan pada tahun 1919 di mana wanita untuk pertama kali mendapat hak pilih.

“In de loop van de negentiende eeuw is allengs o have kiesrecht poor hate parlement verruimd, en net de toekenning van het vrouwen kiesrecht pas in 1919 tot en afronding gekomen, zodat nu ook gesproken kan worden van en democratische rechstaat.”²⁶⁶

Sepanjang abad ke-XX negara hukum terus berkembang, penyelenggaraan negara oleh pemerintah telah berubah kegiatan-kegiatan negara telah menyebar untuk mengatur berbagai pokok persoalan kehidupan bernegara. Sekarang Negara Hukum klasik liberal telah menjadi negara kesejahteraan oleh karena itu **Lunshof** menganggap asas legalitas tetap sebagai unsur utama yang penting meski negara telah berubah menjadi negara kemakmuran.

Lunshof sependapat dengan Bohtlingk bahwa asas legalitas adalah asas yang turut menjamin asas-asas lainnya seperti pembatas kekuasaan pemerintah menjamin hak asasi. Bohtlink mengatakan : *“Nergens nu blijkt, hoemen de burgelijk vrijheid in deze Grondwet anders gegarandeed zag dan door heit*

²⁶⁶ **Idem**, Hlm . 4.

*legaliteits heginsel met heit daerbij be horendeh wetsbegrip: de algemene naar buiten werkende rechtsregel.*²⁶⁷

Oleh karena itu **Lunshof** berpendapat bahwa adanya unsur baru dari Negara Hukum abad ke-XX adanya pengawasan pengadilan terhadap pelaksanaan pemerintah, pemberian wewenang kepada pemerintah dan perlindungan hukum terhadap yang berkuasa.

Hal-Hal yang sudah disebutkan, disimpulkan bahwa peran dari Undang-undang telah berubah sehubungan dengan perubahan dalam kegiatan-kegiatan negara. Hal ini amatlah penting karena menyangkut bagaimana caranya membatasi kekuasaan pemerintah yang dipergunakannya untuk dan atas nama kepentingan umum.

Sekalipun asas legalitas tetap dipertahankan, namun kekuasaan pembentuk Undang-undang kepada pemerintah adalah demi kepentingan penyelenggaraan pemerintahan. Kalau semula Undang-undang dasar Belanda tahun 1815 (pasal 105), kekuasaan pembentuk Undang-undang dilakukan oleh raja bersama-sama Staten General maka dalam Undang-Undang Dasar 1957 yang kemudian disempurnakan dalam Undang-Undang Dasar 1983 (pasal 89), Jiwa dari pasal ini telah berkurang dengan pendelegasian sebagian wewenang tersebut kepada raja. Hal itu dapat dilihat dari bunyi pasal 89 Undang-Undang Dasar 1983:

1. Pelaksaaan pemerintahan untuk kepentingan umum ditentukan oleh raja.
2. Ketentuan-ketentuan yang dengan menjatuhkan hukumannya hanya diberikan berdasarkan

²⁶⁷ **Idem**, Hlm. 23.

Undang-undang dan sanksinya ditetapkan oleh Undang-undang.

3. Ketentuan tersebut diumumkan dengan Undang-undang dan tidak berlaku surut.

4. Ketentuan dalam ayat 2 dan 3 berlaku pula bagi kebutuhan umum lainnya yang mengikat.

Sarjana Hukum Belanda yang cukup dikenal bukan saja di Negeri Belanda tetapi juga di Indonesia, terutama karena komentarnya tentang proklamasi 17 Agustus yang mengatasnamakan Bangsa Indonesia, bahwa pada tanggal 17 Agustus 1945 belum ada bangsa (*Natie*) Indonesia. **Bothlingk** dalam pidato oratie tahun 1958 berjudul *De Rechstaat Nederland*, mengatakan: "*Rechtstaat is een staat waaring de wilsorijheid van de gezagsdraggers is beperkt door de grenzen van de recht*".²⁶⁸

Negara Hukum Belanda pada tahun 1958 mengalami krisis dan juga di negara-negara Eropa Barat lainnya mengalami Hal yang sama. Hal ini terjadi karena adanya perubahan pengertian dari Negara Hukum Klasik menjadi Negara Kesejahteraan (*verzorgingsstaat*), yaitu suatu negara yang selain sebagai penjaga malam, juga ikut serta dalam penyelenggaraan ekonomi nasional, sebagai pembagi jasa-jasa, sebagai penengah berbagai kelompok yang bersengketa dan ikut aktif dalam berbagai bidang-bidang kehidupan lainnya. Unsur Negara Hukum yang Klasik tidak lagi dapat dipertahankan secara mutlak. Pembentuk Undang-undang harus rela menyerahkan sebagian wewenangnya kepada pemerintah. Tujuan pelimpahan wewenang oleh pembentuk

²⁶⁸ **Bothlingk**, *Dalam Oratie*, Universiteit Amsterdam. 6 Oktober 1958, Hlm . 2-8.

Undang-undang ini, adalah karena tugas penyelenggaraan negara tidak lagi hanya menjaga ketertiban yang ada tapi juga menerbitkan ketertiban yang adil. Pembentuk Undang-undang maupun pemerintah tidak lagi dapat memperkirakan semua kebutuhan Undang-undang di masa yang akan datang. Oleh karena itu untuk melaksanakan tugas yang kreatif ini acapkali diperlukan ruang lingkup kebebasan bertindak dari pemerintah yang lebih luas.

Hal ini memerlukan peningkatan pemberian "*Freies Ermessen*" kepada pemerintah untuk menyelenggarakan negara kesejahteraan yang berarti pengurangan terhadap kekuasaan pembentuk Undang-undang. Hal ini tentunya mendapat tantangan, karena semakin besar "*Freies Ermessen*" diberikan kepada pemerintah, maka akan semakin jauh dari pemerintahan berdasar atas Undang-undang (*wetmatigheid van het bestuur*), yang akibatnya jaminan pemerintah tidak memihak ataupun jaminan kepastian hukum menjadi berkurang. Jika dalam abad ke-XIX pembentukan Undang-undang hampir tidak pernah mendelegasikan wewenang pembentukan peraturan perundangan, maka kini di abad ke-XX pendelegasian wewenang pembentuk Undang-undang sudah sangat diperlukan. Pembentuk Undang-undang hanya mengatur Hal-Hal yang mendasar saja. Selain itu unsur kesamaan kedudukan di hadapan hukum, tidak lagi memberi kepuasan. Tuntutan keadilan memaksa pemerintah membedakan perlakuan terhadap kelompok warga negara. Pemerintah tidak lagi memberikan sumbangan sewa rumah kepada warga negara yang berpenghasilan tinggi sedangkan kepada mereka yang berpenghasilan rendah diberikan tunjangan sewa rumah. **Bothlingk** mengemukakan, bahwa tindakan pemerintah sebagai penguasa memang tidak

memerintah atau melarang warga negara, tetapi mereka dikuasai pemerintah di dalam berbagai kebutuhan hidup dan usahanya.²⁶⁹

Hal tersebut memperlihatkan adanya ketidakpuasan terhadap Negara Hukum formal yang mengharuskan semua tindakan pemerintah berdasarkan hukum (*wetmatigheid van het bestuur*) menjadikan ruang gerak pemerintah hanya sebagai pelaksana Undang-undang saja. Sehingga tanpa Undang-undang itu tidak akan ada turut campur tangan pemerintah dalam Hal kemakmuran rakyat. Usaha-usaha untuk menembus blokade yang dikenal berupa asas legalitas ini telah dikemukakan oleh beberapa pemikir yang telah disebutkan di atas maupun dalam praktek kenegaraan yaitu dengan cara pendelegasian pembentukan Undang-undang, penggeseran kekuasaan yang seperti terjadi di Inggris. Sistem pemerintahan parlementer yang semula dengan kekuasaan lebih tinggi ada pada parlemen menggeser kepada kekuasaan yang seimbang dan akhirnya kekuasaan ini berada di tangan Perdana Menteri atau Menteri yang secara mayoritas mendapat dukungan parlemen. Karena Perdana Menteri adalah orang dari partai politik yang memenangkan pemilu.

