

Memutus rantai politik otoriter hanya bisa jika melalui jalan penegakan HAM. Pengalaman banyak negeri membawa bukti bahwa penegakan HAM telah menancapkan episode masa depan politik yang lebih demokratis, menghormati hak dan melindungi minoritas. Akan tetapi, pada kenyataannya Indonesia mengalami tragedi dalam upaya menembus keadilan. Praktik penegakan HAM meluncur pada serangkaian pengadilan yang tidak membawa pelaku dan tidak mampu mengembalikan keadilan. Buku ini dengan gemilang mengisahkan ulang bagaimana politik penegakan HAM tidak berjalan progresif. Politik ini dijalankan dengan semangat oportunistik dan berwatak pragmatis. Dedikasi buku ini bukan hanya untuk para aktivis HAM yang selama ini mengalami kebuntuan perjuangan, tetapi kaca reflektif bagi korban kenapa keadilan selalu ditunda. Singkatnya, buku ini dirawat dengan semangat perjuangan seorang aktivis sekaligus akademisi. Patut dibaca oleh mereka yang percaya bahwa perjuangan penegakan HAM bukan menegakkan benang basah, tetapi kemampuan untuk merawat harapan di tengah banyak tragedi.

Dr. Suparman Marzuki

**TRAGEDI POLITIK
HUKUM HAM**

Dr. Suparman Marzuki



**TRAGEDI
POLITIK
HUKUM
HAM**

**TRAGEDI
POLITIK
HUKUM
HAM**

Dr. Suparman Marzuki

TRAGEDI POLITIK HUKUM HAM



Tragedi Politik Hukum HAM

Penulis:

Dr. Suparman Marzuki

Desain Cover:

asn

Penata Aksara:

Fitria Agustina

Cetakan Pertama, Maret 2011

Penerbit

PUSTAKAPELAJAR

Celeban Timur UH III/548 Yogyakarta 55167

Telp. (0274) 381542, Fax. (0274) 383083

E-mail: pustakapelajar@yahoo.com

Bekerja sama dengan

PUSHAM UII YOGYAKARTA

Jeruk Legi RT 13 RW 35 Gg. Bakung No. 517A

Telp. 0274-452032 Fax. 0274-452158

Website: www.pusham.uii.ac.id

E-mail: pushamuii@yahoo.com

ISBN: 978-602-9033-44-1

PENGANTAR PENULIS

Studi politik hukum, termasuk politik hukum hak asasi manusia (HAM) masih terbilang langka di tengah dominasi kajian-kajian hukum dalam perspektif normatif. Studi yang kritis atas motif, arah dan konfigurasi kepentingan di balik konstruksi hipotetis hukum positif (UU) yang bersifat konstitutum itu masih diragukan dan bahkan ditolak kehadirannya oleh sebagian kalangan ilmuwan hukum sendiri, sebagaimana dialami oleh sosiologi hukum.

Oleh sebagian kalangan ilmuwan hukum yang taat dengan ajaran Kelsenian, hukum dipandang sebagai undang-undang (UU) yang imun atas pelbagai aspek di luar hukum, yang diperuntukkan buat dirinya sendiri yang berada di ruang "vakum". Aspek-aspek moral, politik, budaya, dan agama adalah anasir-anasir luar yang tidak relevan. Itu sebabnya, kehadiran politik hukum, sosiologi hukum, dan sekarang mulai muncul psikologi hukum yang jelas menempatkan hukum (UU) sebagai bagian dari variabel sosial yang interaktif direspon negatif sebagai ancaman atas kemapanan *normatifitas* hukum.

Komunikasi intelektual melalui pelbagai forum diantara pelbagai aliran pemikiran hukum selama satu dasawarsa terakhir ini telah menurunkan tensi penolakan terhadap kajian-kajian hukum yang komprehensif. Lebih-lebih dalam realitasnya UU tidak berada di ruang "vakum", diperuntukkan bagi kehidupan manusia, konteks dengan realitas, dan bahkan amat rentan dengan perkembangan sosial, politik dan ekonomi.

Relevansi dan urgensi politik hukum atau sosiologi hukum semakin jelas ketika dibutuhkan untuk menjelaskan tidak bekerjanya UU dengan pelbagai instrumen pelaksanaannya dalam menyelesaikan kasus-kasus. Kegagalan penegakan hukum (*law enforcement*) ternyata tidak semata-mata karena tindakan nekat aparat penegak hukum dalam menyalahgunakan kewenangannya, tetapi juga karena proses

dan substansi dari UU itu sendiri lemah semenjak dibuat; baik karena kealpaan (*by accident*) maupun karena kesengajaan (*by design*).

Buku yang berasal dari disertasi penulis ini fokus pada kajian politik hukum dalam menyiapkan perangkat perundang-undangan HAM sebagai dasar hukum bagi penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu guna menjelaskan pandangan bahwa kegagalan penegakan hukum HAM dalam menyelesaikan pelanggaran berat HAM masa lalu memang disiapkan untuk gagal (David Cohen).

Guna menjelaskan kaitan kegagalan pengadilan HAM dengan produk hukum, buku ini membahas juga negara hukum, demokrasi, konfigurasi politik dan produk-produk hukum HAM sepeninggal Soeharto guna melihat kerangka makro hukum dan politik pembuatan peraturan perundang-undangan HAM yang menjadi dasar hukum penyelesaian pelanggaran berat HAM masa lalu.

Pada bagian akhir dijelaskan bagaimana dan seperti apa produk hukum HAM yang seharusnya dibuat di era demokrasi. Apa yang penulis intordusir di bagian ini didasarkan pada pandangan bahwa tugas kaum intelektual tidak untuk meratapi masa lalu, dan bukan pula sekedar memberi makna terhadap realitas sosial HAM yang telah atau sedang terjadi, tetapi ikut menciptakan sejarah dengan membangun gerakan pemikiran dan kesadaran kritis untuk memberi makna bagi masa depan kemanusiaan kita sendiri.

Kelemahan substansi produk peraturan perundang-undangan membuktikan bahwa pembuatan hukum yang responsif di level proses, tidak dengan sendirinya melahirkan substansi perundang-undangan yang responsif. Variabel proses dan substansi adalah rangkaian politik hukum HAM yang tidak bisa dipisahkan satu sama lain. Karena itu, politik hukum HAM yang lemah di masa lalu harus dimaknai secara reflektif dan objektif untuk merumuskan politik hukum HAM Indonesia ke depan di era demokratis yang responsif dalam proses dan responsif dalam substansi.

Menyadari besarnya dukungan dan sumbangan banyak pihak, penulis haturkan terimakasih kepada semua penulis yang pikiran-pikirannya saya kutif langsung atau tidak langsung dalam buku ini dari pelbagai sumber.

Kepada Prof. Dr. Moh. Mahfud MD (promotor, sekaligus pemberi kata pengantar) dan Prof. Dr. Satya Arinanto (co-promotor) saya ucapkan terimakasih banyak. Sumbangan tenaga dan pikiran keduanya akan saya balas dengan kesungguhan mengembangkan ilmu ini, di atas pondasi integritas yang kuat.

Kepada Prof. Dr. Gayus Lumbun, Prof. Dr. Saldi Isra, Prof. Dr. Nurhasan Ismail, dan Dr. Artidjo Alkostar, saya sampaikan terimakasih banyak. Pertanyaan dan koreksi yang diberikan saat ujian tertutup dan terbuka telah menginspirasi penulis membenahi substansi buku ini.

Terimakasih banyak saya sampaikan juga kepada: Prof. Dr. Edy Suandy Hamid (Rektor Universitas Islam Indonesia), Dr. Mustaqiem (Mantan Dekan FH. UII), Dr. Rusli Muhammad (Dekan FH UII), Dr. Nikmatul Huda (Ketua Program Pasca Sarjana FH UII), Prof. Dr. Ridwan Khairandy (Mantan Direktur Program Pasca Sajana FH. UII), Dr. Salman Luthan (Hakim Agung Republik Indonesia), Dr. Busyro Muqoddas (Ketua Komisi Pemberantas Korupsi). Semua mereka adalah orang-orang penting dalam pencapaian ini.

Tidak lupa kepada rekan Ifdal Kasim (Ketua Komnas HAM), Agung Yudha (mantan Elsam), mas Sriyana (Staf Komnas HAM), pak Enny Soeprapto (mantan anggota Komnas HAM), dan mas Yusri beserta segenap staf pengelola S-3 FH UII. Terimakasih banyak atas pelbagai bentuk dukungan anda semua.

Kepada rekan-rekan saya di Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (Pusham-UII), khususnya buat Eko Prasetyo saya sampaikan terimakasih. Anda semua adalah orang-orang penting yang selalu membuat saya memiliki energi untuk memikul tanggungjawab memimpin Pusham UII, mengurus KPU, mengajar, dan menyelesaikan studi S-3 dalam waktu bersamaan sepanjang (2005-2010).

Kepada penerbit, saya sampaikan terimakasih. Sumbangan anda sangat besar bagi pencerahan setiap anak manusia yang membeli dan membaca terbitan-terbitan anda.

Kepada ayah dan bunda (alm), kanda Syaifullah Hakim Marzuki (alm) beserta semua kakak dan adek saya. Saya ucapkan terimakasih banyak; yang kalau saya terjemahkan; "aku terima kasih kalian semua". Terakhir kepada Istri dan keempat buah hati, saya selalu bersyukur atas kesetiaan dan dukungan yang begitu besar. Terimakasih banyak.

Yogyakarta 2011

Suparman Marzuki

Suparman Marzuki - vii

Politik Hukum HAM untuk Ketatanegaraan Baru

Moh. Mahfud MD

Buku karya Suparman Marzuki ini merupakan hasil karya akademik yang sangat berharga tentang politik hukum hak asasi manusia di Indonesia. Isinya kaya dengan informasi dan padat dengan analisis yang tajam tentang ide, problem, dan harapan bagi masa depan perlindungan hak asasi manusia di Indonesia.

Pada tahun 1998 kita melakukan reformasi dengan menjatuhkan pemerintahan Orde Baru yang berwatak otoriter. Reformasi dianggap perlu karena sistem politik pada masa itu sangat tidak demokratis. Pemerintah Orde Baru bersifat sewenang-wenang. Relasi kekuasaan terjebak dalam sistem *patron-client*. Pemerintah Pusat yang berpuncak pada Soeharto sangatlah determinan dan intervensionis. Itulah sebabnya ketika terjadi krisis multidimensi sejak tahun 1997, Indonesia merupakan negara yang paling lama menyelesaikannya. Terlebih lagi ketika Soeharto jatuh, semua aparat pemerintah lemah dan limbung karena fundamen politik yang lemah dibarengi dengan kebiasaan bergantung pada pemerintah pusat. Tak ada inisiatif signifikan yang muncul dari daerah-daerah untuk secara mandiri menyelesaikan masalah. Semua menunggu komando dari pusat seperti yang berlaku selama puluhan tahun.

Sistem politik yang tidak demokratis pada masa lalu juga ditandai dengan maraknya pelanggaran hak asasi manusia. Hal ini

menyebabkan gagalnya penegakan hukum dan keadilan serta perlindungan terhadap hak asasi manusia pada umumnya. Korupsi, kolusi, dan nepotisme (KKN) marak di antero negeri.

Banyaknya pelanggaran hak asasi manusia yang dilakukan oleh pemerintahan Orde Baru juga dipengaruhi oleh ketentuan dalam konstitusi yang berlaku. Di dalam konstitusi kita sebelum perubahan, ketentuan tentang hak asasi manusia hanya berupa residu dari kekuasaan. Padahal, dalam teori hubungan residual antara kekuasaan dan hak asasi manusia, kekuasaan harus menjadi sisa dari hak asasi manusia, bukan hak asasi manusia yang menjadi sisa dari kekuasaan. Seharusnya hak asasi manusia diberikan sepenuhnya kepada rakyat karena hal itu merupakan hak dasar yang menjadi alasan dibentuknya negara dan pemerintahan. Hak asasi manusia bisa disisakan (residu) sedikit untuk diberikan kepada pemegang kekuasaan sekadar untuk dapat melindungi hak asasi manusia itu sendiri dan bukan malah kekuasaan itu mengambil hak asasi manusia dengan sesuka hatinya. Di Indonesia, pada masa lalu, yang terjadi justru kekuasaan disusun dalam hubungan residual yang terbalik. Hak asasi manusia diakui, tapi pelaksanaannya ditentukan oleh undang-undang sehingga dalam praktik pemegang kekuasaanlah yang menentukan hak asasi mana yang boleh dinikmati dan hak asasi mana yang perlu dibatasi. Ketentuan konstitusi (UUD 1945 yang asli) dengan residu terbalik seperti itulah yang kerap kali dipergunakan oleh penguasa untuk melakukan pelanggaran-pelanggaran terhadap hak asasi manusia dengan membangun kekuasaan yang otoriter melalui akumulasi kekuasaan yang terus berlangsung.

Dalam sistem pemerintahan Orde Baru yang otoriter negara telah mengakumulasi kekuasaan secara terus menerus sehingga terjadi kesewenang-wenangan, tidak tegaknya hukum, dan pelanggaran terhadap hak asasi manusia secara massif.

Dari sudut pandang konstitusionalisme, reformasi yang kita lakukan pada tahun 1998 itu dapat dilihat sebagai upaya untuk menata tiga hal yang terkait konstitusionalisme, yakni perlindungan hak asasi manusia, demokrasi, dan penegakan hukum. Fakta terjadinya krisis multidimensi merupakan pintu masuk yang dapat dimanfaatkan untuk membangun sistem politik yang demokratis. Dasarnya, hanya dengan sistem politik yang demokratislah rakyat memiliki kesempatan untuk secara bersama-sama menentukan haluan negara dan menentukan cara-cara yang harus ditempuh untuk menyelesaikan krisis yang harus dihadapi secara bersama dan

melembaga sebagai bangsa. Oleh sebab itu, demokrasi menjadi tuntutan utama pada saat reformasi. Sementara untuk membangun demokrasi langkah yang dipandang sangat penting adalah mengamandemen UUD 1945, sebab pembangunan sistem kekuasaan yang otoriter telah nyata-nyata dilakukan melalui celah-celah UUD 1945 yang sejak awal dinyatakan sebagai UUD kilat. Ada keyakinan akademik saat itu bahwa tak mungkin kita membangun demokrasi tanpa mereformasi konstitusi.

Berbagai studi akademik menyimpulkan bahwa demokrasi di Indonesia tidak tumbuh karena para penguasa selalu membangun otoritarianisme dengan memanipulasi tafsir terhadap UUD 1945 yang asli itu. Meskipun sudah nyata bahwa di dalam UUD 1945 terdapat asas demokrasi dan hukum, tetapi dalam prakteknya, pembuatan hukum yang menyangkut kekuasaan selalu dihegemoni negara yang direpresentasikan oleh Presiden yang sangat kuat karena sistem politik yang *executive heavy*.

Dalam UUD 1945, infrastruktur, suprastruktur, dan agenda politik nasional diatur dengan undang-undang, sementara undang-undang dibuat oleh Presiden bersama DPR. Dalam situasi presiden mendominasi hampir seluruh kekuasaan negara karena sistem yang berpusat pada Presiden itu, maka setiap undang-undang selalu bertumpu pada kemauan Presiden. Dari sinilah kemudian Presiden dapat memanipulasi pembuatan undang-undang secara terus-menerus dan membangun sistem politik otoriter tanpa bisa dihindari.

Dengan amandemen terhadap UUD 1945 diharapkan sistem politik dapat berubah menjadi demokratis sehingga kekuasaan menjadi proporsional dan hak asasi manusia bisa dilindungi. Berdasarkan hal tersebut maka arah reformasi konstitusi sekurang-kurangnya dapat dipetakan ke dalam tiga hal. *Pertama*, memberikan penegasan tentang ketentuan hak asasi manusia dalam konstitusi yang harus membalik residu dari hak asasi sebagai sisa kekuasaan menjadi kekuasaan sebagai sisa hak asasi; artinya kekuasaan negara itu sebenarnya residu (sisa) dari hak asasi manusia yang dipisahkan khusus untuk diberikan kepada kekuasaan negara agar dengan itu negara mampu melindungi hak asasi manusia.

Itulah sebabnya, ketentuan tentang hak asasi manusia baik, yang dibuat secara orisinal oleh pendiri negara pada tahun 1945 maupun ditetapkan oleh konvensi internasional, dimasukkan ke UUD 1945 hasil perubahan, sehingga tidak ada celah sedikitpun untuk mempersoalkan kembali pentingnya isi hak asasi manusia. Di sini jelas pula ditekankan bahwa hak asasi manusia adalah milik setiap

orang dan seluruh warga negara. Pemerintah diberi sisa sedikit (residu) dari hak untuk mengatur dan menjatuhkan tindakan-tindakan hukum agar hak asasi manusia milik masyarakat tersebut dapat terlindungi.