Perkembangan dalam praktek negara hukum di negara-negara barat ini telah merubah pengertian asas legalitas yang semula diartikan sebagai pemerintahan berdasar atas Undang-undang (*Wetmatigheid ven hed bestuur*). Perubahan pengertian dari *Wetmatig* ke *Rechtsmatid* menunjukkan adanya penggeseran dari nilai masyarakat, rakyat tidak lagi terlampaui konfrontatif terhadap kekuasaan penguasa, seperti pada permulaan cita-cita negara hukum

²⁶⁹ **Ibid.**

dicetuskan sebagai reaksi terhadap kekuasaan absolut; melainkan sudah berubah menganggap pemerintah (penguasa) sebagai partner untuk mencapai tujuannya yaitu kemakmuran. Selanjutnya karena dalam *rechtsmatigheid van hed bestuur* masih ditemui hambatan-hambatan untuk mencapai kehidupan yang nyaman yang diinginkan manusia, terutama di Eropa Barat, usaha penggeseran nilai-nilai dari asas legalitas pun menjadi lebih longgar lagi menjadi *doelmatigheid van hed bestuur*.²⁷⁰

Tindakan penguasa/pemerintah sepanjang untuk kepentingan umum agar kemakmuran benar-benar terwujud secara nyata maka Hal ini dianggap diperkenankan oleh rakyat dalam negara hukum yang baru yaitu Negara Kemakmuran (*Welvaarts Staat*). Sekarang negara adalah alat bagi suatu bangsa untuk mencapai tujuannya. Walaupun nilai pengertian dari asas legalitas sudah sangat berubah, Hal ini tidaklah berarti bahwa asas itu sudah ditinggalkan dunia pemikir Negara Hukum Barat. Asas legalitas tetap dipertahankan di dalam negara hukum modern, negara kemakmuran dengan berbagai modifikasi yang dapat ditemukan di beberapa negara Barat. Asas legalitas tetap dipertahankan di dalam negara hukum modern, negara kemakmuran dengan berbagai modifikasi yang dapat ditemukan di beberapa negara Barat. Di Swiss pemerintah diberi kesempatan membentuk Undang-undang dengan pembatasan referendum, artinya pemerintah boleh memberlakukan suatu Undang-undang terlebih dahulu, akan tetapi bila rakyat lewat referendum tidak menyetujui, maka pemerintah harus menarik kembali Undang-undang tersebut.

²⁷⁰ **Padmo Wahjono**, *Negara*, *Op. Cit.*, Hlm. 151.

Di Amerika Serikat justru sebaliknya rakyat lewat wakil-wakilnya di Congress boleh membuat Undang-undang, tetapi apabila presiden Amerika Serikat menganggap bahwa Undang-undang akan membawa akibat yang kurang baik bagi negara Amerika Serikat, maka presiden dapat menggunakan hak vetonya untuk menolak Undang-undang tersebut, seperti yang baru-baru ini menjadi Negara Jenkins Bill yaitu Undang-undang tentang pembatasan import tekstil ke Amerika Serikat, untuk melindungi industri tekstil dalam negeri.

Perkembangan negara hukum di Eropa Barat ini tidak terhenti sampai di sini, tetapi mendapat perhatian yang cukup baik dari negarawan maupun para pemikir dan kalangan Sarjana Hukum, Sarjana Ilmu Pemerintah dan Sarjana Ilmu Sosial lainnya. Mereka ini sudah beberapa kali mengadakan pertemuan untuk membahas masalah negara hukum. Terakhir diselenggarakan oleh pakar-pakar di negeri Belanda pada tahun 1989. adanya berbagi usaha baik selaku pemikir maupun dalam praktek kenegaraan di Eropa Barat mulai tahun 1960 menunjukkan perkembangan dari Negara Hukum Kemakmuran menuju kepada Negara Hukum Kesejahteraan. Negara dituntut untuk memberikan jaminan sosial di hari tua, memberikan pelayanan kesehatan yang memadai kepada masyarakat, memberikan jaminan-jaminan asuransi, memberikan tunjangan kepada mereka yang sedang menganggur. Jadi kalau pada sebelum tahun 1960 negara cukup hanya memberikan kemakmuran dalam materi saja, maka sekarang tuntutan itu lebih jauh lagi, rakyat menginginkan bukan saja kemakmuran dalam bidang jasmaniah tetapi juga kemakmuran dalam bidang rohaniah. Rakyat ingin kehidupan yang sejahtera. Oleh karena itu

negara hukum dewasa ini dinamakan Negara Kesejahteraan (*Verzorgingsstaat*).

Ia pun menganggap pentingnya asas legalitas, karena negara hukum bukan hanya menjaga tata tertib saja, tetapi juga turut menyelenggarakan ekonomi nasional, sebagai pembagi jasa-jasa, sebagai penengah apabila ada sengketa dan ikut aktif dalam berbagai bidang kehidupan. Negara hukum sekarang adalah negara kesejahteraan. Oleh karena itu unsur-unsur negara hukum yang klasik tidak lagi dapat dipertahankan.

G. Negara Hukum Konsep International Commission of Jurist

A. *Report on the International Congress of Jurist* menyebutkan:

*"The principles, institution and procedures, not always identical, but broadly similar, with the experience and tradition of different countries of the world, often having themselves varying political structure and economic backgrounds, have shown to be important to protect the individual from arbitrary government and to enable him to enjoy the dignity of man".*²⁷¹

Konsep ini untuk melindungi harkat dan martabat manusia dari kesewenang-wenangan pemerintah, dimungkinkan terjadinya perbedaan, baik dalam asas, kelebagaannya maupun pelaksanaan, Hal tersebut erat hubungannya dengan pengalaman dan kebiasaan dari setiap

²⁷¹ International Congress of Jurist, *The Rule of Law in a Free Society*, New Delhi, India, 1959, Hlm . 197.

negara. Hal ini merupakan penegasan lebih lanjut dari keputusan *International Commission of Jurist* pada tahun 1955 di Athena. Dalam keputusan itu ditetapkan persyaratan minimum dalam bentuk unsur-unsur negara hukum (*Rule of Law*) yaitu :

a. Keamanan pribadi harus dijamin tak seorang pun dapat ditahan atau dipenjarakan tanpa suatu keputusan hakim atau untuk maksud-maksud preventif. Tempat kediaman tidak dapat dilanggar. Tak seorangpun dapat diusir dari rumahnya, dideportasi atau diasingkan, kecuali dalam perkara karena suatu putusan pengadilan yang berlaku final, didasarkan atas kekuatan hukum yang ditafsirkan secara restritifik.

b. Tidak ada hak-hak fundamental dapat ditafsirkan, seperti memungkinkan suatu daerah atau alat perlengkapan negara mengeluarkan peraturan untuk mengambil tindakan hak fundamental itu. Akibatnya setiap orang mempunyai hak untuk mengemukakan pendapat dan tidak dipaksa untuk menyatakan pendapat yang berbeda dengan keyakinannya.

c. Setiap harus dijamin kebebasan menyatakan pendapatnya melalui semua media komunikasi, terutama perss. Harus tidak ada ketentuan legislatif atau administrasi yang dapat meniadakan kebebasan ini. Kebebasan ini termasuk kemungkinan menerima segala informasi atau ide-ide oleh segala cara pernyataan pendapat tanpa melihat bahwa informasi itu berasal dari luar negeri.

Sensor harus dilarang; campur tangan secara sistematis dalam radio juga dilarang.

d. Kehidupan pribadi orang harus tidak dapat dilanggar, rahasia surat menyurat harus dijamin tak seorang pun dapat

dituntut karena pendapatnya dinyatakan dalam korespondensi.

e. Kebebasan beragama harus dijamin. Setiap kepercayaan yang diakui harus dihormati dengan syarat kepentingan umum dan moral tidak dilanggar.

f. Hak untuk mendapatkan pengajaran bagi siapa saja tanpa diskriminasi. Pengajaran di sekolah harus diberikan dengan semangat saling pengertian internasional, dengan menghormati hak-hak fundamental manusia. Staff pengajar universitas dalam menjalankan fungsinya tidak dapat diHalang-Halangi oleh legislatif dan/atau administrasi, baik dilakukan sengaja maupun tidak sengaja untuk mempersulit.

g. Setiap orang berhak akan kebebasan berkumpul dan berserikat secara damai dan teristimewa untuk menjadi anggota dari suatu partai politik yang dipilihnya sendiri. Tidak ada partai politik yang ditempatkan dalam posisi respoederant dalam aparaturnegara melalui ketentuan-ketentuan dan administratif.

a) 1) Setiap orang berhak mengambil bagian secara langsung atau melalui wakil-wakil yang dipilihnya di bidang kehidupan politik negaranya.

2) Kemauan rakyat adalah dasar kekuasaan penguasa. Kemauan harus dinyatakan dalam pemilihan bebas, segala tekanan langsung atau tidak langsung yang dilakukan terhadap pemilih dengan maksud memaksanya untuk menyatakan pendapatnya secara umum dilarang. Hak untuk mencalonkan harus dimiliki oleh setiap partai politik dan untuk setiap organisasi politik. Tidak ada satu cara pun akan diambil selama pemilihan yang memungkinkan peniadaan diri pemilih atau isi kotak suara.

Kekuasaan negara harus dilaksanakan sesuai dengan kemauan umum yang dinyatakan oleh pemilih-pemilih bebas itu.

3) Adanya kebebasan pengadilan dan jaminan tidak memihaknya adalah kondisi-kondisi yang tidak dapat ditiadakan dalam suatu negara merdeka dan demokratis. Kekuasaan legislatif haruslah dilakukan secara efektif oleh orang yang sesungguhnya dipilih secara bebas oleh warga negara. Undang-undang dan lain-lain alat legal yang diputuskan oleh badan legislatif tidak dapat ditiadakan atau dibatasi oleh alat-alat pemerintah.

Orang-orang yang bekerja pada negara (*public service*) harus melaksanakan fungsinya untuk pelayanan masyarakat, dan bukan untuk partai politik atau organisasi politik. Mereka harus mempunyai "*obligation of loyalty*" kepada negara, dalam melaksanakan tugasnya tidak boleh menerima petunjuk dari partai politik atau sesuatu organisasi lain.

h. Pengakuan terhadap hak menentukan diri sendiri merupakan suatu achievement yang besar dari zaman kita dan merupakan salah satu prinsip fundamental dari hukum internasional. Bagi yang tidak melaksakannya dikutuk secara drastis.

j. 1) Keadilan menghendaki bahwa seseorang atau sesuatu golongan atau partai minoritas tidak akan ditiadakan hak-haknya yang alamiah dan istimewa dari hak-hak yang fundamental manusia dan warga-warga atau dari pelayanan yang sama karena sebab-sebab ras, warna, golongan, kepercayaan politik, kasta ataupun turunan.

2) Adalah kewajiban penguasa untuk menghormati prinsip-prinsip itu.

3) Diskriminasi atas ras dan warna adalah bertentangan dengan keadilan piagam PBB. Pernyataan umum tentang hak-hak asasi manusia, dan tidak sesuai dengan hati nurani dunia yang beradab.²⁷²

Dari uraian dapat dilihat betapa ketatnya unsur-unsur yang harus dipenuhi oleh sebuah negara hukum atau *rule of law*. Hak-hak asasi manusia dirumuskan secara rinci sekali perumusan bentuk formal dari berbagai negara memang dimungkinkan berlainan namun isi materinya haruslah dipenuhi.

Internasional Congress of Jurist yang diselenggarakan di Bangkok pada tahun 1965 memiliki unsur-unsur *the rule of law* seperti :

1. Adanya proteksi konstitusional;
2. Adanya pengadilan yang bebas dan tidak memihak;
3. Adanya pemilihan umum yang bebas;
4. Adanya kebebasan untuk menyatakan pendapat dan berserikat;
5. Adanya tugas oposisi;
6. Adanya pendidikan civic.²⁷³

Kongres Athena tahun 1955, *International Commission of Jurist* mendeklarasikan bahwa:

1. *The State is subject to the Law.*
2. *The Government should respect the right of the individual under the rule of law and provide effective mean for their enforcement.*

²⁷² **Ismail Suny**, *Mencari Keadilan*, Ghalia Indonesia , Jakarta, 1982, Hlm , 416-427.

²⁷³ **Sri Soemantri M**, *Tentang Lembaga...*, Op. Cit, Hal. 13.

3. *Judges should be guided by the rule of law, protect and enforce it without fear or favour and resist any encroachment by government or political parties on their independence as judges.*

Deklarasi itu menjelaskan bahwa ICJ menaruh perhatian sepenuhnya atas perjuangan manusia demi kebebasan, termasuk kebebasan mengeluarkan pendapat, beragama berserikat dan berkumpul, hak untuk dipilih dan memilih serta perlindungan untuk semuanya.

Pada tahun 1961 kembali ICJ mengadakan kongres di Lagos menyatakan bahwa hak-hak asasi manusia, terutama kemerdekaan individu hendaknya dicantumkan dan dijamin oleh Undang-undang Dasar semua negara. Kedamaian tidak dibatasi oleh putusan pengadilan.

Pada tahun 1962 di kongres yang diselenggarakan di Rio De Janeiro diputuskan bahwa ICJ akan secara berkelanjutan mengadakan penyelidikan apabila terjadi penyelenggaraan terhadap hak.

Hal ini memang benar dilaksanakan di antaranya pada tahun 1962 datang tim ICJ ke Indonesia dan hasil peninjauannya ialah. "Tidak ada *Rule of Law* di Indonesia (di bawah orde lama).²⁷⁴

H. Negara Hukum Konsep Komunis (*Socialist legality*)

Pada negara-negara komunis dikenal pula konsep yang menyerupai negara hukum dikenal dengan *socialist legality*. **Romashkin** antara lain mengemukakan :

"Socialist legality is inherent in the social and political system of the USSR. It stands on guard of the citizens political rights and freedoms, it protects their labour, housing and other personal

²⁷⁴ **Ismail Suny**, *Mencari*, Op. Cit., Hlm , 123 & 179.

and corporeal rights and interests, and their life, health, dignity and reputation. Under socialism the material and the juridical guarantees of civil rights and freedom are blended, while its legislation fixes these conditions juridically. That is why utmost precision in the execution of the rule of law". ²⁷⁵

Untuk mengetahui Hal tersebut, akan dikemukakan seorang pakar Rusia sendiri yaitu **Kazimierz Grzybowski**, katanya :

"At the present stage, the level of individual skills and habit of participation in governmental functions does not permit the individual involvement of Soviet citizens. This must still be done by way of their membership in social organizations on the basis of directed action". ²⁷⁶

Jadi jaminan bagi warga negara untuk turut serta dalam kegiatan kenegaraan sebagai "hanya anggota Partai Komunis serta onderbouwnya yang dapat turut aktif dalam kegiatan kenegaraan". Jadi tidak semua warga negara sama hak dan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan.