Kedua, untuk melindungi hak asasi manusia dengan pembalikan hubungan residual antara kekuasaan dan hak asasi manusia, dibangun pula sistem pemerintahan yang bertumpu pada *checks and balances*. Jika dahulu sistem pemerintahan kita bersifat vertikal-hirarkis di mana kekuasaan bertumpu pada presiden (*executive heavy*), sekarang dibangun dengan sifat horizontal-fungsional. Semua lembaga negara berdiri sejajar dengan fungsi yang berbeda-beda. Tidak ada suatu lembaga yang mendominasi kekuasaan negara kita. Tidak ada lagi lembaga tertinggi negara dan lembaga tinggi negara. Presiden, MPR, DPR, DPD, MA, MK, dan BPK merupakan lembaga negara yang sejajar dan hanya dibedakan oleh fungsinya masing-masing. Lalu ada satu lembaga negara yang sifatnya menunjang kekuasaan bidang yudikatif, yaitu Komisi Yudisial. Semua lembaga negara itu terjalin dalam hubungan *checks and balances*.

Ketiga, penguatan lembaga yudikatif. Amandemen UUD 1945 memberi perhatian pada lembaga yudikatif yang kuat dan independen. Puncak kekuasaan kehakiman dipecah menjadi dua yakni Mahkamah Agung (MA) dan Mahkamah Konstitusi (MK). MA merupakan puncak peradilan untuk berbagai masalah yang bersifat umum, sedangkan MK merupakan peradilan ketatanegaraan yang diberi fungsi khusus dan bersifat limitatif. Wewenang-wewenang limitatif MK meliputi pengujian undang-undang, mengadili sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan hasil pemilihan umum, sedangkan kewajiban MK adalah memutus pendapat DPR bahwa presiden tidak memenuhi syarat lagi sebagai presiden, baik karena pelanggaran hukum tertentu maupun karena terjadinya keadaan baru terhadap Presiden/Wakil Presiden.

Dengan demikian menjadi jelas bahwa ada salah satu aspek penting dalam reformasi konstitusi kita, yakni adanya politik atau pembangunan politik hukum tentang hak asasi manusia. Dasarnya, adanya konstitusi dimaksudkan untuk melindungi hak asasi manusia, dalam arti bahwa konstitusi mula-mula dibuat untuk melindungi hak asasi manusia yang kemudian tentu saja memerlukan instrumen hukum. Dengan asumsi bahwa hukum hanya bisa ditegakkan dengan

baik dalam suatu sistem pemerintahan yang demokratis maka selain mengurai dengan tegas tentang jenis-jenis hak asasi manusia di dalam konstitusi itu ditegaskan juga pengaturan politik dan pemerintahan yang demokratis. Dengan demikian, garis politik hukum tentang hak asasi manusia pada masa reformasi menjadi semakin jelas. Politik hukum hak asasi manusia diartikan sebagai garis resmi tentang hukum hak asasi manusia yang akan diberlakukan negara dalam rangka mencapai tujuan negara dalam perlindungan hak asasi manusia sesuai dengan konstitusi. Politik hukum hak asasi manusia menyangkut hukum-hukum tentang hak asasi manusia yang harus dan akan diberlakukan di negara kita untuk mencapai tujuan negara dalam perlindungan hak asasi manusia.

Pada awal reformasi, pertama-tama politik hukum hak asasi manusia ditandai dengan lahirnya Undang-Undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi manusia. Pada tahun 2000 amandemen tahap kedua UUD 1945 menambah lebih dari sepuluh pasal tentang hak asasi manusia di dalam konstitusi tersebut. Lalu ada pengadilan *Ad Hoc* yang dimaksudkan untuk menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia berat yang terjadi di masa lalu. Lembaga-lembaga perlindungan hak asasi manusia juga ditata kembali sehingga dapat berkinerja secara lebih efektif. Kekuasaan kehakiman di bawah MA dijadikan satu atap, tidak lagi tersusun secara dualistik seperti terjadi di masa lalu. Konstitusi membentuk juga MK sebagai lembaga negara yang diberi fungsi mengawal konstitusi dalam memberi perlindungan hak asasi manusia.

Buku yang ditulis saudara Suparman ini semula merupakan disertasi tentang politik hukum hak asasi manusia di mana saya menjadi promotornya. Buku ini menjelajahi hampir semua aspek penting tentang hak asasi manusia pada masa Orde Baru serta reformasi setelah itu. Buku ini penting karena kita bisa mengikuti identifikasi dan uraian persoalan hak asasi manusia pada masa lalu sekaligus melihat langkah dan mencari jawaban kekinian tentang politik hukum hak asasi manusia pada era reformasi.

Bagi saya pribadi tampak jelas, dari sudut hukum materiil melalui reformasi kita telah memiliki hukum tentang hak asasi manusia yang sangat lengkap. Saya selalu mengatakan, hampir semua instrumen hukum tentang hak asasi manusia sekarang ini telah kita miliki. Pedoman yang bersifat abstrak tentang politik hukum hak asasi manusia, meskipun tidak sempurna, sudah cukup kita miliki. Yang menjadi persoalan saat ini adalah bagaimana penegakannya

Daftar Isi

di lapangan. Persoalan ini sangat terasa karena di lapangan masih banyak pelanggaran terhadap hak asasi manusia. Pelanggaran itu timbul karena berbagai faktor seperti karena tidak jelasnya reformasi birokrasi penegakan hukum dan penyanderaan oleh pengalaman-pengalaman masa lalu. Di sini letak pentingnya kehadiran buku ini. Saya meyakini yang paling kita perlukan untuk saat ini adalah pembenahan birokrasi penegak hukum yang dapat memutus belenggu dan penyanderaan aparat untuk melakukan tindakan-tindakan yang tegas.

Jika pembaca ingin mengetahui politik hukum hak asasi manusia dalam arti norma-abstrak, buku ini adalah bahan yang cukup lengkap. Di luar jawaban singkat saya tentang problem politik hukum hak asasi manusia itu, buku ini penting karena kita dihadapkan pada pertanyaan baru: mengapa ketika hukum tentang hak asasi manusia di Indonesia sudah sangat lengkap, hak asasi manusia tidak juga dapat ditegakkan dengan baik?

Jawaban atas itu menjadi tugas kita semua untuk merumuskannya, baik sebagai konsep akademik untuk lanjutan buku ini, maupun rekomendasi *policy* hak asasi manusia yang bisa disampaikan kepada pemerintah.

Pengantar Penulis ~ v

Politik Hukum HAM untuk Ketatanegaraan Baru

Moh. Mahfud MD ~ ix

Daftar Isi ~ xv

Bab I Pendahuluan ~ 1

- A. Dasar Pemikiran dan Permasalahan ~ 1
- B. Tujuan dan Kegunaan Penelitian ~ 8
- C. Kerangka Pemikiran ~ 10
- D. Metode Penelitian ~ 20

Bab II Demokrasi dan Hak Asasi Manusia ~ 23

- A. Pengantar ~ 23
- B. Gelombang Demokrasi ~ 28
- C. Transisi dan Konsolidasi Demokrasi ~ 36
- D. Transisi dan Konsolidasi Demokrasi di Indonesia ~ 49
- E. Demokrasi dalam UUD 1945 Perubahan ~ 64

Bab III Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia ~ 73

- A. Perkembangan Konsep Negara Hukum ~ 73
- B. Negara Hukum di Era Orde Baru ~ 92
- C. Negara Hukum di Era Reformasi ~ 103
 - 1. Perubahan UUD 1945 ~ 103
 - 2. Negara Hukum dalam UUD 1945 Perubahan ~ 118

Suparman Marzuki - xv

- (1) Negara Hukum pada Perubahan Pertama ~ 120
- (2) Negara Hukum pada Perubahan Kedua ~ 123
- (3) Negara Hukum pada Perubahan Ketiga ~ 125
- (4) Negara Hukum pada Perubahan Keempat ~ 131
3. Perlindungan HAM dalam UUD 145 Perubahan ~ 134

Bab IV Konfigurasi Politik Paska Orde Baru ~ 141

- A. Pengantar ~ 141
- B. Konfigurasi Politik ~ 149
 - a. Konfigurasi Politik Paska Soeharto ~ 157
 - b. Konfigurasi Politik Setelah Pemilu 1999 ~ 167
 - c. Konfigurasi Politik Setelah Pemilu 2004 ~ 175
- C. Politik Hukum HAM ~ 181
 - a. Perdebatan dalam BPUPKI ~ 182
 - b. Era Orde Lama ~ 190
 - c. Era Orde Baru ~ 194
 - d. Paska Orde Baru ~ 199

Bab V Politik Hukum HAM Era Reformasi ~ 207

- A. Pengantar ~ 207
- B. Produk Hukum ~ 208
 - a. Era B.J. Habibie ~ 208
 - (a) Produk Hukum Umum ~ 208
 1. Ketetapan MPR ~ 208
 2. Undang-Undang ~ 211
 3. Keputusan Presiden ~ 213
 - (b) Produk Hukum HAM ~ 214
 1. Ketetapan MPR ~ 214
 2. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah (UU/PP) ~ 218
 3. PP, Keppres dan Inpres ~ 226
 - (c) Institusi Perlindungan HAM ~ 229
 1. Komnas HAM ~ 229

2. Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan ~ 230
3. Dewan Pers ~ 230
4. Lembaga Koordinasi dan Pengendalian Peningkatan Kesejahteraan Sosial Penyandang Cacat ~ 231
- (d) Analisis ~ 231

- b. Era Abdurrahman Wahid ~ 238
 - (a) Produk Hukum Umum ~ 238
 1. Ketetapan MPR ~ 238
 2. Perubahan UUD 1945 ~ 241
 3. Undang-Undang ~ 241
 4. Keppres ~ 242
 - (b) Produk Hukum HAM ~ 243
 1. Ketetapan MPR ~ 243
 2. Perubahan UUD 1945 dan UU ~ 244
 3. PP, Keppres dan Inpres ~ 246
 - (c) Institusi Perlindungan HAM ~ 249
 1. Komite Aksi Nasional Penghapusan Bentuk-bentuk Pekerjaan Terburuk untuk Anak ~ 249
 2. Komisi Ombudsman Nasional ~ 249
 3. Pengadilan HAM ~ 249
 - (d) Analisis ~ 249
- c. Era Megawati Soekarnoputri ~ 255
 - (a) Produk Hukum Umum ~ 255
 1. Ketetapan MPR ~ 255
 2. Perubahan UUD 1945 ~ 256
 3. Undang-Undang ~ 256
 - (b) Produk Hukum HAM ~ 260
 1. Undang-Undang ~ 260
 2. Peraturan Pemerintah (PP) dan Keputusan Presiden (Keppres) ~ 262

- (c) Institusi Perlindungan HAM ~ 265
 - 1. Komisi Perlindungan Anak (KPA) ~ 265
 - 2. Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK) ~ 266
 - 3. Komisi Pemilihan Umum (KPU) ~ 266
 - 4. Komisi Penyiaran Indonesia (KPI) ~ 266
 - 5. Mahkamah Konstitusi (MK) ~ 267
 - 6. Komisi Yudisial (KY) ~ 267
- (d) Analisis ~ 267
- d. Era Susilo Bambang Yudhoyono ~ 271
 - (a) Produk Hukum Umum ~ 271
 - Undang-Undang ~ 271
 - (b) Produk Hukum HAM ~ 273
 - 1. Undang-Undang ~ 273
 - 2. Peraturan Pemerintah (PP) ~ 275
 - 3. Keppres dan Perpres ~ 276
 - (c) Institusi Perlindungan HAM ~ 277
 - 1. Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK) ~ 277
 - 2. Ombudsman Republik Indonesia ~ 277
 - (d) Analisis ~ 277
- C. Produk Hukum HAM Penyelesaian Pelanggaran HAM Masa Lalu ~ 286
 - a. UU No. 26 Tahun 2000 ~ 286
 - (a) Latar Belakang Terbentuknya UU ~ 286
 - (b) Respon dan Peran Aktor ~ 295
 - 1. Pemerintah ~ 295
 - 2. DPR ~ 298
 - 3. TNI/Polri ~ 305
 - 4. Kelompok Penekan ~ 307
 - (c) Substansi UU ~ 313

- 1. Aspek-Aspek Yang Diatur ~ 313
 - (1) Yurisdiksi ~ 313
 - (2) Hukum Acara ~ 314
 - (3) Perlindungan Saksi dan Korban ~ 314
 - (4) Kompensasi, Restitusi dan Rehabilitasi ~ 318
 - (5) Tanggung Jawab Komandan dan Atasan Polisi atau Sipil ~ 319
 - (6) Ketentuan Mengenai Tidak Berlakunya Asas Daluwarsa ~ 319
- 2. Kelemahan Substansi UU ~ 320
 - (1) Konsep Kejahatan terhadap Kemanusiaan ~ 320
 - (2) Konsep Tanggung Jawab Komando ~ 329
 - (3) Tidak Ada Hukum Acara Tersendiri ~ 334
 - (4) Tidak Diatur Prosedur Pengusulan Pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc ~ 338
 - (5) Tidak Ada Ketentuan Batas Waktu Balik Baliknya BAP ~ 339
 - (6) Tidak Diatur Prosedur Penyelesaian Perbedaan Pendapat antara Penyelidik dan Penyidik ~ 341
 - (7) Kerancuan Maksud Penyelidikan ~ 342
 - (8) Tentang Alat Bukti ~ 344
 - (9) Tentang Kompensasi, Restitusi dan Rehabilitasi ~ 346
 - (10) Lemahnya Perlindungan Saksi dan Korban ~ 347
 - (11) Tentang Jaksa dan Hakim ~ 347
- b. UU No. 27 Tahun 2004 (KKR) ~ 349
 - (a) Latar Belakang Terbentuknya UU ~ 349
 - (b) Respon dan Peran Aktor ~ 354

Bab I

Pendahuluan

1. Pemerintah ~ 354
2. DPR ~ 358
3. TNI/Polri ~ 364
4. Kelompok Penekan ~ 367
- (c) Substansi UU KKR ~ 374
- (d) Kelemahan UU KKR ~ 378
- (e) Gagalnya Pembentukan KKR ~ 386
- (f) Pembatalan UU KKR oleh Mahkamah Konstitusi ~ 391
- c. Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP) ~ 398
 - (a) Latar Belakang Terbentuknya KKP ~ 398
 - (b) Mekanisme Kerja KKP ~ 400
 - (c) Respon dan Peran Aktor ~ 402
 1. Pemerintah ~ 402
 2. DPR ~ 404
 3. TNI/Polri ~ 406
 4. Kelompok Penekan ~ 407
- D. Politik Hukum HAM Setengah Hati ~ 413

Bab VI Politik Hukum HAM di Era Demokratis ~ 427

- A. Pengantar ~ 427
- B. Pembuatan Hukum HAM Responsif ~ 430
 1. Konsep Hukum HAM Responsif ~ 430
 2. Politik Hukum Hak Sipil Politik (HSP) ~ 439
 - a. Responsivitas UUD 1945 terhadap HSP ~ 439
 - b. Kebutuhan ke Depan ~ 444
 3. Politik Hukum Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (HESB) ~ 462
 - a. Responsivitas UUD 1945 ~ 462
 - b. Kebutuhan ke Depan ~ 467

Daftar Pustaka ~ 481

Biodata Penulis ~ 497

A. Dasar Pemikiran dan Permasalahan

Negara-negara yang baru lepas dari kekuasaan otoritarian selalu dihadapkan pada tuntutan penyelesaian masalah-masalah politik, hukum dan hak asasi manusia dalam negeri yang kompleks warisan rezim otoritarian itu. Pada aspek politik ada desakan untuk melakukan perubahan sistem politik ke arah sistem politik yang demokratis. Pada aspek hukum didesak agenda pembaharuan sistem hukum, atau paling tidak penegakan hukum menuju tegaknya supremasi hukum, dan pada hak asasi manusia (HAM) muncul tekanan untuk menegakkan penghormatan, pemenuhan dan perlindungan HAM.

Dalam kaitan itulah, jatuhnya Orde Baru pada Mei 1998 diikuti oleh desakan dari elemen-elemen demokrasi dalam negeri dan dunia internasional agar pemerintahan B.J. Habibie yang menggantikan Soeharto melakukan langkah-langkah politik dan hukum yang tegas dan terarah guna mengakhiri anasir-anasir kekuasaan otoritarian itu secara tandas, guna membuka jalan bagi perubahan politik, penegakan hukum dan hak asasi manusia.

Salah satu agenda yang mengemuka adalah desakan agar segera dilakukannya kebijakan perlindungan, penghormatan dan pemenuhan HAM, baik yang sifatnya tindakan kongkrit maupun perubahan landasan konstitusional dalam UUD 1945 yang dipandang sebagai penyebab utama

dilakukannya pelanggaran-pelanggaran HAM oleh kekuasaan. Dengan kata lain, lemahnya politik hukum perlindungan, penghormatan dan pemenuhan HAM dalam UUD 1945 merupakan “ruang kosong” yang digunakan kekuasaan untuk mempraktikkan pelanggaran-pelanggaran HAM.

Bila diukur dengan politik hukum HAM Konstitusi di era sebelumnya, UUD 1945 memang sangat lemah. Di masa Republik Indonesia Serikat (RIS), pengakuan dan penghormatan HAM mengalami kemajuan secara normatif setelah dicantumkan dalam 35 pasal pada Konstitusi RIS (KRIS) 1949¹. Sebagaimana juga dalam UUDS-RI 1950². Tetapi semenjak kembali ke-UUD 1945 pada 5 Juli 1959 sampai runtuhnya rezim Orde Baru, penghormatan, pemenuhan, dan perlindungan HAM justru mengalami kemunduran.

Selama 32 tahun kekuasaannya, Orde Baru hanya mengesahkan dua instrumen internasional HAM, yakni: Konvensi tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan dengan UU No. 7 Tahun 1984 (LN Nomor 29 Tahun 1984, TLN Nomor 3277), dan Konvensi tentang Hak Anak (1989). Pada 1993 memang dibentuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Komnas) HAM melalui Keputusan Presiden (Keppres) No. 50 Tahun 1993, tetapi karena besarnya kekuasaan Presiden, kehadiran Komnas HAM tidak secara signifikan mampu menjadi kekuatan perlindungan HAM bagi rakyat.

Pelanggaran hak bereksperisi, hak berorganisasi, berpendapat, serta penahanan sewenang-wenang tanpa proses

hukum terhadap aktivis mahasiswa pada 1974³, 1978/1979⁴, 1983/1984⁵, 1997/1998⁶; terhadap kelompok masyarakat yang dituduh Komando Jihad⁷, Kelompok Usroh⁸, kasus Tanjung Priok⁹, kasus Talang Sari Lampung¹⁰, kasus Timor

¹ Dari 197 pasal yang diatur dalam KRIS 1949, terdapat sekitar 18 persen pasal yang mengatur tentang HAM.

² Berlangsung 15 Agustus 1950 sampai dengan 4 Juli 1959. Jaminan HAM di dalam UUDS 1950 terdapat dalam 38 pasal, atau sekitar 26 persen dari keseluruhan pasal.

- ³ Peristiwa Malapetaka Lima Belas Januari (MALARI), yaitu demonstrasi (protes) mahasiswa terhadap masuknya modal asing, terutama Jepang, yang diwarnai dengan kerusuhan massal berupa pengrusakan dan pembakaran fasilitas umum, seperti Pasar Senen dan mobil-mobil buatan Jepang di sejumlah tempat di Jakarta.
- ⁴ Protes mahasiswa terhadap pembangunan proyek-proyek mercu suar keluarga Soeharto, antara lain: pembangunan Taman Mini Indonesia Indah (TMII) serta protes terhadap depolitisasi kampus melalui kebijakan yang dikenal dengan Normalisasi Kehidupan Kampus (NKK).
- ⁵ Protes mahasiswa terhadap kebijakan politik pemerintah yang menjadikan Pancasila sebagai satu-satunya asas, yang dikenal dengan asas tunggal bagi organisasi sosial, politik, keagamaan, dan organisasi ekstra kemahasiswaan seperti Himpunan Mahasiswa Islam (HMI), Perhimpunan Mahasiswa Islam Indonesia (PMII), Ikatan Mahasiswa Muhammadiyah (IMM), Perhimpunan Mahasiswa Katolik Republik Indonesia (PMKRI), dan seterusnya.
- ⁶ Protes mahasiswa dan sejumlah intelektual kritis yang menuntut dilakukannya reformasi pemerintahan Orde Baru, yang berujung menuntut mundurnya Presiden Soeharto.
- ⁷ Kelompok dari kalangan Islam yang dituduh oleh penguasa Orde Baru anti Pancasila, dan hendak mendirikan negara Islam.
- ⁸ *Ibid.*
- ⁹ Penahanan, penghilangan orang, dan penembakan yang diduga menewaskan puluhan orang di Tanjung Priok menyusul pembubaran secara paksa majelis pengajian oleh Komando Distrik Militer (Kodim) setempat pada September 1984. Kasus ini pada dasarnya bagian dari tuduhan adanya sekelompok umat Islam yang anti Pancasila dan akan mendirikan negara Islam.
- ¹⁰ Pembakaran atau lebih tepat pembumihangusan disertai

Timur¹¹, kasus Nipah¹², kasus Kedung Ombo¹³, kasus Aceh¹⁴, kasus Papua¹⁵; pembunuhan massal tanpa proses hukum yang dikenal dengan penembakan misterius (Petrus)¹⁶, adalah sebagian dari pelanggaran HAM yang terjadi di era Orde Baru.

Menyusul tumbanganya Orde Baru, kekuatan pro demokrasi dalam negeri yang didukung oleh organisasi-

penembakan terhadap rakyat sipil yang diduga menewaskan lebih dari 200 orang di desa Dukuh Talang Sari III, Lampung Tengah, Lampung.

¹¹ Operasi militer semenjak Timor Timur menjadi bagian dari Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) hingga tahun 1998 terhadap sekelompok orang yang anti integrasi dan hendak memisahkan diri dari NKRI.

¹² Penggusuran dan penembakan petani yang memprotes rencana pembangunan Waduk Nipah di Sampang Madura tahun 1993. Kasus tersebut menyebabkan 4 (empat) warga tewas.

¹³ Pada tahun 1985-1989, Pemerintahan Soeharto dengan melibatkan ratusan tentara melakukan penggusuran paksa tanah dan rumah terhadap sekitar 5268 keluarga yang tersebar di 37 desa, 7 kecamatan di 3 kabupaten, yaitu: Sragen, Boyolali dan Grobogan untuk kepentingan pembangunan waduk, yang kemudian dikenal dengan waduk Kedung Ombo. Selain diintimidasi dan mendapat perlakuan kasar secara fisik, warga juga tidak mendapatkan ganti rugi yang layak.

¹⁴ Operasi militer dengan pelbagai nama dan bentuk terhadap kelompok Gerakan Aceh Merdeka (GAM) yang akan memisahkan diri dari Indonesia.

¹⁵ Operasi militer untuk menumpas apa yang disebut pemerintah Orde Baru dengan Gerakan Papua Merdeka (OPM).

¹⁶ Operasi pemberantasan sekelompok orang yang dituduh oleh penguasa Orde Baru sebagai pelaku pelbagai bentuk kejahatan yang meresahkan masyarakat, seperti: perampokan, penjambratan, pemerasan, pencopetan, yang populer dengan sebutan "preman". Sepanjang periode 1983-1984, ratusan "preman" dibunuh dengan cara ditembak secara sewenang-wenang tanpa proses hukum di hampir seluruh provinsi di Indonesia.

organisasi HAM internasional mendesak pemerintahan B.J. Habibie (Presiden yang menggantikan Soeharto) untuk mengambil kebijakan hukum dan politik yang cepat, guna memulai langkah pemulihan dan peningkatan penghormatan, pemenuhan dan perlindungan HAM di Indonesia.

Pemerintahan baru dituntut mencabut pelbagai peraturan perundang-undangan yang mengekang perbedaan pendapat, bereksperimen dan berorganisasi, pembebasan tahanan politik, pembentukan partai-partai politik, penjadwalan pemilihan umum yang adil, dimulainya suatu dialog tentang reformasi dan perlindungan HAM, serta mendesak Indonesia menandatangani dan meratifikasi perjanjian internasional utama di bidang HAM.

Desakan-desakan tersebut direspon cepat oleh B.J. Habibie dengan menguraikan program-program reformasi pemerintahannya pada 25 Mei 1998¹⁷. Ia mengumumkan prioritas utama pemerintahannya untuk membatasi habis

¹⁷ Langkah politik yang cepat itu sempat diragukan oleh kekuatan pro demokrasi sebagai langkah yang tidak akan banyak pengaruh dan maknanya secara substantif bagi Indonesia ke depan. Mereka khawatir model yang pernah dilakukan Soeharto dalam 5 tahun terakhir pemerintahannya akan terulang. Bagi kalangan ini, jaminan atas perlindungan (proteksi) dan pemajuan (promosi) HAM tidak cukup hanya dalam teks dokumen negara; diperlukan satu mekanisme nasional politik dan hukum yang dapat secara efektif menegakkan HAM, dan menghukum mereka yang bertanggungjawab melakukan pelanggaran HAM di era Soeharto, termasuk di dalamnya memulihkan hak-hak korban. Meskipun demikian, langkah B.J. Habibie itu masih memperoleh apresiasi positif dari kalangan praktisi hukum, terutama kebijakannya mencabut UU No. 11/PNPS/Tahun 1963 tentang Subversi dengan UU No. 26 Tahun 1999, LN Nomor 73 Tahun 1999, TLN Nomor 3849; dan pelepasan sejumlah tahanan politik, seperti Sri Bintang Pamungkas dan Muchtar Pakpahan; termasuk instruksinya melakukan reformasi pemilihan umum (Pemilu) yang mengubah secara mendasar sistem rekrutment politik di level legislatif dengan UU Pemilu

korupsi, kolusi dan nepotisme (KKN)¹⁸, menciptakan pemerintahan yang bersih, dan mencabut berbagai aturan pembatasan HAM, terutama kebebasan pers, dengan mengeluarkan beberapa peraturan baru tentang pers dan penyiaran radio yang digambarkannya sebagai bagian dari reformasi di bidang informasi¹⁹.

Politik hukum HAM pemerintahan era Habibie itu memperlihatkan perkembangan penting dalam rangka penghormatan, pemenuhan dan perlindungan HAM²⁰, sekalipun masih dalam taraf permulaan yang lebih mengesankan sebagai respon spontan atas kuatnya desakan masyarakat sipil dan dunia internasional, tetapi sebagai langkah awal, politik hukum HAM Habibie cukup mengesankan karena membuka “tabu-tabu” politik Orde Baru.

Pemerintahan Abdurrahman Wahid (Gus Dur), Megawati Soekarnoputri (Megawati) dan Susilo Bambang

No. 3 Tahun 1999, LN Nomor 23 Tahun 1999, TLN Nomor 3810 .

¹⁸ Dibuktikan dengan disyahkannya UU tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme (UU No. 28 Tahun 1999, LN. Nomor 74 Tahun 1999, TLN. Nomor 3851).

¹⁹ Bilveer Singh, *Succesion Politics in Indonesia*, St Martin's Press, Inc., New York, 2000, hlm. 167-168.

²⁰ Realitas pelaksanaan HAM di era reformasi mencuatkan keraguan, sinisme dan bahkan ketidakpercayaan, menyusul terjadinya serangkaian pelanggaran hak-hak sipil. Dalam catatan Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (Elsam) selama tahun 2003, 2004, 2005, 2006 dan awal 2007; penegakan HAM menghadapi tantangan baru. Apabila dahulu aparatus represif negara merupakan satu-satunya ancaman terberat dalam penegakan hak asasi, kini, pola kekerasan yang sama telah mereproduksi diri dalam satuan-satuan kecil kelompok masyarakat. Tidak melulu pada kelompok sipil terorganisir, kekerasan juga menjadi bahasa kekecewaan dan

Yudhoyono (SBY) yang melanjutkan politik hukum HAM yang telah diletakkan oleh Habibie telah pula melakukan pelbagai kebijakan di bidang HAM dengan penekanan yang berbeda, sehingga selama 12 tahun reformasi (1998-2010) telah dapat dicatat adanya pelbagai produk hukum sebagai realisasi dari politik hukum HAM pemerintahan era reformasi sejalan dengan perkembangan demokrasi.

Menguatnya tatanan politik yang demokratis telah menumbuhkan keyakinan publik munculnya produk-produk hukum responsif, serta penerapan atau penegakan hukum yang adil, fair dan transparan. Termasuk menguatnya kepercayaan akan independensi dan imparsialitas²¹ lembaga-lembaga penegakan hukum.

Keyakinan teoritik demikian itu telah memperoleh legitimasi akademis melalui studi Moh. Mahfud, MD dan studi-studi lain yang muncul kemudian yang menyatakan bahwa sistem politik demokratis melahirkan produk-produk hukum responsif. Sebaliknya dalam sistem politik otoritarian melahirkan produk-produk hukum represif. Permasalahannya

ketidaksepahaman. Sayangnya masyarakat juga mengafirmasi dan mentolelir penggunaan kekerasan. Situasi ini mendudukkan posisi hak asasi dalam titik yang rawan. Berbagai catatan praktik penyerangan dan kekerasan pada masyarakat, baik yang berkaitan dengan isu keagamaan, maupun yang berkaitan dengan kebebasan menjalankan profesi, seperti kekerasan pada pekerja pers, baik media massa cetak ataupun elektronik. Selanjutnya baca Laporan Tahunan Elsam tentang HAM tahun 2003, 2004 dan 2005.

²¹ Menurut A. W. Bradley, pengadilan mempunyai peran penting dalam tradisi *Rule of Law*, karena penafsiran-penafsirannya terhadap peraturan perundang-undangan akan sangat menentukan bagi keputusan-keputusan yang akan diambil dalam suatu negara. Baca A.W. Bradley, “The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?”, dalam Jeffrey Jowell dan Dawn Oliver, eds., *The Changing Constitution*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2000, hlm. 34.

adalah apakah konteks politik demokratis era reformasi atau dalam konsep lain disebut juga era transisi mampu melahirkan politik hukum HAM yang responsif dalam proses dan substansi? Pertanyaan ini menjadi penting untuk diteliti bukan hanya konteks politik saat suatu undang-undang dibuat, tetapi juga konteks hukum, yaitu peraturan perundang-undangan apa yang dibuat.

B. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

Penelitian dengan sasaran kajian hukum HAM dari perspektif politik hukum tergolong baru dan langka. Studi bidang ini baru menjadi perhatian kalangan intelektual dan praktisi hukum awal 1980-an setelah kajian-kajian sosiologi hukum dan politik hukum memberi perspektif bahwa mengasingkan hukum dari kenyataan sosial dimana hukum itu hidup merupakan pandangan yang tidak konstruktif terhadap dinamika ilmu hukum dan praktik hukum di Indonesia.

Hukum HAM sebagai mata kuliah yang baru diberikan secara resmi dan intensif di perguruan tinggi, khususnya fakultas hukum setelah Orde Baru jatuh, membutuhkan pengkayaan data, konsep dan teori agar hukum HAM semakin maju dan berkembang.

Studi ini juga secara praktis bertujuan untuk menemukan data-data atau fakta-fakta hukum dan fakta-fakta politik, khususnya tolak tarik politik pembuatan hukum (UU) HAM. Tujuan lebih jauh, adalah mencari dan menemukan politik hukum HAM yang semestinya dibuat dan dilaksanakan untuk membangun kehidupan kemanusiaan yang lebih baik.

Hasil penelitian ini yang disajikan dalam buku ini diharapkan berguna meningkatkan kajian-kajian akademis bidang hukum HAM yang dipastikan akan semakin berkembang seiring dengan dinamika masyarakat yang terus berubah, terutama di negara-negara berkembang.

Dua perkembangan sosial dan politik yang sangat mendasar paska Orde Baru, adalah kebijakan otonomi luas atau desentralisasi yang memberikan keleluasaan kepada daerah (provinsi dan kabupaten) untuk mengelola dan mengembangkan daerahnya masing-masing di luar lima aspek yang tetap menjadi urusan pemerintah pusat²², serta persoalan lama berkaitan dengan perdebatan konsep HAM universal dan partikular, yang diperkirakan akan semakin meruncing sejalan dengan menguatnya posisi tawar negara-negara di Asia dan Afrika terhadap Barat (Eropa dan Amerika).

Kegunaan teoritis lainnya, penelitian ini bermanfaat bagi pengembangan hukum HAM teoritis yang baru mendapat tempat di perguruan tinggi, khususnya fakultas hukum dan fakultas ilmu politik setelah berakhinya Orde Baru; kontribusi terhadap perkembangan teori-teori hukum positif, seperti hukum pidana; terutama menyangkut perlindungan pelaku, korban dan prinsip-prinsip pemidanaan; hukum tata negara, dan hukum-hukum publik lainnya yang mengatur hubungan masyarakat dan negara.

Kegunaan praktis mencakup kemanfaatan dari segi perwujudan hukum HAM dalam kenyataan kehidupan yang konkret (pengembangan hukum HAM praktis); berguna juga bagi para pembentuk hukum, terutama DPR dan DPRD, untuk mengisi kebutuhan dasar pada saat suatu produk hukum dikonsiderasikan secara eksplisit dalam kerangka filosofis dan

²² Lihat pembagian urusan pemerintahan dalam UU No. 32 Tahun 2004, LN Nomor 125 Tahun 2004, TLN Nomor 4437 Bab III, Pasal 10 ayat (3). Kewenangan pusat meliputi: politik luar negeri, pertahanan keamanan, yustisi, moneter dan fiskal nasional serta agama. Memberikan kewenangan pada daerah mengelola hasil-hasil ekonomi daerah hingga 70%, secara positif bisa mendorong pemenuhan hak ekonomi sosial dan budaya, tetapi sebaliknya bisa membuat kesenjangan sosial, ekonomi dan budaya semakin menganga apabila 70% pendapatan daerah itu tidak diperuntukkan untuk memenuhi hak-hak ekonomi sosial dan budaya (HESB) masyarakat.

sosiologis, serta implisit dalam pelbagai perspektif. Setiap produk hukum membutuhkan pertimbangan yang komprehensif²³, sehingga peraturan perundang-undangan itu tidak sekadar berlaku secara yuridis (*juristische Geltung*), dan filosofis (*philosophische Geltung*)²⁴, melainkan juga secara sosiologis (*soziologische Geltung*) karena undang-undang itu akan diberlakukan dalam masyarakat.

Kegunaan praktis lainnya, yaitu sebagai masukan bagi politik pembangunan hukum HAM dalam kerangka negara hukum dan demokrasi, serta dapat menjadi peta atau kompas tentang bagaimana merumuskan kebijakan hukum HAM yang protektif dan emansipatif di dalam negara hukum Indonesia yang demokratis.

C. Kerangka Pemikiran

Dalam mengkaji dan menganalisis masalah dalam studi ini, digunakan teori negara hukum, demokrasi, dan konfigurasi politik. Teori negara hukum dan demokrasi digunakan untuk memahami konteks makro politik hukum HAM era reformasi. Teori konfigurasi politik digunakan untuk memahami pergulatan politik saat suatu undang-undang dibuat.