Lagi pula masyarakat tidak tersusun dari individu-individu yang bebas. Hak-hak individu tidak dianggap sebagai hak yang harus dinomorsatukan, bahkan tidak ada tempat bagi hak milik pribadi. Secara tegas dikatakan oleh **Stalin** :

"The main task of the revolutionary legality in our time consists concretely in the protection of socialist property and in

²⁷⁵ **P.S. Romashkin**, *Fundamentals of Soviet Law* , Foreign Languages Publishing House, Moscow, 1980, Hlm , 23.

²⁷⁶ **Kazimierz Grzybowski**, *Soviet Legal Institutions*, The University of Michigan Press, 1962, Hlm . 243.

nothing else. Without doubt, protection of socialist property is an important function of the soviet state".²⁷⁷

Ucapan **Stalin** ini dikomentari oleh seorang Sarjana hukum Rusia, **Vyshinskii**, katanya :

" If we that Sovyet law protects the interest of Sovyet citizens. We mean those interests which are identical with the interests of the state and we may not think of anything else. Certainly, the Sovyet state and its legislation can not guarantee the interests of those citizens to live of parasites".²⁷⁸

Penulis memahami bahwa inti dari *socialist legality* berbeda dengan konsep Barat, karena dalam *socialist legality* hukum ditempatkan di bawah sosialisme. Hukum adalah sebagai alat untuk mencapai sosialisme."Hak perseorangan dapat disalurkan kepada prinsip-prinsip sosialisme, meskipun hak tersebut patut mendapat perlindungan".²⁷⁹

Suatu Hal yang penting dalam kaitannya dengan disertasi ini ialah dalam *socialist legality* ada suatu jaminan konstitusional tentang propaganda anti agama yang memang merupakan watak dari negara komunis/sosialis yang diwarnai oleh doktrin komunis bahwa agama adalah candu bagi rakyat sebagaimana diketahui, komunisme mengajarkan sikap yang anti Tuhan.

Oleh karena itu, penulis berpendapat bahwa konsep *socialist legality* sulit untuk dapat dikatakan sebagai suatu

²⁷⁷ **Idem**, Hlm . 236.

²⁷⁸ **P.Romashkin**, *Fundamental ...*, Op. Cit, Hlm . 25.

²⁷⁹ **Oemar Seno Adji**, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, 1980, Hlm . 23.

konsep negara hukum yang bersifat universal. Tetapi mungkin konsep ini dilihat dari segi kepentingan negara komunis/sosialis merupakan konsep yang mereka pandang sesuai dengan doktrin komunis sosialisme. Dibandingkan dengan konsep barat yang bertujuan ingin melindungi individu sebagai manusia yang bermartabat terhadap tindakan yang sewenang-wenang dari pemerintah, maka dalam *socialist legality* yang terpenting ialah realisasi itu sendiri.²⁸⁰

I. Konsep Negara Hukum Pancasila

Ada dua kalimat penting yang perlu penulis catat yang bersumber dari penjelasan Undang-undang Dasar 1945 (UUD 1945). Kalimat itu ialah: Indonesia adalah negara yang berdasar atas hukum (*rechtsstaat*)” dan negara Indonesia berdasarkan atas hukum(*rechtsstaat*). Tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*)”.²⁸¹ Karena digunakan istilah *rechtsstaat*, maka timbul pertanyaan, *rechtsstaat* atau negara hukum yang bagaimanakah yang dianut oleh Indonesia ? apakah *rechtsstaat* di sini identik dengan konsep negara hukum Eropa kontinental atau tidak? dengan kata lain, apakah *rechtsstaat* dalam penjelasan UUD 1945 itu merupakan suatu *genus begrip* sehingga dengan demikian dalam kaitan dengan UUD 1945 adakah suatu pengertian khusus dari istilah *rechstaat* sebagai *genus begrip* itu ? diskusi tentang *rechtsstaat* tersebut sudah sering dilakukan, bahkan ada

²⁸⁰ **Idem**, Hlm . 25.

²⁸¹ Penjelasan tentang Undang-undang Dasar 1945 tentang “Sistem pemerintahan negara”. butir 1; **Harun Al-Rasid**, *Himpunan Peraturan Hukum Tata Negara*, UI Press Jakarta, 1983, Hlm . 15.

kecenderungan interpretasi yang mengarah kepada konsep *rule of law*.

Untuk memperoleh suatu kesimpulan yang tepat tentang permasalahan tersebut di atas penulis mencoba menyajikan paragraf ini dengan mengamati dan melakukan telaah terhadap pemikiran-pemikiran dari dua orang pakar hukum yang terkenal yaitu **Padmo Wahyono** dan **Oemar Seno Adji**.²⁸² Mereka sangat berjasa dengan pemikiran-pemikiran yang merupakan elaborasi dari segi ilmu hukum tentang negara hukum yang bagaimana atau predikat negara hukum apa yang tepat dalam konteks Republik Indonesia (Pancasila dan UUD 1945) ?

Oemar Seno Adji berpendapat bahwa Negara Hukum Indonesia memiliki ciri has Indonesia. Karena pancasila harus diangkat sebagai dasar pokok dan sumber hukum, maka negara hukum Indonesia dapat pula dinamakan negara hukum pancasila. Salah satu ciri pokok dalam negara hukum pancasila ialah adanya jaminan terhadap *freedom of religion* atau kebebasan. Tetapi, kebebasan beragama di negara Pancasila selalu dalam konotasi yang positif, artinya tiada tempat bagi atheisme atau propaganda antia agama di bumi Indonesia. Hal ini sangat berbeda dengan misalnya di Amerika Serikat yang memahami konsep *freedom of religion* baik dalam arti positif maupun dalam arti negatif, sebagaimana dirumuskan oleh **Sir Alfred Denning**. Sebagaimana dikutip oleh **Oemar Seno Adji** :

"Freedom of religion means that we are free to worship or not to worship, to affirm the existence of God to deny it, to believe in Christian religion or any other religion or in none, as we choose"

²⁸² **Oemar Seno Adji**, *Peradilan ...*, Op. Cit., Hlm . 24-58

Sementara itu di Uni Soviet dan negara komunis lainnya "*Freedom of Religion*" memberikan pula jaminan konstitusional terhadap propaganda anti agama selain itu, **Seno Adji** mengemukakan pula ciri negara hukum Indonesia lainnya yaitu tidak adanya pemisahan yang *rigid* dan mutlak anatar agama dan negara. Menurutnya agama dan negara berada dalam hubungan yang harmonis Hal demikian sangat berbeda dengan di Amerika Serikat yang menganut doktrin pemisahan agama dan gereja secara ketat.

Di pihak lain **Padmo Wahyono** melihat negara hukum Pancasila berdasarkan asas kekeluargaan yang tercantum dalam UUD 1945. yang diutamakan di dalam asas kekeluargaan adalah rakyat banyak namun harkat dan martabat manusia tetap dihargai Hal demikian itu direfleksikan oleh pasal 33 UUD 1945 yang menjelaskan bahwa yang terpenting itu adalah kemakmuran masyarakat, bukan kemakmuran perseorangan. Akan tetapi perseorangan itu berupaya sejauh tidak mengenai hajat hidup orang banyak. Negara hukum Pancasila dapat dipahami melalui penelaahan pengertian negara dan pengertian hukum dilihat dari sudut asas kekeluargaan. Dalam hubungan ini **Padmo Wahyono** mengemukakan bahwa hukum adalah suatu alat atau wahana untuk menyelenggarakan kehidupan negara atau ketertiban dan menyelenggarakan kesejahteraan sosial.