²³ Sebagaimana diketahui, akhir-akhir ini betapa keringnya wacana komprehensif di ruang-ruang parlemen kita sebagaimana terlihat dari dangkalnya uraian pandangan yang disampaikan fraksi-fraksi saat mengantarkan suatu rancangan undang-undang, yang pada gilirannya juga terlihat pada formulasi minimalis dalam konsideran “menimbang” dan penjelasan undang-undang yang bersangkutan.

²⁴ J.J.H. Bruggink, *Refleksi tentang Hukum*, terjemahan B. Arief Sidharta, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hlm. 148–157 menyebutkan sembilan keberlakuan hukum, yaitu: (1) yuridis; (2) etis; (3) ideal; (4) riil; (5) ontologis; (6) sosio-relatif; (7) dekoratif; (8) estetis; dan (9) logikal.

Seperti diketahui dalam negara hukum dan demokrasi akan terdapat sistem pembagian kekuasaan dan perlindungan HAM yang diatur dalam konstitusi. Bahkan dalam konstitusi itu menurut Miriam Budiardjo, ditentukan secara tegas pembatasan kekuasaan pemerintah, serta jaminan HAM warga negara, karena Konstitusi merupakan hukum tertinggi yang harus dipatuhi oleh negara dan pejabat-pejabat pemerintah sesuai dengan dalil “*Government by laws, not by men*”²⁵.

Perlindungan HAM, tidak saja bermakna sebagai jaminan negara pro aktif memproteksi HAM dalam pelbagai kebijakan regulasi, tetapi juga reaktif bereaksi cepat melakukan tindakan hukum apabila terjadi pelanggaran HAM, karena hal tersebut merupakan indikator negara hukum. Jika dalam suatu negara, HAM terabaikan atau dilanggar dengan sengaja dan penderitaan yang ditimbulkannya tidak dapat diatasi secara adil, maka negara tersebut tidak dapat disebut sebagai negara hukum dan demokrasi dalam arti sesungguhnya.

Ketika Orde Baru jatuh pada 1998, muncul optimisme yang kuat akan datangnya proses penegakan hukum yang adil, fair dan transparan; jauh dari pengaruh dan intervensi kekuasaan. Penghapusan pelbagai undang-undang yang bertentangan dengan HAM, negara hukum dan demokrasi, serta perubahan terhadap UUD 1945 dengan merubah substansi dan susunan pasal-pasal, antara lain yang penting yaitu menegaskan Indonesia sebagai negara hukum di dalam batang tubuh²⁶, dan tidak lagi di dalam penjelasan, serta penambahan dan perluasan pasal-pasal tentang HAM,

²⁵ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar-Dasar Ilmu Politik*, cet. 18, Gramedia, Jakarta, 1997., hlm. 52.

²⁶ Lihat Bab I Pasal 1 ayat (3) Negara Indonesia adalah negara hukum.

merupakan politik hukum HAM baru pemerintahan reformasi untuk meletakkan pondasi yang kokoh bagi bangunan negara hukum dan demokrasi. Di atas bangunan yang kokoh itu diasumsikan akan lahir produk-produk hukum HAM responsif, sekaligus dari sana dirancang politik hukum HAM baru yang protektif bagi penghormatan, pemenuhan, dan perlindungan HAM.

Kajian-kajian sosial mengenai hukum maupun pemikiran kritis mengenai hukum sama-sama berasumsi bahwa hukum tidak terletak di dalam ruang hampa. Hukum tidak dapat eksis, dan oleh karena itu tidak dapat dipelajari dalam ruang yang vakum²⁷. Hukum terletak dalam ruang sosial yang dipengaruhi oleh kekuatan-kekuatan di luar hukum. Bagi kalangan instrumentalists, hukum bahkan dianggap melulu sebagai instrumen yang mengabdikan kepada kepentingan kelompok berkuasa.

Pembuatan dan penegakan hukum merupakan instrumentasi dari putusan dan keinginan politik, yang dalam pandangan David Trubeck disebutnya sebagai suatu "*purposive human action*"²⁸. Dengan kata lain, pembuatan undang-undang tidak pernah bersifat otonom dan steril, melainkan sarat dengan kepentingan-kepentingan kelompok, atau kekuatan-kekuatan potensial dalam suatu negara yang menginginkan

kepentingan-kepentingannya dilegalisasi atau diproteksi dalam undang-undang, karena undang-undang menurut Schuyt sebagaimana dikutip Duverger, merupakan "*een neerlag van politieke machtsverhoudingen*" (suatu endapan dari pertukaran antara kekuatan-kekuatan politik dalam masyarakat)²⁹, atau dalam pandangan Karl Marx disebutnya sebagai representasi dari kekuatan-kekuatan kapitalis³⁰.

Menganggap undang-undang steril dari pengaruh politik, sama artinya dengan mengingkari kenyataan bahwa undang-undang dibuat melalui proses politik, berada dalam realitas dan dimaksudkan untuk mengatur realitas. Dalam fungsinya mengatur realitas itu, pembuatan dan pelaksanaan undang-undang beserta segenap institusi dan manusia pelaksana dari undang-undang itu tidak bisa melepaskan diri dari pengaruh kekuatan-kekuatan sosial politik dalam masyarakat.

Adanya pengaruh kekuatan-kekuatan sosial dalam bekerjanya hukum ini berjalan secara simultan dan dialektis semenjak pembuatan undang-undang, penegakan hukum dan pemegang peran. Kekuatan-kekuatan sosial itu menurut Robert B. Seidman, akan terus berusaha masuk dan mempengaruhi setiap proses legislasi dan penegakannya³¹.

Pengaruh politik dalam produksi dan penegakan hukum telah lama menjadi perhatian kalangan penganut aliran ilmu-

²⁷ Kalimat ini dikutip oleh Alan Hunt dalam menjelaskan pemikiran aliran *sociological jurisprudence*. Pernyataan tersebut dimuat dalam bukunya yang berjudul, "*Explorations in Law and Society Toward Constitutive Theory of Law*", Routhledge, New York, 1993, hlm. 37.

²⁸ ".....modern law has three principal characteristics: it is primarily a sistem of rules; it is a form of purposive human action; and it is simultaneously part of, yet autonomous from, the nationstate" David M. Trubeck, "Toward a Social Theory of Law: An Essay in the Study of Law and Development", dalam *The Yale Law Journal*, 1972, Vol. 82, hlm. 4.

²⁹ Baca Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, Muhamdiyah University Press, Surakarta, 2004, hlm. 127.

³⁰ Baca A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto, *Hukum dan Perkembangan Sosial Buku Teks Sosiologi Hukum* (Buku I), Sinar Harapan, Jakarta, 1988, hlm. 141-200.

³¹ William J. Chambliss and Robert B Seidman, *Law and Development*, Reading, Mass, Addition Wesley, 1972. hlm. 12.

ilmu sosial kritis³²; salah satunya William J. Chambliss³³. Dia membuktikan betapa konflik-konflik dalam kepentingan ekonomi khususnya, ikut melibatkan diri dalam proses pembuatan aturan-aturan hukum pidana. Chambliss mengambil contoh yang terjadi disekitar proses pembuatan RUU Pencegahan dan Pengawasan Obat Bius di Amerika Serikat tahun 1970.

RUU itu disusun untuk mengendalikan distribusi dan penggunaan obat-obat bius yang berbahaya, termasuk pula kemungkinan bagi alat-alat penegak hukum untuk memasuki pekarangan pribadi tanpa ijin dalam rangka menggeledah dan mencari adanya obat-obat bius yang berbahaya. Dari pembicaraan-pembicaraan dalam lembaga legislatif, tampak

³² Aliran yang dipengaruhi oleh pandangan Karl Marx ini berkembang pesat di tangan Mazhab Frankfurt dengan tokoh-tokoh utamanya seperti: Friedrich Pollock (ahli ekonomi), Theodor W. Adorno (musik, ahli sastra, psikolog dan filsuf), Franz Neumann dan Otto Kirchheimer (ahli hukum), Max Horkheimer (filsuf), Jurgen Habermas (filsuf). Aliran ini kemudian mempengaruhi analisis terhadap hukum, terutama kritik terhadap positivisme hukum; antara lain dapat disimak pada karya-karya Roberto Mangabera Unger, *law and Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, 1976; Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of The Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983; Herman Mannheim, *Criminal Justice and Social Reconstruction*, Kegan Paul, London, 1946; David M Trubek and Marc Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development studies in the United States*, Wisconsin Law Review, 1974; Daniel S Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia, Kesenambungan dan Perubahan*, LP3ES, Jakarta, 1990. Di Indonesia, sejumlah ilmuwan seperti Soetandyo Wignjosebroto, Satripto Rahardjo, Moh. Mahfud MD, adalah mereka yang dapat dikategorikan penganut aliran kritis dalam ilmu hukum, karena mereka keluar dari kerangka berpikir legalistik dengan melihat hukum sebagai sesuatu yang bersifat variabel.

³³ William....*Ibid.* hlm. 12.

bahwa pembuatan RUU untuk mengawasi penggunaan dan distribusi obat bius di Amerika Serikat diliputi oleh kenyataan bahwa para anggota legislatif tidak mau menandatangani suatu RUU yang berlawanan dengan kepentingan-kepentingan industri farmasi, kendatipun dihadapkan pada bukti-bukti bahwa industri inilah yang sesungguhnya harus bertanggung jawab atas penyebaran obat-obat bius.

Peranan mereka yang berkepentingan dengan industri farmasi dalam pembuatan RUU itu terlihat jelas melalui lobi-lobi mereka kepada anggota parlemen. Akhirnya yang memperoleh penekanan dalam RUU itu adalah heroin, dan marijuana, yang tidak merupakan bagian dari sistem keuntungan perusahaan-perusahaan farmasi. Karena itu menurut Chambliss, RUU ini merupakan perlindungan bagi industri-industri farmasi tertentu dari saingan-saingan mereka, yaitu pengusaha-pengusaha tidak terorganisir yang memperjualbelikan jenis barang dagangan yang sama; obat bius.

Pandangan Chambliss ini dibangun berdasarkan perspektif dialektika Karl Marx yang memandang konflik-konflik, atau kontradiksi-kontradiksi dalam hubungan-hubungan ekonomi merupakan akibat dari adanya kesenjangan dalam pemilikan sumber daya-sumber daya ekonomi sehingga kesempatan untuk survival secara ekonomis, serta kemampuan mengendalikan produksi akan jatuh ke tangan pemilik modal, termasuk dalam menentukan proses produksi dan penentuan pola konsumsi.

Kritik-kritik tajam Marx terhadap hukum positif, atau dalam istilah lain sering disebut dengan hukum modern, terkait dengan dominannya peran negara di dalam perumusan dan pelaksanaan penegakan hukum positif; sesuatu yang menurut Marx pasti menyembunyikan anasir-anasir kepentingan kekuasaan atau kepentingan kapital, baik di level konstruksi hipotetis pasal-pasal dalam undang-undang maupun di dalam pelaksanaannya. Apalagi kata Marx, kebangkitan negara modern itu sebenarnya merupakan kemenangan kaum

bangsawan atas kekuasaan yang dekaden³⁴. Dengan demikian, apakah ide atau gagasan-gagasan tentang kepentingan-kepentingan pelbagai pihak terhadap substansi dari undang-undang akan diatur dalam suatu undang-undang atau tidak, akan sangat dipengaruhi oleh kekuatan-kekuatan non hukum; terutama kepentingan politik kekuasaan, dan kekuatan-kekuatan lain yang mempengaruhi pemerintah. Melalui undang-undang, politik kekuasaan dapat dijalankan karena undang-undang merupakan salah satu alat yang penting untuk menyalurkan dan mewujudkan tujuan-tujuan kebijakan pemerintah³⁵.

Dalam perspektif politik, perjumpaan kepentingan politik dan hukum positif yang makin kuat pada negara-negara modern, terutama negara-negara yang merdeka setelah perang dunia ke-II, telah melahirkan apa yang disebut Roberto Mangabeira Unger dengan *bureaucratic law*³⁶, yaitu model hukum yang menempatkan hukum tersubordinasi di bawah kepentingan birokrasi kekuasaan, serta kepentingan dan institusi kapital. Kepentingan-kepentingan birokrasi untuk mewujudkan modernisasi secara cepat, telah mendorong kekuasaan menjadi superordinan di atas hukum.

Dalam konteks Indonesia, Soetandyo Wignjosebroto juga menilai, bahwa konsep berpikir kita tentang hukum tidak pernah mengalami kemajuan yang berarti, kecuali mengubah pola "politik sebagai panglima" pada era Orde Lama, menjadi lebih Kelsenian pada era Orde Baru. Dampak dari hal tersebut tidaklah terlalu signifikan karena keduanya tetap menjadikan

hukum mengabdikan pada kepentingan-kepentingan politik³⁷.

Dalam kerja operasionalisasi hukum, peran eksekutif justru lebih dominan dibanding legislatif. Resultante yang demikian itu menurut Soetandyo tidak hanya terjadi karena terlanjur besarnya kekuatan dan kekuasaan riil eksekutif dalam era Orde Baru dihadapan badan perwakilan, akan tetapi juga karena dua alasan lain³⁸, yaitu:

Pertama, selalu didayagunakannya wewenang konstitusional badan-badan eksekutif untuk terlibat dan melibatkan diri ke dalam perancangan dan pembuatan undang-undang yang dalam praktik karena dikuasainya sumber-sumber daya yang relatif berlebih, menyebabkan eksekutif mampu lebih banyak berprakarsa.

Ide dan kebijakan yang diprakarsai lembaga-lembaga perwakilan yang seharusnya didahulukan, dalam banyak peristiwa justru ide-ide dan prakarsa eksekutif itulah yang lebih banyak merintis dan mengontrol perkembangan. Kontrol eksekutif di dunia perundang-undangan pun menjadi tampak lebih besar lagi manakala orang juga mau memperhatikan keleluasaan eksekutif dalam hal *regulatory laws*, seperti Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, Instruksi Presiden, Keputusan Menteri, dan sebagainya. *Regulatory Laws* ini kendati sebenarnya hanya bertaraf peraturan pelaksanaan, akan tetapi dalam praktik dapat menerbitkan efek-efek pola kehidupan yang jauh.

Kedua, kenyataan bahwa dalam perkembangan politik yang terjadi pada zaman Orde Baru, kekuatan politik yang

³⁴ Pandangan-Pandangan Marx tentang hukum dalam konteks politik ekonomi dalam diskripsi yang berbeda dapat dibaca dalam, Dragan Milovanovic, *A Primer in the Sociology of Law* (second edition), Harrow and Heston Published, New York, 1994.

³⁵ Esmi Warasliih, *Pranata Hukum sebuah Telaah Sosiologi*, PT. Suryandaru Utama, 2005, hlm. 48.

³⁶ Roberto Mangabeira Unger, *Lawop.cit*, hlm. 49.

³⁷ Soetandyo Wignjosebroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Suatu Kajian tentang Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum Selama Satu Setengah Abad di Indonesia (1840-1990)*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994, hlm. 247.

³⁸ *Ibid*, hlm. 247. Baca juga Khudzaifah Dimiyati, *Teorisi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, Muhammadiyah University Press, Surakarta, Cet. 4, 2005, hlm. 26-27.

berkuasa di seluruh jajaran eksekutif ternyata juga mampu bermanuver dan mendominasi Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Majelis Perwakilan Rakyat (MPR). Dalam konstelasi dan konstruksi seperti itu, hukum di Indonesia dalam perkembangannya di akhir abad 20 ini benar-benar secara sempurna menjadi "government social control" dan berfungsi sebagai "tool of social engineering".

Hukum perundang-undangan sepanjang sejarah perkembangan Orde Baru, telah menjadi kekuatan kontrol di tangan pemerintah yang terlegitimasi secara formal yuridis dan tidak selamanya merefleksikan konsep keadilan, asas-asas moral, dan wawasan kearifan yang sebenarnya, sebagaimana yang sesungguhnya hidup di dalam kesadaran hukum masyarakat awam. Itu semua karena kekuasaan Politik memiliki akses langsung pada institusi hukum sehingga tata hukum praktis identik dengan negara, dan hukum di subordinasi pada "raison d'état"³⁹. Oleh sebab itu, pengaruh politik, terutama kekuasaan otoritarian terhadap hukum dan penegakan hukum telah menjadi problem serius di era modern sekarang ini karena tidak saja institusi penegakan hukum gagal menjadi kekuatan mandiri menegakkan hukum dan keadilan bagi masyarakat, tetapi juga menjadi perpanjangan tangan pemerintah yang memberikan arahan-arahan politis dan ideologis bagi kepentingan-kepentingan kekuasaan.⁴⁰ Intervensi kekuasaan terhadap penegakan hukum bahkan akan semakin keras dan intensif pada kasus-kasus yang menyinggung langsung atau tidak langsung kepentingan penguasa seperti kasus pelanggaran HAM.

Apa yang dikemukakan di atas telah menunjukkan bahwa konfigurasi politik yang dipengaruhi oleh kepentingan-

kepentingan para pelaku politik, juga berpengaruh terhadap produk hukum suatu negara. Dalam menjawab pertanyaan tentang hubungan kausalitas antara hukum dan politik, atau pertanyaan tentang apakah hukum yang mempengaruhi politik atau sebaliknya, paling tidak ada tiga macam jawaban dapat menjelaskannya.⁴¹ *Pertama*, hukum determinan atas politik dalam arti bahwa kegiatan-kegiatan politik diatur oleh dan harus tunduk kepada hukum. *Kedua*, politik determinan atas hukum, karena hukum merupakan hasil atau kristalisasi dari kehendak-kehendak politik yang saling berinteraksi dan (bahkan) saling bersaing. *Ketiga*, politik dan hukum sebagai subsistem kemasyarakatan berada pada posisi yang derajat, determinasinya seimbang antara yang satu dengan yang lain, karena meskipun hukum merupakan produk keputusan politik, tetapi begitu hukum ada maka semua kegiatan politik harus tunduk pada aturan-aturan hukum."

Dalam studinya tersebut, Mahfud mengambil perspektif yang kedua. Dalam hubungan tolak tarik antara politik dan hukum, maka hukumlah yang terpengaruh oleh politik, karena subsistem politik memiliki konsentrasi energi yang lebih besar daripada hukum⁴². Dengan demikian, pembuatan dan pelaksanaan undang-undang HAM di era apapun; apakah era demokratis, era otoritarian maupun era reformasi atau transisi tetap relevan dan signifikan menggunakan teori konfigurasi politik karena pembuatan undang-undang memang berlangsung di dalam dan dengan proses politik.

Dalam negara hukum demokratis transisional (reformasi), atau lebih populer dengan istilah era transisi⁴³, upaya rezim baru melahirkan produk hukum yang responsif

³⁹ Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition, Toward Responsive Law*, Harper Colophon Books, 1978. hlm 33.

⁴⁰ A Muhammad Asrun, *Krisis Peradilan Mahkamah Agung di Bawah Soeharto*, Elsam, Jakarta, 2004, hlm. 21.

⁴¹ Moh. Mahfud MD., *Politik Hukum di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1998 hlm. 8.

⁴² *Ibid*, hlm. 13.

⁴³ Dalam ilmu politik, terdapat perbedaan substansal tentang istilah *transisi*. Dalam satu paradigma *transisi* dibatasi oleh kriteria

HAM memiliki problematika hukum dan politik yang lebih kompleks karena tuntutan akan substansi hukum yang kuat memberikan penghormatan, pemenuhan dan perlindungan terhadap hak-hak dasar dan kebebasan manusia warganegara di satu sisi, serta pembatasan kekuasaan negara di sisi lain akan memunculkan tarik menarik yang kuat.

D. Metode Penelitian

Penelitian ini tergolong jenis penelitian deskriptif karena akan menggambarkan atau mendiskripsikan kebijakan pemerintahan era reformasi dalam memproduksi hukum HAM. Setelah itu akan dilakukan penjelasan untuk mengetahui tolak tarik politik pembuatan hukum HAM, hasil yang dicapai, serta substansi yang dimuat.

Selain itu, penelitian ini juga adalah penelitian ilmu politik hukum⁴⁴ yang dalam katagori Belinfante, sebagaimana dikutip oleh Moh. Mahfud, MD⁴⁵ bagian dari hukum tata

politik yang objektif, terutama yang bersifat prosedural. Paradigma kontemporer memaknai *transisi* sebagai ke arah lebih liberal. Untuk kepentingan studi ini, *transisi* diartikan sebagai menuju demokrasi yang difokuskan pada pemilihan umum dan prosedur lain yang terkait dengan transisi menuju demokratis tersebut.

⁴⁴ Moh. Mahfud, MD. membedakan antara politik hukum dan ilmu politik hukum. Politik hukum disebutnya dengan *legal policy* atau arah hukum yang akan diberlakukan oleh negara untuk mencapai tujuan negara yang bentuknya dapat berupa pembuatan hukum baru dan penggantian hukum lama. Sementara ilmu politik hukum bukan hanya menyangkut *policy* atau arah resmi tentang hukum yang akan diberlakukan melainkan juga berbagai hal yang terkait dengan arah resmi itu, misalnya politik apa yang melatarbelakangi, budaya hukum apa yang melingkupi, dan problem penegakan macam apa yang dihadapi. Selanjutnya baca. Moh Mahfud, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 2006, hlm. 5.

⁴⁵ *Ibid*, hlm. 2-4.

negara yang mengkaji hukum di luar hukum positif, yang akan menggunakan pelbagai pendekatan sejalan dengan spesifikasi penelitian ini sebagai penelitian hukum.

Untuk menjawab permasalahan serta mencapai tujuan penelitian yang telah digariskan, penelitian ini menggunakan pendekatan (perspektif) yang komprehensif pula, yaitu perspektif politik, hukum, sejarah, dan sosiologis. Keempat perspektif tersebut masih harus diperkaya dengan pendekatan komparasi untuk memperbandingkan politik hukum satu periode kekuasaan dengan periode yang lain sehingga diketahui ada tidaknya spesifikasi data atau fakta.

Atas dasar pertimbangan-pertimbangan di atas, penelitian ini menggunakan pendekatan-pendekatan sebagai berikut:

- a. Pendekatan politik. Pendekatan ini diperlukan untuk menggambarkan dan menjelaskan konfigurasi, atau dinamika politik yang terjadi di era reformasi.
- b. Pendekatan sejarah. Pendekatan ini dipergunakan untuk menggambarkan dan menjelaskan bagaimana politik hukum HAM sepanjang sejarah politik Indonesia semenjak kemerdekaan 1945 hingga era reformasi.
- c. Pendekatan yuridis normatif. Pendekatan ini dipergunakan untuk menelaah konstruksi hukum HAM materil dan formil, maupun aturan-aturan yang terkait lainnya.
- d. Pendekatan komparatif. Pendekatan ini dipergunakan untuk memperbandingkan politik hukum HAM di era reformasi dalam empat pemerintahan (Presiden), yaitu: pemerintahan Presiden B.J. Habibie, Presiden Abdurrahman Wahid (Gus Dur), Presiden Megawati, dan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono (SBY). Dengan pendekatan ini diharapkan dapat diidentifikasi dan dijelaskan ada tidaknya kesamaan dan atau perbedaan kondisi politik di era keempat pemerintahan tersebut.

- e. Pendekatan sosiologi hukum. Pendekatan ini dipergunakan untuk menjelaskan politik hukum HAM dalam konteks sosial yang lebih luas, sehingga pelbagai aspek yang terkait dengan masalah penelitian ini dapat dianalisis, dijelaskan dan dikembangkan.[]

Bab II

Demokrasi dan Hak Asasi Manusia

A. Pengantar

Perdebatan tentang pengertian demokrasi telah berlangsung berabad-abad dan akan terus terjadi bersamaan dengan perubahan sosial, ekonomi, politik dan budaya setiap negara dan setiap bangsa, karena kata demokrasi mulai dikembangkan dan dikaitkan dengan bidang-bidang lain, seperti ekonomi dan agama. Manusia dari berbagai bangsa atau negara, dengan berbagai latar belakang agama, peradaban, dan sejarah, mengakui demokrasi sebagai sesuatu yang harus diwujudkan dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Demokrasi telah menjadi norma global dunia semenjak berakhirnya Perang Dunia II. Sistem politik yang tidak sesuai dengan demokrasi dianggap sistem politik yang kuno, tidak sesuai dengan perkembangan zaman dan mustahil bisa membawa kemajuan di zaman ini.

Nilai-nilai demokrasi tentu saja bisa dirunut semenjak era demokrasi Mesir dan Mesopotamia Kuno. Kajian "*archeopolitics*" yang ambisius yang dilakukan oleh sejumlah ahli sejarah politik, menemukan bahwa nilai-nilai demokrasi sebetulnya telah tumbuh pada masa Mesir dan Mesopotamia Kuno. Tulisan Yves Schemeil, yang berjudul "*Democracy before Democracy*" memiliki semangat tersebut¹.

¹ Baca Suyatno, *Menjelajahi Demokrasi*, Liebe Book Press, Yogyakarta, 2004, hlm.5.

Ide dan nilai-nilai demokrasi diakui berawal di era Yunani kuno. Kata *Demos* yang berarti rakyat dan *Kratos/Kratien* yang berarti kekuasaan atau pemerintah, adalah bukti awal yang menunjukkan bahwa istilah demokrasi lahir di era tersebut. Dari sanalah pemahaman awal tentang demokrasi sebagai pemerintahan atau kekuasaan di tangan rakyat, atau seringkali dimaknai juga sebagai kedaulatan di tangan rakyat². Selain itu, dimaknai pula sebagai memberikan kekuasaan kepada *demos* untuk memerintah dirinya sendiri.³

Tidak jauh berbeda dengan pengertian yang dibangun dari dua kata penting *Demos* dan *Kratos* itu, kamus hukum⁴ mengartikan demokrasi sebagai bentuk pemerintahan atau kekuasaan negara yang tertinggi dimana sumber kekuasaan tertinggi adalah kekuasaan (ke) rakyat (an) yang terhimpun melalui suatu majelis yang dinamakan Majelis Permusyawaratan Rakyat (*die gesamte staatsgewalt lieght allein bei der majelis*).

Pola pemerintahan demokratis juga muncul pada akhir abad ke-11 di kota-kota Italia Utara dan Tengah. Kota-kota

itu tidak mengacu pada kota-kota demokratis Yunani melainkan pada tradisi Republikan, yaitu tradisi Republik Roma Kuno. Lebih daripada demokrasi, tradisi Republikan sebenarnya merupakan aristokrasi (kekuasaan di tangan para bangsawan dan golongan terpandang), tetapi di dalamnya rakyat (*plebs*) selalu memainkan peranan amat penting.⁵

Ada dua ciri khusus dari kedua budaya demokratis tersebut di atas, yaitu *pertama*, pemerintahan demokratis hanya terwujud dalam kerangka negara yang luasnya tidak terlalu besar; dan *kedua*, bahwa demokrasi bersifat cukup langsung di mana majelis rakyat dan badan-badan perwakilan lain terus menerus berhubungan langsung dengan rakyat yang telah menetapkan mereka.⁶ Akibatnya budaya ini tidak dapat diterapkan pada negara-negara bangsa yang mulai tumbuh pada abad ke-16. Itulah sebabnya acuan terhadap cita-cita pemerintahan rakyat secara langsung tidak dapat ditemukan dalam pustaka filsafat politik dan hukum abad ke-17 dan ke-18.⁷ Seratus tahun kemudian, pada akhir abad ke-19, pola pemerintahan demokratis modern sudah mulai terwujud dalam beberapa negara.⁸

Melalui sejarah yang panjang dan pengertian-pengertian yang telah disebutkan, pusat lingkaran demokrasi adalah rakyat yang menjadi awal, sumber, dan tujuan kekuasaan atau pemerintahan. Kajian-kajian demokrasi di abad pertengahan yang masih mengikuti garis pemikiran klasik dari jaman Yunani Kuno, sampai pada pemikiran sosialisme Karl Marx, memaknai demokrasi sebagai sumber wewenang dan tujuan sistem politik.

² Pada masa awal di Athena, demokrasi dipahami sebagai pemerintahan yang dipimpin oleh mayoritas kaum miskin yang dikritik oleh Plato sebagai kemerosotan kota karena rakyat dapat melakukan apa pun yang mereka inginkan: tidak ada penghormatan terhadap otoritas dalam keluarga, sekolah, atau tempat lainnya. Lihat Georg Sorensen, *Demokrasi dan Demokratisasi: Proses dan Prospek dalam Sebuah Dunia yang Sedang Berubah* (Terjemahan), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003, hlm. 3.

³ Arelene W. Saxonhouse, Classical Greece and Rome, dalam Seymour Martin Lipset (eds), *The Encyclopedia of Democracy*, Congressional Quarterly Inc, Washington DC. 1995, volume 1, hlm. 251

⁴ Yan Pranadya Puspa, *Kamus Hukum*, Aneka Ilmu, Semarang, 1977, hlm. 295. Bandingkan dengan Sudarsono, *Kamus Hukum*, Reneka Cipta, Jakarta, 1999, hlm. 93.

⁵ Dalam Mohtar Mas'oed, *Negara, Kapital dan Demokrasi*, cet. 1, Pustaka Pelajar, Yogyakarta 1994, hlm. 9.

⁶ Franz Magnis Suseno, *Mencari Sosok Demokrasi: Sebuah Telaah Filosofis*, cet. Ke-2, Gramedia, Jakarta, 1997, hlm. 36.

⁷ *Ibid.*, hlm. 37.

⁸ *Ibid.*

Kemunculan Magna Charta pada tahun 1215 telah mendorong nilai-nilai demokrasi semakin kongkrit dalam memformulasikan hubungan rakyat dan kekuasaan sebagaimana tercermin dalam dua pesan utama Magna Charta yang berjangkauan luas, yaitu kekuasaan pemerintahan terbatas, dan HAM lebih tinggi dari pada kedaulatan raja.

Demokrasi di abad pertengahan ini terus berkembang, lebih-lebih setelah di Eropa muncul iklim pencerahan yang dikenal sebagai abad pencerahan (*the enlightment*) yang mengawali pemikiran demokrasi, dengan memperkenalkan konsep emansipasi dalam bidang sosial dan agama yang berlangsung pada awal abad 17. Rene Descartes (1596-1650) adalah tokoh yang terkenal dengan ucapannya "saya berpikir maka saya ada" (*cogito ergo sum*), telah menginspirasi lahirnya gagasan baru yang meletakkan adanya kombinasi kebebasan individual dengan sistem aturan masyarakat, bersamaan dengan sistem otoritarian yang mengatur masyarakat secara menyeluruh di Eropa.⁹

Di abad pertengahan ini, melalui John Locke (1632-1704), Charles de Secondat Montesquieu (1689-1755), dan Jean Jacques Rousseau (1712-1778) gagasan merasionalisasi kekuasaan dan pembatasan kekuasaan untuk melindungi HAM semakin mengemuka. Negara yang memiliki kekuasaan yang besar, harus dibatasi, baik melalui pengaturan sistem kekuasaan untuk menjamin keseimbangan sistem *check and balances* seperti gagasan Montesquieu tentang pemisahan kekuasaan eksekutif-legislatif dan yudikatif, maupun didasarkan pada hak alamiah yang dimiliki manusia sejak lahir, yaitu hak hidup, hak atas kemerdekaan, dan hak atas milik pribadi; sebagai hak asasi manusia yang tidak diserahkan kepada negara¹⁰.

⁹ Lihat <http://www.dadaios.org/int>.

¹⁰ Baca Arief Budiman, *Teori Negara: Negara, Kekuasaan dan Ideologi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1996.

Gagasan-gagasan besar demokrasi yang berkembang di abad pertengahan itu menemukan momentumnya yang tepat dalam revolusi Amerika tahun 1776. Revolusi Amerika tersebut tidak hanya menandai terjadinya institusionalisasi gagasan demokrasi di dalam Konstitusi Amerika, tetapi juga melambangkan milestone perkembangan demokrasi dalam tatanan negara modern. Prinsip-prinsip demokrasi yang dimuat dalam Konstitusi Amerika¹¹ sangat mempengaruhi perkembangan gerakan kemerdekaan di pelbagai negara serta pertumbuhan gerakan demokrasi modern, terutama di negara-negara Eropa Timur¹², Amerika Latin¹³, Afrika¹⁴ dan Asia¹⁵ yang hingga dekade 1970-an akhir masih berada di bawah kekuasaan rezim otoritarian.

Dalam catatan Huntington¹⁶ pertumbuhan demokrasi berlangsung sangat pesat sejak 1902 hingga tahun 1997. Lebih dari 75% negara-negara di dunia pada tahun 1997 menganut demokrasi. Sementara negara-negara yang semula menganut komunisme berganti menganut demokrasi, terutama di

¹¹ Terdapat 11 (sebelas) prinsip demokrasi yang berlaku dan dijalankan di Amerika yang banyak diadopsi pelbagai negara demokratis di dunia, yaitu: (1) pemerintahan berdasarkan konstitusi; (2) pemilu yang demokratis; (3) federalisme/negara bagian; (4) pembuatan undang-undang; (5) sistem peradilan yang independen; (6) kekuasaan lembaga kepresidenan; (7) kebebasan pers; (8) adanya kelompok kepentingan; (9) hak masyarakat untuk tahu; (10) melindungi hak-hak minoritas; (11) kontrol sipil atas militer. Baca Suyanto, *op.cit.*, hlm. 26.

¹² Antara lain: Uni Sovyet, Polandia, Bulgaria, Rumania, dan Yugoslavia.

¹³ Antara lain: Argentina, Mexico, Bolivia, Chili, Uruguay, dan Venezuela.

¹⁴ Antara lain: Uganda, Afrika Selatan, Rwanda, Togo, Sudan, Ethiopia, Burundi, dan Ghana.

¹⁵ Korea Selatan, Sri Lanka, Filipina, dan Indonesia.

¹⁶ Samuel P. Huntington, *The Third Wave: Democratization in the late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1991, hlm. 58.

negara-negara Eropa Timur. Demikian pula negara-negara yang diperintah oleh junta militer dan otokrasi bertumbangan untuk digantikan dengan sistem demokrasi.