Berpijak pada dua pendapat pakar hukum diatas dapat disimpulkan bahwa dalam penyelesaian UUD 1945 di gunakan istilah *rechtsstaat*, akan tetapi konsep *rechtsstaat* yang dianut oleh negara indonesia bukan konsep negara hukum barat atau eropa kontinental dan bukan pula konsep *rule of law*

dari Anglo Saxon melainkan konsep negar hukum Pancasila sendiri yang bercirikan: (1) Ada hubungan erat antara agama dan negara, (2) Bertumpu pada ketuhanan yang Mahaesa (3) Kebebasan beragama dalam arti positif (4) Ateisme tidak dibenarkan dan komunisme dilarang dan (5) Asas kekeluargaan dan kerukunan. Adapun yang menjadi unsur pokok negara hukum R.I. adalah: (1) Pancasila (2) MPR (3) Sistem Konstitusi (4) Persamaan dan (5) Peradilan bebas.

J. Konsep Negara Hukum Madinah

Penelusuran terhadap Konsep Negara Hukum Islam selalu berawal dari peristiwa hijrahnya **Muhammad** dari Mekah ke Madinah. Peristiwa politik yang pertama kali dilakukan oleh **Muhammad** yang sudah mendapat legitimasi sebagai pemimpin masyarakat Madinah, adalah pembuatan Konstitusi Madinah yang intinya berisi kesepakatan-kesepakatan dari seluruh komponen masyarakat setempat tentang berbagai persoalan ketatanegaraan dan persatuan kesatuan.²⁸³

Konstitusi Madinah yang baru dibuat berfungsi sebagai sebuah konstitusi tertulis yang memberi landasan yuridis bagi kehidupan bernegara. Madinah sendiri pada saat itu dilihat dari sistem ketatanegaraan sudah dapat dikategorikan sebagai sebuah negara, karena mengandung tiga persyaratan, yaitu :

- 1) Ada wilayah teritorial Madinah;
- 2) Ada rakyatnya, dan ;

²⁸³ **Muhammad Jamal Al Din Surur**, *Qiyam al-Dawlah. al-Arabiyyah. al-Islamiyyah. fi h.ayati Muhammad SAW*, Dar al-Fikr al-arabi, Alqohiroh, 1979, Hlm . 95.

3) Ada pemeritahannya.

Para ahli ilmu pengetahuan, khususnya ahli sejarah, menyebut naskah politik yang dibuat **Muhammad SAW** itu dengan nama yang bermacam-macam. **W. Montgomery Watt** menamainya "*The Constitution of Medina*"²⁸⁴, **R.A. Nicholson** "*charter*"²⁸⁵, **Majid Khaduri** "*treaty*"²⁸⁶, **Philip K. Hitti** "*agreement*"²⁸⁷ **Zainal Abidin Akhmad** "*piagam*".²⁸⁸ "*Al-shahifah*"²⁸⁹ adalah nama yang disebut di dalam naskah itu sendiri. Kata tertulis delapan kali dalam teks Piagam. Selain nama ini, di dalam naskah, tertulis sebutan kitab dua kali. Kata *treaty* dan *Agreement* menunjuk kepada isi naskah. Kata *charter* dan *piagam* lebih menunjukan kepada surat resmi yang berisi pernyataan tentang suatu Hal. Kata *constitution* menunjuk kepada kedudukan naskah itu sebagai dokumen resmi yang berisi pokok-pokok kenegaraan. Kata *Shahifah* semakna dengan *charter* dan *piagam*. Dalam pada itu, kata *kitab* lebih menunjukan kepada tulisan (tentang suatu Hal). Dalam

²⁸⁴ **W. Montgomery Watt**, *Muhammad : Propet And Stateman*, Oxford University Press, New York, 1964, Hlm . 93.

²⁸⁵ **R.A. Nicholson**, *A Literacy H.istory Of Arabs*, Cambridge University Press, New York, 1969, Hlm . 173.

²⁸⁶ **Majid Khaduri**, *War And Peace In The Law Of Islam*, The John H. Opkins Press, Baltimore, 1955, Hlm . 173.

²⁸⁷ **Philip K. Hitti**, *Capital Cities Of Arab Islam*, University Of Minnesota Press, Minnesota, 1973, Hlm . 35.

²⁸⁸ **Zainal Abidin Akhmad**, *Piagam Nabi Muhammad SAW: Konstitusi Negara Tertulis yang Pertama di Dunia*, Bulan Bintang, Jakarta, 1973, Hlm . 15.

²⁸⁹ **Ibnu Hisyam**, *Sirah. All- Nabiiy*, Dari Ihya Al-Turas Al-'Arabbiy, Bairut, 1970, Hlm . 147-148.

buku ini (dan disertasi penulis) dibakukan dengan sebutan “Konstitusi Madinah”.²⁹⁰

Ditetapkannya piagam politik tersebut merupakan sebuah strategi Rasul pasca hijrah ke Madinah,²⁹¹ Tujuannya adalah untuk membina kesatuan hidup masyarakat Madinah. Piagam itu merumuskan beberapa prinsip, yaitu : kebebasan beragama, hubungan antara kelompok, kewajiban mempertahankan kesatuan hidup, dan lain-lain, yang akan diperinci pada bab – bab berikut. Berdasarkan isi Konstitusi Madinah itulah warga Madinah yang majemuk, secara politis, dibina di bawah pimpinan **Muhammad SAW**. Tingginya nilai Konstitusi Madinah tersebut sempat dikomentari oleh **Nurcholish Madjid**, bahwa bunyi naskah konstitusi itu sangat menarik dan mengagumkan dinilai dari sudut tinjauan modern sekalipun. Dalam konstitusi itulah untuk pertama kalinya dirumuskan ide-ide yang kini menjadi pandangan hidup modern di dunia”²⁹²

Konstitusi Madinah dibuat pada awal masa klasik Islam, pada permulaan dasawarsa ketiga abad ke-7 Masehi, 15 abad yang lalu. Banyak sarjana Barat di abad modern yang memberikan perhatian terhadap naskah politik tersebut. Hal ini menunjukkan bahwa Konstitusi Madinah mempunyai

²⁹⁰ Kata *Piagam* Menunjukkan Naskah. Kata *Madinah*. Menunjuk Kepada Tempat Dibuatnya Naskah. Piagam Berarti “ Surat Resmi yang Berisi Pernyataan Tentang Suatu Hukum.” *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1990, Hal. 680.

²⁹¹ **Muhammad Jamal Al-Din Surur**, *Qiyam al-Dawlah ...*, Loc. Cit., Hlm . 95.

²⁹² **Nurcholish. Madjid**, “Cita-cita Politik Kita”, dalam *Aspirasi Umat Islam Indonesia*, penyunting Bosco Carvallo dan Dasrizal, Leppenas, Jakarta, 1983, Hlm . 11.

kedudukan penting dalam perjalanan hidup **Muhammad SAW.** berikut umat Islamnya, khususnya dalam masalah ketatanegaraan dalam Islam, yang kemudian mengalami perkembangan.

Ada dua Hal penting yang patut dicatat dalam sejarah Islam. Ketika nabi di Madinah, yang pertama kali beliau bangun adalah mendirikan Mesjid di Quba dan City-States.²⁹³ Peristiwa tersebut menunjukkan bahwa **Nabi Muhammad SAW.** telah melaksanakan dua doktrin Islam yang terpenting, yaitu : *pertama* melaksanakan *hablumminallah* membangun hubungan dengan Allah yaitu dengan membangun Mesjid yang merupakan sebuah simbol persatuan kesatuan, gotong-royong, persamaan di hadapan Allah, dan hukum. Bahwa shalat yang dilaksanakan di mesjid mengandung tiga Hal yaitu : persatuan; banyaknya jamaah dalam pelaksanaan shalat melambangkan persatuan, kedua gotong-royong ; bahwa pembangunan Mesjid sebagai sebuah symbol kebersamaan sebaiknya tidaklah dilakukan oleh orang kaya saja tetapi dipikul bersama, ketiga ketaatan dan persamaan ; bahwa di dalam mesjidlah diwujudkan tentang persamaan dihadapan Tuhan, tidak ada orang yang lebih tinggi pangkatnya, lebih banyak harta kekayaannya, dan lebih tinggi status sosialnya dihadapan Allah. Seluruhnya duduk bersimpuh bersujud dan rukuk.

Kedua, Hal yang dilakukan oleh Nabi yaitu membangun *hablumminannas*, yakni dengan cara membangun masyarakat Madinah. Sebagai implementasi dari tugas

²⁹³**Muhammad Husain Haekal**, *Sejarah Hidup Muhammad*, Pustaka Jaya dan Tintamas, Jakarta 1982, Hlm . 218; **Philip Khitti**, *The Story Of The Arabs*, Mac Millan, London ,1973, Hlm . 116.

kekhalifahan di muka bumi. Perilaku **Nabi Muhammad SAW**, pada permulaan periode Madinah itu membuktikan bahwa sejak semula Islam mempertautkan secara erat antara agama dan negara.

Sebagai kepala negara, beliau selalu melakukan musyawarah dengan para sahabatnya dalam setiap keputusan politik yang akan ditetapkannya. Beliau menerapkan ketentuan-ketentuan dalam Al-Qur'an Surah asy-Syuura [42:38], dan Surah Ali Imran [3:159].²⁹⁴ Beliau selalu berpegang kepada prinsip *syura* yang diajarkan Al-Qur'an dan mematuhi hasil keputusannya. Bahkan dalam beberapa kasus tidak jarang beliau harus mengikuti pendapat atau usul para sahabatnya. PadaHal posisi beliau sebagai kepala negara yang nota bene seorang Rasul sangat berpeluang untuk bertindak otoriter dan bertangan besi. Perang Uhud dan perang *khandaq* merupakan kilas balik dari peperangan yang terjadi atas kebijakan Rasulullah yang didasarkan pada pendapat prajuritnya.

²⁹⁴ Ayat-ayat itu mengatur tentang prinsip musyawarah dalam Islam, perlu ditegaskan bahwa prinsip musyawarah adalah asli dari Al-Qur'an, secara histories Al-Qur'an menggambarkan betapa Ratu Bilqis dari Negara Saba' menerapkan prinsip itu. Ia mengumpulkan para pembesar negeri itu untuk minta pendapat mereka tentang isi surat dari Nabi Sulaiman (Q.S. an-Nami/27:32: "Hai Para Pembesar, berilah aku pertimbangan tentang urusanku ini aku tidak pernah memutuskan suatu persoalan sebelum kamu berada dalam majelisku", demikian Ratu Bilqis. Dalam h.ubungan ini, Rasyid Ridha menegaskan bahwa suatu pemerintahan Islam tidak boleh rendah dari pemerintahan Bilqis (Negara Saba'). Lihat, Muhammad Rasyid Ridha, *Wahyu Ilahi Kepada Muhammad*, Pustaka Jaya, Jakarta, 1983, Hal. 467.

Salah satu indikator lainnya dari tujuan pembangunan masyarakat Madinah sebagai implementasi dari *hablumminannas* adalah menciptakan rasa keadilan dalam kehidupan masyarakat. Kasus **Fatimah binti Abi al-Asad** berikut ini merupakan bagian dari pragmen sejarah Islam yang menunjukkan keberhasilan Nabi SAW. dalam menegakkan prinsip keadilan. Yaitu, ketika **Fatimah binti al-Asad** melakukan pencurian, mengingat ia puteri seorang pembesar banyak orang yang merasa khawatir jika ia sampai dihukum. Maka, melalui **Usamah bin Zaid** ia diajukan kepada Nabi untuk mendapat dispensasi bebas dari hukuman potong tangan. Sambil menegur **Usamah**, Nabi menolak permohonan tersebut seraya menyatakan: “Kalau saja Fatimah puteri Muhammad mencuri, pasti akan aku potong tangannya”.²⁹⁵

Rekaman peristiwa sejarah di atas menunjukkan bahwa Nabi SAW tidak pandang bulu dalam menegakkan keadilan. Siapapun yang bersalah harus dihukum. Mengapa Nabi sangat memperhatikan prinsip keadilan? Karena, adil (*al-'adalat*) merupakan sikap yang paling dekat kepada taqwa.²⁹⁶

Kalimat adil erat kaitannya dengan prinsip keadilan dan prinsip persamaan. Kasus **Fatimah binti al-Asad** di atas, selain di dalamnya terkandung nilai keadilan, juga terkandung nilai persamaan. Pejabat dan rakyat mempunyai hak yang sama di depan hukum, dan hukum yang dipergunakan Nabi (syari'at Islam) dalam membangun dan menata kehidupan masyarakat Madinah, adalah hukum yang betul-betul berpihak kepada nilai-nilai : kebenaran, kejujuran,

²⁹⁵ **Musdah Mulia**, *Negara Islam Pemikiran Politik Husain Haikal*, Paramadina, Jakarta, 2001, Hlm . 64

²⁹⁶ Q.S. *Al-Maa'idah.*, 5:9.

dan keadilan, bukan hukum yang berpihak kepada orang atau pihak-pihak tertentu.

Seseorang tidaklah bertanggung jawab atas kesalahan yang dilakukan sekutunya. Demikian salah satu butir dari rumusan Konstitusi Madinah. Rumusan tersebut bukan hanya sekedar mengoreksi, tetapi bahkan merombak total hukum adat pra Islam yang menganut prinsip pelimpahan tanggung jawab kepada seluruh anggota untuk kesalahan yang dilakukan seorang anggota.

Prinsip lain yang dibangun melalui Konstitusi Madinah adalah prinsip kebebasan. Dalam Islam, prinsip ini merupakan salah satu prinsip sentral. **Muhammad SAW.** telah menerapkan prinsip ini dalam kebebasan beragama dan mengemukakan pendapat. Kedua prinsip ini dilegitimasi oleh Al-Qur'an. "Tidak ada paksaan dalam agama"²⁹⁷, "Bagimu agamamu dan bagiku agamaku"²⁹⁸ Kedua ayat yang kemudian dimasukkan ke dalam Konstitusi Madinah tersebut merupakan suatu pengakuan eksistensial agama lain, baik Kristen maupun Yahudi.

Eksistensi komunitas Yahudi sebagai kelompok minoritas di negara Madinah tidak hanya diakui, tetapi juga memiliki kedudukan hukum yang sama dengan warga negara lainnya. Mereka diberi kebebasan penuh, apakah akan tetap tinggal di Madinah ataukah akan pindah ke tempat lain.²⁹⁹ Dalam Konstitusi Madinah ditegaskan bahwa kelompok minoritas Yahudi adalah bagian dari Negara

²⁹⁷ Lihat surat Al-Baqarah. [2:256].

²⁹⁸ Lihat surat Al-Kafirun [109:6].

²⁹⁹ Diatur dalam pasal 47 Konstitusi Madinah.

Madinah dan karena itu mereka adalah penduduk sipil yang wajib dilindungi oleh negara.