Gerakan demokrasi yang disuarakan secara bersama-sama dengan gerakan HAM menjadi gelombang gerakan besar pembebasan manusia dan warganegara dari dominasi dan hegemoni rezim otoritarian, yang pada akhirnya berhasil menumbangkan rezim otoritarian itu satu demi satu, termasuk di Indonesia. Tumbangnya rezim otoritarian atau otokrasi di belahan Amerika Latin, Eropa Timur, Afrika, dan Asia tersebut diikuti pula oleh gelombang gerakan masyarakat sipil yang meminta penguasa baru meletakkan HAM sebagai paradigma kebijakan politik dan hukum di negara bersangkutan.

Kekuatan-kekuatan masyarakat sipil berkeyakinan kuat bahwa rezim demokrasi yang secara substansial adalah rezim yang menjadikan perlindungan HAM sebagai nilai dan prinsip demokrasi, memiliki daya dukung sistem kekuasaan untuk melahirkan politik hukum HAM yang sejalan dengan demokrasi.

B. Gelombang Demokrasi

Demokrasi tidak muncul begitu saja di suatu negara tanpa sebab. Demokrasi muncul dan berkembang melalui pikiran dan perjuangan individu, kelompok dan aktor-aktor sosial. Ia lahir dan berkembang dalam dialektika kekuasaan yang panjang, sepanjang sejarah kehidupan politik negara dari waktu ke waktu. Daya tarik demokrasi yang mendorong individu atau aktor-aktor sosial menggerakkan negaranya menuju demokrasi menurut Adam Przeworski¹⁷ karena demokrasi memperkenalkan ketidakpastian dalam politik.

¹⁷ Adam Przeworski, "Democracy as a Contingent Outcome of Conflict", dalam Elster and Rune Slagstad (Eds), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988, hlm. 59-81.

Dalam demokrasi tidak ada satu kelompokpun yang yakin bahwa kepentingannya yang akan menang, sekalipun kelompok itu kuat. Demokrasi memberikan ruang dan peluang yang relatif sama bagi setiap kekuatan individu atau kelompok untuk kalah atau menang dalam pertarungan politik. Bagi Lyman Tower Sargent¹⁸, demokrasi membuka kunci keterlibatan warga negara dalam pengambilan keputusan politik, kesederajatan diantara warga negara, kesederajatan kebebasan dan kemerdekaan yang diberikan atau dipertahankan warga negara, sistem perwakilan dan sistem pemilu.

Sistem politik demokratis pulalah yang memberikan landasan dan mekanisme kekuasaan berdasarkan prinsip persamaan dan kesederajatan manusia. Demokrasi menempatkan manusia sebagai pemilik kedaulatan yang kemudian dikenal dengan prinsip kedaulatan rakyat. Dalam demokrasi atau kedaulatan rakyat dapat dijamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang diterapkan dan ditegakkan benar-benar mencerminkan perasaan keadilan masyarakat. Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan atau hanya untuk kepentingan penguasa. Hal ini bertentangan dengan prinsip demokrasi. Hukum tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan beberapa orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan keadilan bagi semua orang. Dengan demikian negara hukum yang dikembangkan bukan *absolute rechtsstaat*, melainkan *demokratische rechtsstaat*.¹⁹

¹⁸ Lyman Tower Sargent, *Contemporary Political Ideologies*. Homewood, The Dorsey Press, 1981, hlm. 30-31.

¹⁹ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Edisi Revisi, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 152-162.

Gelombang demokrasi di pelbagai negara menjadi fenomena politik yang cukup menonjol semenjak dekade 1970-an, seiring dengan berjatuhnya rezim-rezim otoritarian. Gelombang menuju demokrasi sejak dekade tersebut menurut Huntington jumlahnya secara signifikan lebih banyak daripada transisi menuju ke arah sebaliknya.²⁰ Pada periode diantara 1974 dan 1990 dalam catatan Georg Sorensen²¹, gelombang demokrasi berawal di Eropa bagian selatan (Yunani, Spanyol, dan Portugal). Gelombang berikutnya terjadi di Amerika Latin (Argentina, Uruguay, Peru, Ekuador, Bolivia, Brazil, dan Paraguay) dan di Amerika Tengah (Honduras, El Salvador, Nicaragua, Guatemala, dan Meksiko). Kemudian di Eropa Timur (Polandia, Cekoslowakia, Hungaria, Rumania, Bulgaria, dan bekas Republik Demokrasi Jerman). Kemudian Afrika dan negara-negara bekas Uni Soviet. Akhirnya, terjadi di Asia sejak hampir selama periode tahun 1970-an (Papua Nugini, Thailand, Pakistan, Bangladesh, Filipina, Korea Selatan, Taiwan, Mongolia dan Nepal).²²

Penjelasan lain terhadap populernya gerakan demokrasi dewasa ini menurut Giddens²³ dapat dicari penjelasannya dalam eksistensi globalisasi sebagai perubahan sosial yang paling mendasar dewasa ini. Di mata Giddens, globalisasi adalah penjelasan paling memadai dibalik gelombang demokratisasi global dewasa ini. Menurutnya terdapat dua

²⁰ Samuel P. Huntington, *Gelombang Demokratisasi Ketiga*, Grafiti, Jakarta, 1977, hlm. 13.

²¹ Georg Sorensen, *Demokrasi dan Demokrasi dan Demokratisasi Proses dan Prospek dalam Sebuah Dunia yang Sedang Berubah*, (terjemahan), Pustaka Pelajar & CCSS, Yogyakarta, 2003, hlm. 52.

²² Negara terakhir di Asia yang dilanda gelombang Demokrasi yang belum sempat ditulis Sorensen dalam bukunya ini adalah Indonesia.

²³ Baca Anthony Giddens, *The Third Way: Jalan Ketiga Pembaruan Demokrasi Sosial*, Gramedia, Jakarta, 2002.

pendekatan dalam melihat fenomena akselerasi gelombang demokratisasi dewasa ini, yaitu pendekatan ortodok dan pendekatan alternatif. Pendekatan ortodok melihat fenomena maraknya demokratisasi lebih disebabkan oleh ketiadaan alternatif historis selain demokrasi.

Demokrasi menjadi populer dan universal dewasa ini dikarenakan ia merupakan sistem politik terbaik yang pernah dicapai peradaban manusia. Dibandingkan dengan fasisme yang telah lama berlalu, komunisme dan pemerintahan militer yang gagal menciptakan pemerintahan efektif, demokrasi liberal yang berpasangan dengan kapitalisme dalam kancah ekonomi membuktikan diri mampu bertahan dan bahkan semakin berkembang.

Dalam diskursus demokratisasi kontemporer, pandangan ortodok ini terwakili pemikiran Francis Fukuyama. Fukuyama mengemukakan bahwa demokrasi liberal merupakan titik akhir dari evolusi ideologi manusia sekaligus bentuk final dari pemerintahan manusia. Fukuyama melihat otoritarianisme atau pun bentuk-bentuk ideologi non demokrasi lainnya cepat atau lambat akan melemah dan akhirnya runtuh. Hal ini disebabkan ideologi-ideologi di luar demokrasi liberal tidak cukup mampu mengembangkan legitimasi yang memuaskan atas kekuasaannya sendiri. Rezim-rezim non demokratis tidak memiliki pundi-pundi kebaikan (*a fund of goodwill*) yang akan meringankannya dalam melewati masa-masa sulit.²⁴

Berbagai upaya demokratisasi yang marak dewasa ini, lebih dilandasi oleh alasan untuk memperbaiki kebangkrutan dan kebobrokan negara, serta mengejar ketertinggalannya dengan negara-negara lain yang sukses secara ekonomi politik melalui penerapan sistem politik demokrasi. Gejala ini nampak sekali pada gelombang demokratisasi yang marak di Eropa Timur akhir dekade 1980-an. Menurut teori ini

²⁴ Baca *The End of History and the Last Man*, Free Press, New York, 1992.

gelombang demokratisasi muncul selain didasari oleh kesadaran akan tidak efisiennya sistem komunis secara ekonomi dan otoritarianismenya secara politik, juga dilandasi keinginan untuk mengejar ketertinggalannya dengan rekan-rekan mereka di Eropa Barat.

Bagi Fukuyama, kapitalisme berkait erat dengan demokrasi karena kapitalisme mampu menyediakan otonomi material yang memungkinkan terselenggaranya penghormatan timbal balik. Kemajuan ekonomi yang dihasilkan kapitalisme oleh Fukuyama dipandang mampu meningkatkan kondisi-kondisi bagi otonomi individual. Melalui cara pandang ini kapitalisme dan demokrasi menemukan titik temunya dalam pemenuhan hasrat untuk mendapatkan pengakuan—suatu hasrat kemanusiaan yang mendasar dan universal. Konsekuensinya, ideologi-ideologi di luar demokrasi liberal karena ketidakmampuannya untuk memenuhi hasrat kemanusiaan yang paling mendasar tersebut diyakini tidak memiliki kemampuan yang cukup untuk berkembang universal. Selain pendekatan ortodok di atas, penjelasan tentang akselerasi demokratis dewasa ini datang dari pendekatan alternatif. Pendekatan alternatif muncul sebagai reaksi ketidakpuasan terhadap penjelasan ortodok.

Menurut pendekatan alternatif, pendekatan ortodok selain mencoba mengukuhkan orthodoxi demokrasi dengan argumentasi baru tidak banyak menawarkan penjelasan yang membantu. Pendekatan ortodok dalam melihat fenomena gelombang demokratisasi yang berkembang universal dewasa ini, lebih mendasarkan diri pada perjalanan dialektika historis yang membuktikan demokrasi liberal memang ideologi dan sistem politik terbaik sekaligus universal. Terhadap penjelasan ini pendekatan alternatif mempertanyakan; jika ideologi liberal memang ideologi terbaik dan universal mengapa terjadi gelombang demokratisasi universal yang baru.

Di samping alasan-alasan teoritik itu, pengalaman traumatik masyarakat dan kekuatan-kekuatan demokrasi dalam negeri terhadap rezim otoritarian di pelbagai negara yang dilanda gelombang demokrasi memicu percepatan

gelombang demokrasi dimaksud. Meskipun gelombang demokrasi yang terjadi di pelbagai negara itu dalam perkembangannya menunjukkan kecenderungan yang tidak sama. Pada sebagian justru kembali ke otoritarian²⁵, sebagian yang lain berada dalam transisi yang panjang, dan sebagian yang lainnya mengalami stagnasi, dan lebih diwarnai dengan pemerintahan otoritarian ketimbang warna demokrasi. Dengan kata lain, gelombang demokrasi yang melanda dan terjadi pada setiap negara, tidak secara serta merta mengakhiri rezim otoritarian untuk digantikan secara mutlak oleh rezim demokratis.

Pada sebagian besar kasus, gelombang demokrasi diwarnai oleh negosiasi dengan kekuatan-kekuatan yang mendukung rezim otoriter. Hal tersebut menurut O'Donnell²⁶, disebabkan karena permulaan demokrasi seringkali didahului dengan perpecahan dalam koalisi kekuatan-kekuatan di belakang pemerintah otoriter, perpecahan garis keras dan garis lunak. Garis lunak menginginkan bentuk pemerintahan yang lebih demokratis dalam rangka mendapatkan kekuasaan dalam konfliknya dengan garis keras. Sementara sisa kekuatan rezim lama yang masih aktif dipangung politik yang terang-terangan tidak menyukai demokrasi, mengintrodusir argumen bahwa demokrasi dapat menghambat laju pertumbuhan ekonomi. Logika stabilitas politik sebagai prasyarat kemajuan ekonomi, dan membuka partisipasi dan ruang partisipasi masyarakat dalam menuntut hak dan kebebasan dinilai menghambat perkembangan ekonomi merupakan alasan golongan yang menolak demokrasi²⁷

²⁵ Sejumlah negara yang kembali ke otoritarian pada gelombang ketiga (1991-997) setelah mengalami proses demokrasi tahun (1942-1974) adalah Nigeria. Begitu juga dengan Burma dan Fiji.

²⁶ Lihat Guillermo O'Donnell and Philippe C. Schmitter, *Transisi Menuju Demokrasi, Rangkaian Kemungkinan dan Ketidakpastian*, LP3ES, 1993, hlm. 20-21.

²⁷ Baca Abbas Pourgerami, *Development and Democracy in the Third World*, dalam *Publik Choice*, Vol. 58/2, 1988, hlm. 28.

Kalangan yang menolak demokrasi itu, sangat mempercayai (meskipun agak dimanipulasi) pandangan M. Lipset, yang menyatakan bahwa semakin kaya suatu bangsa, semakin besar peluang negara tersebut untuk melaksanakan demokrasi²⁸, atau seperti dikatakan Robert Dahl, bahwa semakin tinggi tingkat sosial ekonomi suatu negara, akan semakin mungkin bagi negara tersebut untuk menjadi demokratis²⁹. Kesejahteraan akan menyediakan sumber daya yang dibutuhkan untuk meredakan ketegangan yang ditimbulkan oleh konflik politik³⁰. Dengan argumen itu, golongan ini berpendapat pentingnya meningkatkan kesejahteraan ekonomi (pertumbuhan ekonomi) terlebih dahulu daripada mendorong demokratisasi.

Demokrasi tidak bisa dibangun dan dijalankan dalam keadaan lapar. Demokrasi hanya bisa tegak dalam masyarakat serba kecukupan. Pandangan demikian itu dalam realitas di beberapa negara tidak terbukti. Taiwan, Singapura dan China adalah contoh negara dengan pencapaian kemajuan ekonomi dan kesejahteraan yang tinggi dalam struktur kekuasaan yang tidak demokratis, atau sebaliknya, India bisa menjalankan demokrasi dalam situasi ekonomi yang tidak stabil.

Gelombang demokrasi dua dekade terakhir ini memang harus dijelaskan lebih mendalam, dalam pelbagai konteks dan

negara karena tidak ada faktor tunggal yang menyebabkan gelombang tersebut. Terdapat variabel yang saling terkait di level internal dan eksternal masing-masing negara. Pendek kata gelombang demokrasi yang melanda negara-negara yang lepas dari kekuasaan otoritarian tidak serta merta memuluskan transisi demokrasi menuju pembentukan negara demokrasi, beserta seluruh perangkat-perangkat kelembagaan dan prosesnya pada keadaan yang sepenuhnya dalam kendali kekuatan pro demokrasi.

Pertarungan kepentingan antara pendukung rezim lama, yaitu militer dan birokrasi sipil yang menyangga administrasi kekuasaan, berhadapan dengan kekuatan pro demokrasi, cenderung menghasilkan kompromi-kompromi politik; lebih-lebih jika rezim masa lalu itu menanggung dosa hukum dan politik, seperti korupsi dan pelanggaran HAM yang serius, maka tentu agen-agen rezim otoritarian masa lalu tidak akan membiarkan gelombang demokrasi menuju penataan sistem politik demokratis itu sepenuhnya dalam skenario kekuatan pro demokrasi. Setidak-tidaknya mereka membayangkan-bayangi proses itu dengan menghembuskan kemungkinan skenario merebut kembali kekuasaan dengan cara kudeta. Bayang-bayang itulah yang mengantarkan kekuatan rezim lama dan rezim baru menuju meja perundingan untuk menegosiasikan kemungkinan-kemungkinan politik dan hukum terhadap dosa-dosa rezim sebelumnya itu.

Gelombang demokrasi dan transisi demokrasi di banyak negara paska otoritarian memang lebih banyak ditandai dengan negosiasi dan kompromi, sebagaimana yang terjadi di Afrika Selatan, Uganda, Argentina, Rwanda, Somalia, dan seterusnya. Meskipun hasil dan wujud kompromi itu berbeda-beda, tetapi ia tetap merupakan hasil kesepakatan-kesepakatan yang lahir dari pergolakan pemikiran dikalangan kaum realis dan idealis dalam tubuh kekuatan pro demokrasi, yaitu antara menyelamatkan demokrasi terlebih dahulu atau mengedepankan jalan hukum dengan risiko terancamnya transisi demokrasi.

²⁸ Seymour Martin Lipset, "Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy," *American Political Science Review*, Vol. 53, 1959, hlm. 75.

²⁹ Robert A. Dahl, *Polyarch: Participation and Opposition*, Yale University Press, New Haven, 1971, hlm. 75.

³⁰ Samuel P. Huntington, "Will More Countries Become Democratic?" *Political Science Quarterly*, 99, No. 2, tahun 1984, hlm. 199. Sebagai bahan perluasan wacana, baca juga Samuel P. Huntington, "Political Science Quarterly", dalam David J. Goldsworthy (ed), *Development and Social Change in Asia Introductory Essays*, Radio Australia-Monach Development Studies Centre, 1991.

Pada negara-negara yang umumnya dikendalikan atau ditopang oleh militer dengan masa lalu yang diliputi oleh kentalnya kejahatan pada kemanusiaan dan korupsi, gelombang dan transisi menuju demokrasi tetap dibayangi oleh resistensi militer (terutama) yang mencemaskan, karena pada banyak negara ancaman kudeta atau bentuk-bentuk operasi militer rahasia sebagai bagian dari upaya menggelapkan masa lalu atau menekan elite baru agar tidak menyentuh kejahatan masa lalu, telah membuat banyak negara tersebut mengambil jalan kompromi, sehingga transisi demokrasi yang berlangsung, lebih merupakan perubahan karakter rezim dengan melupakan masa lalu, atau minimal tidak mengingat-ingat masa lalu, sembari menyerukan agar masyarakat dan pemimpin bangsa melihat lurus ke depan, dan tidak perlu lagi melihat ke belakang.

C. Transisi dan Konsolidasi Demokrasi

Secara gramatikal kata transisi bisa dilacak dalam bahasa Latin dan bahasa Inggris. Dalam baha Latin transisi merupakan perpaduan dari dua kata, yaitu *trans* dan *cendo*. *Trans* diartikan dengan di seberang, di sebelah sana, dibalik, menyeberangi. Sementara *cendo* diartikan melangkah ke sesuatu yang lain, berpindah. Dengan demikian transisi bisa diartikan sebagai melangkah, berpindah atau menyeberang ke sebelah sana.³¹ Sedangkan dalam bahasa Inggris transisi berasal dari kata *transition* yang diartikan dengan peralihan atau pancaroba.³²

³¹ Lihat K. Prent C.M; J. Adisubrata, dan W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Latin-Indonesia*, Kanisius, Semarang, 1969, hlm. 876-877. Periksa juga Gregorius Sahdan, *Jalan Transisi Demokrasi Pasca Soeharto*, Pondok Edukasi, Jakarta, 2004. hlm. 30-31.

³² Periksa *Kamus Inggris Indonesia*, John M. Echols dan Hassan Shadiqy, Gramedia, Jakarta, 1984 (Cet. XIII), hlm. 601.

Dalam kamus bahasa Indonesia transisi diartikan sebagai peralihan dari keadaan (tempat, tindakan, dan sebagainya) kepada yang lain.³³ Transisi demokrasi berarti peralihan atau perpindahan sistem politik, dari sistem politik tertentu (monarki atau otoritarian) ke sistem politik demokratis. Di era kontemporer, penggunaan transisi diartikan sebagai perubahan ke arah lebih liberal, sebagaimana tergambar pada transisi awal abad ke-20 yang terjadi di Jerman Barat, Italia, Austria, Prancis, Jepang, Spanyol, Portugal dan Yunani. Dalam konteks studi ini transisi demokrasi diartikan sebagai masa peralihan kekuasaan otoritarian yang militeristik ke sistem demokratis.

Studi-studi transisi politik sangat populer pada dekade 1980-an melalui karya-karya Guillermo O'Donnell dan Philippe Schmitter³⁴, Juan J. Linz,³⁵ Juan J. Linz and Alfred Stepan³⁶, Dankwart Rustow³⁷, Larry Diamond³⁸, Guiseppe di Palma³⁹, dan Samuel Huntington.⁴⁰ Dari pemikiran mereka

³³ Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1997, hlm. 1070.

³⁴ Baca Guillermo O'Donnell dan Philippe S. Schmitter, *loc.cit.* dan Guillermo O' Donnell, Philippe C. Schmitter, and Laurence Whitehead (eds), *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1988.

³⁵ Juan J. Linz, "Transitions to Democracy", *The Washington Quarterly* 13, no 3, tahun 1990.

³⁶ Juan J. Linz dan Alfred Stepan, *Problem of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, Sout America and Post Communist Europe*, The Johns Hopkin University Press, Baltimore, 1996.

³⁷ Dankwart Rustow, "Transition to democracy", dalam *Comparative Politics*, vol. 2, no. 3, 1970.

³⁸ Baca antara lain Lary Diamond, *Developing Democracy* (Terjemahan), IRE Press, Yogyakarta, 2003.

³⁹ Guiseppe di Palma, *To Craft Democracies: An Essay on Democratic Transitions*, University of California Press, Berkeley, 1990.

⁴⁰ Antara lain Samuel P Huntington, *Gelombang ...loc.cit.*

diintrodusir pelbagai pendekatan untuk memahami transisi, tipologi transisi, model transisi, gelombang, dan kelemahan-kelemahan rezim transisional.

Transisi adalah tahap yang paling penting karena merupakan proses peralihan kekuasaan politik, tetapi jalur yang ditempuh oleh setiap negara dalam proses transisi berbeda satu sama lain. Donald Share, sebagaimana dikutip Suyatno⁴¹ dan Gregorius Sahdan⁴² misalnya mengajukan empat jalan atau jalur transisi menuju demokrasi.⁴³ *Pertama*, transisi inkremental, yaitu jalan demokrasi secara bertahap yang bersifat gradual yang melibatkan para pemimpin rezim yang sedang berkuasa. *Kedua*, jalur transaksi yang berlangsung secara cepat dengan melibatkan para pemimpin rezim secara konsensual. Jalur *ketiga*, transisi lewat perjuangan revolusioner yang berlangsung secara bertahap dan nonkonsensual. Sedangkan jalur *keempat*, transisi lewat perpecahan (revolusi, kudeta, keruntuhan, dan ekstriksi) yang berlangsung cepat tanpa melibatkan peran pemimpin rezim. Dari keempat jalur tersebut, Share lebih menaruh perhatian serius pada jalur transaksi yang dinilainya paling aman (damai) dan cepat tanpa menimbulkan perpecahan setelah transisi⁴⁴

Sementara itu Samuel Huntington⁴⁵, mengajukan empat jalan, yaitu *Pertama*, jalan transformasi atau transisi menuju

demokrasi yang diprakarsai oleh rezim yang berkuasa.⁴⁶ *Kedua*, transisi lewat *transplacement* atau negosiasi di tengah antara rezim yang berkuasa dengan kekuatan oposisi⁴⁷. *Ketiga*, jalan *replacement* (penggantian) atau tekanan kekuasaan oposisi dari bawah.⁴⁸ Jalan *keempat*, intervensi dari luar.⁴⁹ Tetapi jalur apapun yang ditempuh masing-masing negara, transisi demokrasi baru bisa dikatakan lengkap menurut Juan Linz dan Alfred Stepan ketika kesepakatan mengenai prosedur politik yang diperoleh sudah mencukupi untuk menghasilkan pemerintahan yang terpilih, ketika suatu pemerintahan memiliki kekuasaan yang dihasilkan secara langsung melalui pemilihan umum yang bebas dan langsung, ketika pemerintahan memiliki kewenangan secara de facto untuk menerapkan kebijakan-kebijakan baru, dan ketika kekuasaan lembaga eksekutif, legislatif, dan yudikatif diperoleh melalui demokrasi baru, dan bukannya melalui pembagian kekuasaan diantara lembaga-lembaga tersebut secara *de jure*.⁵⁰

Bagian lain dari transisi demokrasi yang juga beragam adalah pemicu terjadinya transisi. Ketika gelombang pertama transisi terjadi pada tahun 1970-an di Eropa, pemicunya adalah perpecahan dalam tubuh kekuasaan otoriter itu sendiri, sebagaimana terjadi di Spanyol, Yunani dan Portugal. Di negara yang terakhir ini kudeta militer tahun 1974 merupakan pemicu demokratisasi di negara tersebut. Di negara-negara

⁴¹ Suyatno, *op.cit.*, hlm. 118-119.

⁴² Gregorius Sahdan, *Jalan....op.cit.*, hlm. 59-62.

⁴³ Menurut Share untuk melihat tipologi transisi menuju demokrasi ada dua parameter yang harus dicermati secara jeli adalah: 1) apakah transisi itu dilakukan dengan partisipasi atau persetujuan para pemimpin rezim otoriter atau tidak, 2) apakah transisi itu berlangsung secara bertahap, melewati masa lebih dari satu generasi atau berjalan cepat? *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Samuel Huntington, *Gelombang....op.cit.*, hlm. 145.

⁴⁶ *Ibid.*, Negara-negara yang melalui jalan ini antara lain, yaitu: Taiwan, Meksiko, India, Chile, Turki, Brasil, Peru, Ekuador, Guatemala, Nigeria, Pakistan, dan Sudan.

⁴⁷ *Ibid.*, Negara yang melalui jalan ini antara lain, yaitu: Nepal, Nikaragua, Mongolia, Bolivia, Honduras, El Salvador, Korea Selatan dan Afrika Selatan.

⁴⁸ *Ibid.*, Negara yang melalui jalan ini; Filipina dan Argentina.

⁴⁹ *Ibid.*, Negara yang mengalami transisi dengan jalan ini antara lain: Grenada dan Panama.

⁵⁰ Juan J. Linz dan Alfred Stepan, *op.cit.*, hlm. 3.

belahan Asia dipicu oleh korupsi kalangan elite militer dan krisis ekonomi berkepanjangan, yang membuat militer dari kalangan perwira menengah dan kelas menengah melakukan kudeta, sebagaimana terjadi di Pakistan dan Filipina. Sementara di negara bagian Afrika, seperti Uganda, Somalia, dan Afrika Selatan (sekedar menyebut contoh) lebih banyak dipicu oleh konflik etnis, perang saudara dan kemiskinan yang membuat negara-negara besar seperti Amerika Serikat, Inggris dan Prancis, atas nama menyelamatkan kemanusiaan melakukan operasi militer dan mendudukkan tokoh-tokoh oposisi atau kekuatan pro demokrasi menggantikan rezim otoritarian.

Demokratisasi atau proses menuju demokrasi di Afrika juga dipengaruhi transisi demokrasi yang terjadi di Eropa Timur dan Eropa Barat, khususnya Jerman Timur. Ketika pada tahun 1989 Tembok Berlin jatuh yang menandai berakhirnya rezim komunis di sana, 38 dari 45 negara di Afrika bagian utara Gurun Sahara masih dibawah pemerintahan sipil atau militer yang menerapkan sistem satu partai dalam payung otoritarianisme, tetapi sekitar 18 tahun kemudian, lebih dari setengahnya telah menerapkan sistem multi partai atau berproses menuju sistem multipartai.⁵¹

Selain perubahan cepat yang terjadi di Eropa Timur yang menjadi katalis penting bagi perubahan di Afrika, peranan negara-negara dan lembaga donor yang memberikan bantuan ekonomi yang sangat vital bagi sebagian besar negara-negara di Afrika. Pada bulan Juni 1990, Presiden Prancis mengatakan kepada para pemimpin negara-negara Afrika Francophone bahwa "semakin cepat anda menyelenggarakan pemilihan yang bebas, akan semakin baik bagi generasi muda negara anda yang membutuhkan ekspresi diri."⁵²

Agak berbeda dengan di Afrika, transisi demokrasi di Asia tidak terjadi dalam kurun waktu tertentu yang sama, sehingga agak sukar menjelaskan karakter transisinya. Transisi yang terjadi di Taiwan, Nepal, Korea Selatan, Filipina dan Thailand yang dijelaskan Sorensen menggambarkan karakteristik yang berlainan. Filipina setelah Marcos adalah negara yang mengalami transisi demokrasi yang tidak stabil. Semenjak Presiden Corazon Aquino menggantikan Ferdinand Marcos hingga Presiden Gloria Macapagal Arroyo, kondisi politik di Filipina acapkali dilanda ancaman kudeta militer, meskipun isu-isu dibalik ancaman dan kudeta yang pernah terjadi lebih karena isu korupsi. Sementara di Nepal, negara miskin yang sangat tergantung secara ekonomi dengan India, pada akhirnya berhasil memaksa raja Nepal untuk berbagi kekuasaan dengan tokoh-tokoh oposisi. Raja Nepal berhasil mengatur dirinya sendiri sebagai wasit politik dan diberikan kekuasaan untuk, misalnya menyatakan keadaan darurat tanpa persetujuan kabinet. Kompromi yang melahirkan demokrasi semi monarki atau disebut juga dengan monarki konstitusional, merupakan kesepakatan atau kompromi politik yang bisa dicapai di Nepal.

Sementara di Pakistan, kekecewaan masyarakat sipil terhadap pemerintahan sipil yang silih berganti setelah Presiden Zia Ul-Haq, pada akhirnya memicu kudeta militer di negara tersebut. Isu korupsi dan pemerintahan yang tidak stabil di bawah kekuasaan sipil membuat Jendral Pervez Musharraf melakukan kudeta militer terhadap pemerintahan sipil pimpinan Perdana Menteri Nawaz Sharif yang mendapat dukungan masyarakat. Begitu juga yang terjadi di Thailand, negara terakhir di Asia yang dilanda kudeta militer atas pemerintahan sipil pimpinan Taksin Sinaawatra dengan isu yang hampir sama di Pakistan dan Filipina, yaitu korupsi dan ketidakstabilan politik pemerintahan sipil.

Dalam transisi demokrasi berlangsung juga konsolidasi demokrasi, sebagai upaya yang lebih terarah pada pementapan atau legitimasi untuk menumbuhkan keyakinan masyarakat

⁵¹ Georg Sorensen, *Demokrasi dan....op.cit.*, hlm 62.

⁵² *Ibid.*, hlm. 64-65.

dan kalangan elite, bahwa demokrasi adalah bentuk pemerintahan terbaik, dan bahwa aturan-aturan yang disediakan di dalamnya merupakan satu-satunya alat untuk memperoleh kekuasaan⁵³. Atau dalam ungkapan Juan J. Linz⁵⁴, demokrasi menjadi "*the only game in town*" (satu-satunya aturan yang berlaku). Keyakinan akan demokrasi tersebut bahkan tetap terpelihara dalam situasi politik dan ekonomi yang sangat buruk sekalipun, sehingga mayoritas rakyat tetap meyakini perubahan politik harus tetap dilakukan berdasarkan parameter-parameter yang terdapat dalam prosedur demokratis. Dengan kata lain proses konsolidasi demokrasi mencakup peningkatan secara prinsipil komitmen seluruh elemen masyarakat pada aturan main demokrasi.⁵⁵ Konsolidasi demokrasi juga dipahami sebagai proses panjang yang mengurangi kemungkinan pembalikan demokratisasi, mencegah erosi demokrasi, menghindari keruntuhan demokrasi, yang diteruskan dengan melengkapi demokrasi, pendalaman demokrasi dan mengorganisir demokrasi secara berkelanjutan.

Untuk melancarkan konsolidasi demokrasi tersebut, Diamond mengajukan beberapa agenda, antara lain:⁵⁶ 1)

Memperluas akses warga negara terhadap sistem peradilan dan membangun suatu *rule of law* yang sesungguhnya; 2) Penguatan pembuatan hukum dan kekuasaan investigatif badan legislatif sehingga menjadi badan yang profesional dan independen; 3) Desentralisasi kewenangan negara dan penguatan pemerintahan daerah, sehingga demokrasi dapat lebih responsif dan bermakna bagi seluruh warga negara di seluruh wilayah suatu negara; 4) Menciptakan partai-partai politik yang mampu memobilisasi dan merepresentasikan kepentingan yang berkembang di masyarakat—bukan hanya kepentingan personal para pemimpin dan lingkungan para politisi belaka; 5) Membangun kekuatan masyarakat sipil dan media yang independen yang dapat memelihara modal sosial, partisipasi warga, membatasi tetapi memperkuat kewenangan konstitusional dari negara.

Agenda konsolidasi yang ambisius tersebut, memerlukan peningkatan aturan hukum baru, penumbuhan lembaga-lembaga baru dan penguatan kapasitas lembaga-lembaga negara, sistem kepartaian, dan masyarakat sipil. Dalam keyakinan Diamond, apabila upaya-upaya tersebut berhasil, maka dalam waktu 10-15 tahun akan terjadi transformasi dari demokrasi elektoral menuju demokrasi liberal atau demokrasi konstitusional yang stabil. Sementara itu Juan Linz menyebutkan ada lima kondisi yang saling berkaitan dan saling menguatkan satu sama lain yang diperlukan agar demokrasi terkonsolidasi, yakni: (1) kondisi yang memungkinkan pengembangan masyarakat sipil yang bebas; (2) adanya masyarakat politik yang otonom; (3) kepatuhan dari seluruh pelaku politik utama, terutama dari para pejabat pemerintahan pada *rule of law*; (4) harus terdapat birokrasi negara yang dapat dipergunakan oleh pemerintahan demokratik baru (*usable bureaucracy*); (5) keharusan akan adanya masyarakat ekonomi yang terlembagakan.⁵⁷

⁵³ Larry Diamond, 2000, "The End of the Third Wave and the Start of the Fourth," dalam Plattner, Marc F., Joao Carlos Espada, *The Democratic Invention*, Baltimore, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2000, hlm. 23.

⁵⁴ Juan J Linz, 2001, "Defining and Crafting Democratic Transition, Constitutions, dan Consolidation," dalam Liddle, R. William, *Crafting Indonesian Democracy*, Bandung, 2001, Mizan, hlm. 27.

⁵⁵ Alfred Stepan, "Berbagai Jalur Menuju Demokratisasi : Sejumlah Pertimbangan Teoritis dan Komparatif", dalam Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter and Laurence Whitehead (eds.), *Transisi Menuju Demokrasi : Tinjauan Berbagai Perspektif*, LP3ES, Jakarta, 1993, hlm. 104-143.

⁵⁶ Diamond, *op.cit.*, 24.

⁵⁷ Juan J Linz, *op. cit.*, hlm.28-34.

Dalam kaitannya dengan pemilu, Linz memasukan pemilu dan aturan pemilu ke dalam ranah masyarakat politik (*political society*). Linz sendiri menyebut, bahwa pada dasarnya kekuatan masyarakat sipil dapat menghancurkan rezim non-demokratik, tetapi untuk kepentingan konsolidasi demokrasi harus menyertakan masyarakat politik. Konsolidasi demokrasi mensyaratkan adanya peningkatan apresiasi warga negara atas lembaga inti dalam suatu masyarakat politik yang demokratis, yakni partai politik, legislatif, pemilu, aturan pemilu, kepemimpinan politik, dan aliansi antar partai.⁵⁸ Dalam pandangan Goran Hyden⁵⁹, elite harus mempunyai sikap, pilihan, tindakan dan keyakinan yang kuat pada demokrasi serta saling membangun konsensus bersama untuk konsolidasi demokrasi.