Hubungan komunitas Yahudi dengan Konstitusi Madinah, **Said Ramadan** mencatat tiga Hal yang penting, yaitu³⁰⁰ :

1. Telah tercipta satu kondisi sosial-politik di Negara Madinah yang terdiri dari orang-orang Islam dan non muslim, antara lain Yahudi.

2. Kedudukan orang Yahudi dengan tegas diatur dalam Konstitusi Madinah.

3. Adanya jaminan persamaan baik perlindungan maupun keamanan bagi orang-orang Islam maupun bagi orang-orang yang bukan Islam seperti Yahudi.

Muhammad Hamidullah melukiskan kedudukan minoritas Yahudi pada masa pemerintahan Rasulullah itu, kecuali mereka adalah bagian dari negara Madinah, mereka juga memiliki otonomi penuh dalam wilayah mereka. Juga dalam bidang pertahanan, seluruh warga Madinah termasuk kelompok minoritas dibebani

Kewajiban untuk berperan serta (kecuali bagi pembayar jizyah) setidaknya dalam urusan rembuk (musyawarah) maupun dalam pelaksanaan gagasan di bidang tersebut.³⁰¹

Sikap dan perlakuan yang sama diberikan juga kepada kelompok minoritas Kristen. Mereka bebas memeluk agamanya, dan berhak untuk mendapatkan perlindungan dari

³⁰⁰ **Said Ramadan**, *Islamic Law : Its Scope and Equality*, 2nd Edition, 1970, Hlm . 125.

³⁰¹ **Hamidullah Muhammad** *Pengantar Studi Islam*, Bulan Bintang, Jakarta, 1974, Hlm . 220-221.

pemerintahan **Muhammad SAW.** kepada mereka yang non Muslim, Nabi menetapkan kebijakan harus membayar pajak perlindungan (*protection tax*) yang dalam terminologi hukum Islam disebut *jizyah*. Kewajiban inilah yang kemudian melahirkan hak bagi mereka untuk memperoleh jaminan perlindungan dan keamanan.³⁰²

Thomas Arnold memberikan komentar tentang *jizyah* sebagai berikut :

*“ This tax was not imposed on the Cristians, as some would have us think as a penalty for their refusal to accept the muslim fath, but was paid by them ini common with the other dimmis or non-muslim subjects of the state whose religion precluted them from serving in the army, in return for the protection secured for them by the arms of the Musulmans. When the people of Hirah contributed the sum agreed upon, they expressly mentioned that they paid this jizyah on condition that the muslims and their leader protect us from those who would opress us, whether they be Muslim or other.”*³⁰³

Selanjutnya **Arnold** menegaskan :

“The jizyah was leoled on the able-bodies males in lie of the military service they would have been called upon to perform had they been Muslumans; and it is very noticeable that when any Christian people served in the Moslem army, they were exempted from paying jizyah”. ³⁰⁴

Posisi pemimpin masyarakat Madinah, **Nabi Muhammad SAW.** tidak hanya menerapkan prinsip kesejahteraan sosial dalam arti pemenuhan kebutuhan

³⁰² **Idem**, Hal. 134.

³⁰³ **Ibid**.

³⁰⁴ **Idem**, Hlm . 135.

material, akan tetapi beliau juga telah menerapkan suatu prinsip kesejahteraan untuk dua kepentingan sekaligus, yaitu kepentingan kesejahteraan material dan kepentingan kesejahteraan spiritual. Prinsip keseimbangan inilah yang sesungguhnya diajarkan Islam, sebagaimana terungkap dalam untaian doa berikut:

“Wahai Tuhan kami berikanlah kepada kami di dunia kesejahteraan dan kebahagiaan, serta di akhirat kesejahteraan dan kebahagiaan dan lindungilah kami dari siksaan api neraka.” (Q.S. al-Baqarah /2:201)³⁰⁵

Berpijak kepada prinsip keseimbangan itu, maka disitulah sesungguhnya letak perbedaan antara nomokrasi Islam dengan nomokrasi produk pemikiran Barat yang cenderung mengutamakan kesejahteraan material di satu pihak serta mengabaikan kesejahteraan spiritual di pihak lain, atau setidaknya kurang memperhatikan segi kesejahteraan spiritual bagi rakyatnya.

Hal yang cukup menarik dari praktek ketatanegaraan pada masa **Nabi Muhammad SAW** adalah pengangkatan pejabat negara yang dilakukan beliau. Meski pada saat itu belum dikenal teori pemisahan ataupun pembagian kekuasaan, Rasulullah SAW. telah mempraktekannya dengan cara mengangkat orang-orang yang memenuhi syarat, misalnya sebagai *wazir* (menteri), *katib* (sekretaris), *wali* (gubernur). *‘amil* (Pengelola zakat) dan *qadi* (hakim).

Pada masa Rasulullah, negara Madinah terdiri dari sejumlah propinsi yaitu : Madinah, Tayman, al-Janad, daerah

³⁰⁵ **Hasbi Ashiddieqy**, *Tafsir Al-Bayan*, Al-Ma’arif, Bandung, 1996, Hlm . 245.

Banu Kindah, Makkah, Najran, Yaman, Hadramaut, Uman dan Bahrain. Untuk setiap propinsi, Rasulullah mengangkat seorang *wali*, seorang *qadi* dan seorang *'amil*. Ketiga pejabat negara tersebut memiliki kewenangan yang mandiri sesuai dengan tugas mereka masing-masing. Seorang *qadi* misalnya, adalah seorang pejabat yang secara struktural tidak berada di bawah *wali*. Seorang *qadi* memiliki kebebasan penuh dalam memutuskan setiap perkara. Untuk dapat diangkat sebagai *qadi*, seseorang harus memenuhi kualifikasi tertentu, yaitu : ia dikenal sebagai orang yang berilmu luas, menguasai masalah-masalah hukum, saleh, adil, jujur, takwa, cerdas, dan mempunyai kemampuan konsiderasi. **Ali bin Abi Thalib** dan **Muadz bin Jabal** adalah dua orang yang diangkat Nabi sebagai *qadi*, yang bertugas di Propinsi yang berbeda.³⁰⁶ Keduanya memenuhi kualifikasi yang telah disebutkan tadi.

Dari data yang diungkapkan di atas dapat disimpulkan, bahwa jauh sebelum orang mengenal peradilan bebas, **Nabi Muhammad SAW**. Pada abad ke-7 telah melaksanakan prinsip itu dalam rangka menegakkan keadilan dan kebenaran, sebagaimana diperintahkan Allah SWT.

Mengenai hubungan dengan negara-negara lain, **Nabi Muhammad SAW**. telah menerapkan prinsip perdamaian. Beliau mengajak kepala negara lain untuk menjadi muslim, tetapi beliau tidak memaksa mereka. Sejumlah surat-surat Nabi telah dikirimkan melalui utusan-utusan beliau kepada sejumlah kepala negara atau penguasa setempat. Surat-surat Nabi itu diperkirakan lebih dari 30 buah, antara lain dikirimkan kepada al-Muqauqis, penguasa di Mesir yang

³⁰⁶ **Muhammad A-Buraey**, *Islam Landasan Alternatif Administrasi Pembangunan*, Rajawali Jakarta, 1996, Hlm . 254-255.

ketika itu penduduknya adalah orang-orang Qibti, juga kepada raja (*kisra*) Persia : **Abrawiz Hurmuz Anu Syirwan**, Kaisar **Heraclius**, penguasa tinggi Romawi di Palestina, **Al-Mundzir bin Sawa al-'Abdi**, penguasa di Bahrain, **Jaifar** dan **Abdu bin al-Jundi**, penguasa di Oman. Inti pokok surat-surat Nabi itu mengajak mereka beserta rakyatnya supaya menganut Islam. Salah satu kalimat yang di tulis Nabi dalam suratnya itu, misalnya surat beliau kepada **Al-Muqauqis**.

“Bahwasannya saya mengajak Anda menganut Islam. Ikutilah Islam, niscaya Anda selamat dan Allah akan melimpahkan pahala kepada Anda dua kali. Tetapi Anda berpaling, maka Anda akan menanggung dosa-dosa orang qibti”.³⁰⁷

Dari sekian banyak penguasa yang dikirim surat seruan kepada Islam, hanya **Muqauqis** dan **Heraclius** yang secara mentah-mentah menolak ajakan Nabi dengan merobek-robek surat. Tetapi atas tindakan penolakan kasar itu, beliau tidak mengadakan reaksi apalagi dengan tindakan militer, karena Nabi memahami benar prinsip perdamaian dengan negara-negara lain harus betul-betul dipegang dan diterapkan. Penguasa-penguasa yang menanggapi secara positif seruan Nabi dalam arti menerima ajakan Nabi untuk memeluk Islam, antara lain penguasa Bahrain dan Oman.³⁰⁸

Pelaksanaan prinsip ketaatan rakyat terhadap kepemimpinan Nabi, beliau sebagai kepala negara tidak

³⁰⁷ **Badruzzaman Busyairi**, *Surat-surat Nabi*, Buletin Dakwah., No. 2 Tahun ke-XVIII, Dewan Dakwah. Islamiah Indonesia, Jakarta, Januari 1991.

³⁰⁸ **Ibid**

pernah memaksakan atau melakukan penekanan terhadap rakyat agar rakyat mentaatinya. Tetapi, dengan cara selalu memberikan contoh dan suri tauladan yang baik kepada rakyatnya, seluruh umat Islam dengan tulus menyatakan rasa kesetiaan, loyalitas, dan ketaatan mereka kepada beliau baik selaku Nabi dan Rasulullah maupun sebagai kepala negara.

Penerapan prinsip-prinsip nomokrasi yang diajarkan Al-Qur'an, sebagai kepala Negara Madinah beliau tidak mengalami hambatan yang berarti. Hal ini mengingat adanya beberapa faktor pendukung berikut :

1. **Nabi Muhammad SAW.** sebagai sosok panutan (*uswatun hasanah*). Secara pribadi beliau senantiasa memberikan contoh kepada para pengikutnya tentang setiap Hal yang diajarkannya. Beliau tidak hanya sekedar menyampaikan sesuatu gagasan secara lisan, akan tetapi juga semua ajaran Islam beliau terapkan dalam kenyataan. Pada masa pemerintahannya, prinsip-prinsip nomokrasi Islam bukan sekedar idealisme, akan tetapi benar-benar diaktualkan dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Prinsip-prinsip itu menjadi basis dalam mekanisme pemerintahan Madinah di bawah kepemimpinannya.

2. Karakter Nabi sebagai kepala Negara Madinah selalu menampilkan sosok pemimpin yang demokrat dan berwibawa sesuai dengan moral atau akhlak Islam, dan selalu mengutamakan kepentingan umum daripada kepentingan pribadi atau keluarga. Faktor-faktor yang kemudian mendukung proses implementasi yang optimal terhadap semua prinsip nomokrasi Islam dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Hal ini sangat jauh berbeda dengan gaya kepemimpinan kepala-kepala negara lain pada

masanya yang feodalistik, keras dan cenderung diktatur. Gaya kepemimpinan Nabi tersebut kemudian ditiru oleh *khulafa rasyidin*.

3. Kesadaran rakyat yang sangat tinggi baik terhadap hak maupun kewajiban-kewajiban mereka. Dengan kata lain, rakyat Madinah di bawah kepemimpinan Nabi memiliki kesadaran hukum yang sangat tinggi. Salah satu penyebabnya adalah komitmen Nabi dan *khulafa rasyidin* terhadap kepentingan rakyat. Kecuali itu, sebagai kepala Negara Madinah, baik Nabi maupun *khulafa rasyidin* selalu membina hubungan sangat baik dengan rakyat Madinah dan memperlakukan mereka dalam kedudukan yang sama, jauh dari nuansa diskriminatif.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdul Ghofur, *Demokratisasi dan Prospek Hukum Islam di Indonesia*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2002.
- Anshari Thayib, Arief Affandie, Hermawan Malik, Bambang Parianom, *Hak Asasi Manusia dan Pluralisme Agama*, Pusat Kajian Strategis Dan Kebijakan (PKSK), Surabaya, 1997.
- Azhari, *Negara Hukum Indonesia, Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-unsurnya*, UI-Press, Jakarta, 1995.
- Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, penyunting Mashudi dan Kuntana Magnar, Mandar Maju, Bandung, 1995.
- Geoffrey Robertson QS, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan, Perjuangan Untuk mewujudkan Keadilan Global*, Komnas HAM, Jakarta, 2002.
- Khofifah Indar Parawansa, *Hambatan terhadap Partisipasi Politik Perempuan di Indonesia*, dalam *Perempuan di Parlemen : Bukan Sekedar Jumlah*, Internasional IDEA, Jakarta, 2002.
- Mien Rukmini, *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tidak Bersalah dan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, Alumni, Bandung, 2003.

- Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1986.
- Moh. Mahfud MD, *Hukum dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Gama Media, Yogyakarta, 1999.
- Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, The Habibie Center, Jakarta, 2002.
- Nickel .James W, *Hak Asasi Manusia, Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, (Making Sense Of Human Rights)*, Gramedia, Jakarta, 1996.
- Notohamidjojo.O, *Demi Keadilan dan Kemanusiaan*, BPK Gunung Mulia, Jakarta, 1975.
- Padmo Wahjono, *Indonesia Berdasar Atas Negara Hukum*, Ghalia Indonesia, 1983
- Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Rakyat di Indonesia*, PT. Bina Ilmu, Surabaya, 1987
- T.A. Legowo, *Dinamika Demokrasi di Indonesia*, dalam *Refleksi Setengah Abad Kemerdekaan Indonesia*, Penyunting Bantaro dkk, CSIS, Jakarta, 1995.
- Ramdlon Naning, *Cita dan Citra Hak-hak Asasi Manusia di Indonesia*, Lembaga Kriminologi Universita Indonesia Program Penunjang Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1983.

- Scott Davidson, *Hak Asasi Manusia*, Grafiti, Jakarta, 1994.
- Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1992.
- , *Undang-Undang Dasar 1945 Kedudukan dan Aspek-Aspek Perubahannya*, Unpad Press, 2002.
- Sudargo Gautama, *Pengertian Tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1973,
- Sunaryati Hartono, *Apakah the Rule of Law*, Alumni, Bandung
- Robertson Geoffrey QS, *Kejahatan Terhadap Kemanusiaan, Perjuangan Untuk mewujudkan Keadilan Global*, Komnas HAM, Jakarta, 2002.
- Rover. C. de, *Acuan Universal Penegakan HAM*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2000.
- Rustam Ibrahim, *Hubungan Antar HAM Dengan Demokrasi dan Pembangunan*, dalam *Diseminasi Hak Asasi Manusia*, CESDA LP3ES, Jakarta, 2000.
- Yoram Dinstein, *Hak Atas Hidup, Keutuhan Jasmani, dan Kebebasan*, dalam *Hak Sipil dan politik*, Editor Ifdhal Kasim, ELSAM, Jakarta, 2001
- "Konsepsi Bangsa Indonesia Tentang Hak-hak Asasi Manusia Ditinjau Dari Segi Hukum"*, disusun oleh Tim UNPAD, Universitas Padjadjaran, Bandung, Januari 1993.