Sebagaimana pengalaman banyak negara, konsolidasi demokrasi prosesnya tidak berakhir di situ. Rezim baru seringkali menjadi negara demokrasi yang terbatas, meskipun lebih demokratis dibanding sebelumnya, tetapi tarik ulur diantara kepentingan rezim lama dengan rezim baru masih mewarnai konsolidasi demokrasi. Dengan kata lain proses matang menuju konsolidasi demokrasi yang solid memakan waktu lama, seringkali puluhan tahun. Dalam kasus Inggris Raya, proses keseluruhan memerlukan lebih dari dua ratus tahun.

Di Afrika Selatan, kesepakatan untuk menghentikan pemerintahan Apartheid menjadi syarat pemberian amnesti terhadap pelanggaran "politik" pada pemerintahan sebelumnya⁶⁰. *Promotion of National Unity and Reconciliation*

⁵⁸ *Ibid.*, hlm. 29.

⁵⁹ Goran Hyden, "Development and Democracy: An Overview", dalam Ole Elgstrom and Goran Hyden (eds.), *Development and Democracy: What Have We Learned and How?*, Outledge, London, 2002, hlm. 2.

⁶⁰ Ruti G. Teitel, *Keadilan Transisional Sebuah Tinjauan Komprehensif*, Elsam, Jakarta, 2004, hlm. 111.

Bill memberikan amnesti dengan syarat pengakuan terhadap pelanggaran yang telah dilakukan dengan tujuan persatuan masyarakat.⁶¹ Serupa dengan di Afrika, di Uruguay berlangsung negosiasi yang sengit antara politisi sipil dan militer guna melapangkan jalan menuju konsolidasi politik demokratis. Pemerintahan baru memberi garansi kepada kekuatan militer bahwa tidak ada proses prosekusi terhadap mereka melalui apa yang dikenal dengan *naval agreement*.⁶² Jadi jelas tergambar bahwa pemerintahan baru yang lahir dari negosiasi politik mengedepankan konsolidasi, demi terwujudnya demokrasi.

Dalam konteks itu, kebijakan-kebijakan politik dan hukum HAM yang lahir di era transisi tidak saja berupa penghapusan hukum-hukum yang bertentangan dengan HAM, tetapi juga pembentukan hukum-hukum HAM baru yang mengemban misi penguatan masyarakat sipil sejalan dengan demokrasi yang sedang dibangun.

Pada situasi transisi itulah terjadi pergulatan kepentingan antara kekuatan pro demokrasi dengan elemen-elemen rezim Orde Baru. Satu sisi kuat desakan agar rezim baru memupus segala aspek anasir-anasir rezim otoritarian, bahkan menginginkan dilakukannya penghukuman administratif dengan melarang pendukung Orde Baru ikut serta menjadi bagian dari pemerintahan baru. Di sisi lain tentu saja timbul perlawanan yang kuat melalui Parlemen, TNI, Polri dan Birokrasi yang secara *de jure* dan *de facto* masih eksis,

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Presiden Uruguay, Sanuineti menyatakan: "mana yang lebih adil mengkonsolidasikan perdamaian di suatu negeri dimana hak-hak asasi manusia terjamin pada masa kini, atau mencari keadilan ke masa lampau yang bisa membahayakan perdamaian itu". Pembahasan kasus Uruguay, baca Robert K. Goldman, "Amnesty Law and International Law: A Specific Case", International Commission of Jurist, *Prosiding*, 1999, hlm. 209-222.

bahkan menjadi bagian penting dari rezim baru itu sendiri mendesakkan kepentingan agar perubahan yang terjadi tidak merugikan, apalagi mengancam eksistensi mereka.

Itu sebabnya agenda menagih tanggungjawab terhadap pelanggaran HAM rezim lama sebagai agenda konsolidasi demokrasi, bukan perkara mudah. Di era transisi dan konsolidasi, masalahnya bukanlah terletak pada keharusan memilih antara keadilan atau kebenaran, tetapi bagaimana mengambil langkah tepat yang mungkin dapat dikerjakan dan paling kondusif untuk membangun kembali tatanan moral dan hukum berdasarkan keadaan-keadaan khusus yang dihadapi tiap-tiap negara.

Wacana lain penanganan pelanggaran HAM masa lalu di era transisi dan konsolidasi demokrasi adalah pengungkapan kebenaran fakta atas kebenaran terjadinya suatu peristiwa. Sebagai suatu istilah, ia tidak dicantumkan secara ekspelisit dalam instrumen utama HAM, kecuali dalam pengertian yang luas. Ia terkait dengan kewajiban negara untuk memberikan pertanggungjawaban terhadap pelanggaran HAM atau berbagai kejahatan internasional lainnya. Hak mengetahui kebenaran terkait dengan kewajiban melakukan investigasi, klarifikasi, penyelidikan (*inquiry*) maupun prosecution (*trial*) dan kompensasi bagi korban.

Hak mengetahui kebenaran (*the right to know the truth*) masa lampau itu mengimplikasikan kewajiban negara untuk “mengingat”. Kewajiban tersebut berhubungan dengan tugas untuk melakukan klarifikasi, menjelaskan pada korban, keluarga dan publik tentang apa yang terjadi, bagaimana hal itu terjadi, siapa yang terlibat, apa alasan serta motivasinya dan bagaimana proses penanganannya. Selain itu, hak tersebut juga mengandaikan adanya kewajiban negara melakukan perbaikan ke depan dan tidak sekadar melupakan atau mengubur sejarah dan berbagai pengalaman pahit masa lampainya. Tiga standar minimal yang harus dilakukan negara. *Pertama*, kewajiban mengingat (*the duty to remember*). *Kedua*, kewajiban menghukum (*the duty to prosecute*), dan *Ketiga*, kewajiban reparasi (*the duty to redress*).

Usaha menyelesaikan kejahatan kemanusiaan masa lampau sebagai bagian penting konsolidasi demokrasi telah melahirkan pelbagai komisi kebenaran yang diorientasikan tidak hanya untuk mengungkap kejahatan masa lampau, namun sekaligus medium penyelesaian damai antar pelbagai kekuatan politik, terutama kekuatan politik rezim lama dengan rezim baru. Visi misi komisi kebenaran yang demikian itu telah mendorong terbentuknya tidak kurang 25 komisi kebenaran di pelbagai negara sejak dekade 1970-an. Pengalaman negara-negara tertentu telah pula menginspirasi banyak negara lain membentuk komisi untuk menyelesaikan pelanggaran HAM masa lampau.⁶³

Arti penting dari komisi kebenaran bagi konsolidasi demokrasi tidak sekadar mengungkap fakta, tetapi juga pengakuan negara bahwa negara pernah melakukan kejahatan terhadap warganegaranya sendiri, sekaligus mengambil pelajaran untuk melakukan perubahan mendasar ke depan⁶⁴, kendatipun tidak sepenuhnya diterima oleh sebagian kekuatan pro demokrasi, karena dinilai “menyembunyikan” *impunity*

⁶³ Chili belajar dari Argentina. Guatemala belajar dari Chili, Argentina dan El Salvador. Paraguay dan Uruguay belajar dari Argentina, Chili dan Guatemala. Demikian Afrika Selatan, yang terkenal dengan TRC-nya (*Truth and Reconciliation Commission*), belajar dari Uganda, Malawi dan pengalaman dari negara-negara di Amerika Latin. Usaha penyelesaian dengan mengungkap fakta juga berlangsung di Eropa Timur setelah rezim satu partai ambruk. Sedangkan di Asia, komisi serupa juga pernah dibentuk di Filipina, Sri Lanka dan India. Pembahasan tentang ini baca: Baca Agung Putri, “Berjuang Mengungkap Kebenaran dan “Mengadili” Masa Lampau: Pengalaman rakyat Negeri Tertindas”, dalam Ifdhal dan Eddie Riyadi Terre (Ed), *Pencarian...op.cit.* hlm. 114.

⁶⁴ Lihat Priscilla B. Hayner, “Fifteen Truth Commissions 1975 to 1994: A Comparative Study”, dalam, Neil J. Kritz (ed), *Transitional Justice, General Consideration*, Vol. I, hlm. 277-228.

(kekebalan hukum) dan melanjutkannya. Tetapi itulah hasil dari pergulatan dan negosiasi politik dalam era konsolidasi demokrasi yang keras dan rentan.

Bagi pemegang kekuasaan politik baru, tentu lebih memilih stabilitas proses demokrasi yang masih rentan itu. Sementara bagi penguasa politik lama, lebih berkepentingan agar kesalahan mereka di masa lalu tidak diungkit lagi dan dimintai pertanggungjawaban. Kepentingan-kepentingan itulah yang harus diakomodasi dalam era transisi dan konsolidasi demokrasi.

Bekas Presiden Uruguay, Julio Sanguinetti yang terpilih menjadi presiden hasil kompromi militer dan politisi sipil, tegas memilih mementingkan konsolidasi demokrasi ketimbang mengadili para pelaku Pelanggaran HAM yang berat yang dapat membahayakan upaya pengkonsolidasian demokrasi. Dia pernah menantang para pengeritiknya dengan pertanyaan: "Apakah kita akan melihat ke masa depan atau ke masa lampau? Dia jawab sendiri pertanyaan itu dengan mengatakan: "Apabila Prancis masih memikirkan pembantaian malam di St. Bartholomeus, maka mereka masih akan saling membunuh sampai hari ini".⁶⁵ Merespon pernyataan tersebut, Ifdhal menegaskan bahwa "sangat jelas pesan yang ingin disampaikan Sanguinetti dengan pernyataannya itu, yakni perdamaian-lah yang terlebih dahulu harus diusahakan. Bukan penghukuman."⁶⁶

Negosiasi dan kompromi yang dituangkan dalam pelbagai wujudnya akhirnya menjadi pilihan yang paling banyak diambil. Prioritas penyelamatan politik (transisi dan konsolidasi demokrasi) dengan resiko meminggirkan proses hukum, akhirnya menjadi pilihan realistis yang diambil banyak negara. Ancaman kekuatan rezim lama untuk

kembali ke kekuasaan otoritarian atau setidaknya tidaknya rongrongan terhadap proses transisi dan konsolidasi demokrasi, merupakan alasan utama banyak negara mengambil langkah tidak menghukum (pengadilan), tetapi mengungkap fakta kebenaran peristiwa untuk kemudian diikuti oleh langkah-langkah pengakuan, pemaafan dan melanjutkan kehidupan.

D. Transisi dan Konsolidasi Demokrasi di Indonesia

Diskursus demokrasi di Indonesia sebenarnya telah melewati sejarah yang panjang. Usaha untuk mewujudkan pemerintahan demokratis dapat dilihat dari rumusan model demokrasi Indonesia di dua zaman pemerintahan Indonesia, yakni Orde Lama dan Orde Baru. Era Soekarno dikenalkan model Demokrasi Terpimpin, sedang era Soeharto dimunculkan Demokrasi Pancasila. Namun, alih-alih terbentuk suatu pemerintahan demokratis, model demokrasi yang ditawarkan di dua rezim tersebut malah memunculkan pemerintahan otoritarian, yang membelenggu kebebasan politik warganya.

Di era yang disebut demokrasi Pancasila justru terjadi pelanggaran HAM selama usia kekuasaan itu. Sila "kemanusiaan yang adil dan beradab", adalah sila yang dikhianati karena pelanggaran HAM dilakukan sedemikian rupa secara harfiah. Penangkapan, penahanan dan penghilangan aktivis atau tokoh kritis secara paksa, pembredelan media cetak, penembakan tanpa alasan dan proses hukum yang dikenal dengan Penembakan Misterius (Petrus), pembantaian warga sipil di Talangsari Lampung, Sindang Raya Tanjung Priok, Kedung Ombo, Operasi Militer di Aceh, Papua, dan seterusnya adalah contoh kejahatan kemanusiaan rezim Soeharto.

Dipasungnya dan dirampasnya HAM serta matinya demokrasi di era Orde Baru itu, secara perlahan membuat

⁶⁵ Baca Ifdhal dan Eddie Riyadi Terre (ed), *Pencarian Keadilan di Masa Transisi*, Elsam, Jakarta, 2003, hlm. 357-358.

⁶⁶ *Ibid.*

kekuatan-kekuatan strategis rakyat (mahasiswa, Pers, Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM), tokoh-tokoh partai politik yang terpinggirkan⁶⁷ serta kaum intelektual kampus bersatu menjadi kekuatan besar menyuarakan reformasi politik setelah Soeharto memangku jabatan sebagai Presiden untuk ketujuh kalinya pada tahun 1997.

Prilaku korupsi, kolusi dan nepotisme (KKN) Orde Baru yang memuncak di tahun 1997 tersebut⁶⁸, ditambah pula dengan krisis ekonomi⁶⁹ dan perpecahan di tubuh militer dan Golkar sebagai penyangga utama rezim Soeharto, menjadi faktor situasional dan faktor pencetus jatuhnya rezim Soeharto pada 21 Mei 1998. Kejatuhan rezim otoriter yang berkuasa selama 32 tahun itu menjadi titik berangkat transisi politik menuju demokrasi di Indonesia.

Transisi demokrasi di Indonesia tidak jauh berbeda dengan negara-negara transisional lainnya, yaitu sama-sama keluar dari sistem otoritarian, dan sama-sama diliputi oleh masa lalu Pelanggaran HAM yang berat. Akibatnya-pun relatif sama, yaitu menginginkan pelanggaran HAM masa lalu itu diselesaikan sebagai bagian dari transisi dan konsolidasi demokrasi.

⁶⁷ Megawati Soekarnoputri bisa disebut sebagai satu-satunya tokoh Partai yang terang-terangan berseberangan dengan Soeharto semenjak ia menjadi pucuk pimpinan Partai Demokrasi Indonesia (kelak kemudian menjadi Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan-PDIP).

⁶⁸ Pada jabatan Presiden yang ke tujuh kalinya itu, Soeharto mengangkat anak kandungnya Siti Hardiyanti Rukmana (Tutut) selaku Menteri Sosial (Mensos), Muhammad Bob Hasan sebagai Menteri Perdagangan, serta menempatkan kroni-kroninya yang lain pada jabatan strategis baik sipil maupun militer.

⁶⁹ Nilai Rupiah terhadap dollar AS per Januari 1998 mencapai angka Rp. 17.000 rupiah per dollar AS; suatu apresiasi nilai dollar AS terhadap rupiah terburuk dalam sejarah ekonomi Indonesia.

Presiden B.J. Habibie, sebagai bagian dari rezim masa lalu memahami benar kondisi objektif rezim Orde Baru dalam hal pelanggaran HAM, sehingga langkah-langkah politik yang ia lakukan di awal-awal kekuasaannya menunjukkan kesungguhan untuk membangun negara hukum dan demokrasi. Ia melepaskan sejumlah tahanan politik⁷⁰, membuka kebebasan pers, kebebasan berpendapat, mencabut UU Subversif, dan kebijakan-kebijakan yang berkaitan dengan penghormatan, perlindungan dan penegakan HAM.

Apa yang dilakukan B.J. Habibie di awal pemerintahannya itu suatu permulaan penting dalam transisi demokrasi yang memang harus dilakukannya; bukan saja secara empiris rangkaian panjang pelanggaran HAM selama Orde Baru telah membuat citra kekuasaan kurang positif di mata rakyat, tetapi juga menjadi sebab kegagalan Orde Baru mempertahankan kekuasaannya setelah puluhan tahun menyangga kekuasaan otoritarian.

Pemerintahan baru paska Orde Baru menyusun disain transisi dan konsolidasi demokrasi dengan memulai suatu politik hukum pemulihan hak-hak politik warganegara, dan menjamin kelangsungannya melalui pelbagai regulasi dan deregulasi sebagaimana telah disinggung secara singkat di muka. Politik hukum transisional masa kekuasaan B.J. Habibie jauh berbeda dengan era kekuasaan Soeharto (1966-1971). Pada masa Soeharto menurut Herbert Feit sebagaimana dikutip Afan Gaffar⁷¹ merupakan masa yang digunakan untuk

⁷⁰ B.J. Habibie berpendapat bahwa "tahanan politik harus segera saya lepaskan dan tidak boleh lagi terjadi bahwa orang yang bertentangan dengan pendapat atau rencana Presiden, harus dimasukkan ke dalam penjara, kecuali mereka yang terbukti telah melaksanakan tindakan kriminal". Baca Bacharuddin Jusuf Habibie, *Detik-Detik yang Menentukan: Jalan Panjang Indonesia Menuju Demokrasi*, THC. Mandiri, Jakarta, 2006, hlm. 57.

⁷¹ Afan Gaffar, *Politik Indonesia Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005. hlm. 308.

menemukan format politik yang sesuai dengan kehendak Soeharto, yaitu stabilitas politik sebagai basis bagi pembangunan ekonomi nasional. Dalam masa tersebut menurut Afan, Soeharto berhasil mengembangkan kekuasaannya dengan mengkombinasikan mekanisme "carrots and sticks". Untuk mereka yang mendukungnya, Soeharto dengan mudah memberikan *reward* berupa kedudukan dan jabatan, sementara yang menentangnya akan disingkirkan dari panggung politik nasional dengan seperangkat alat-alat yang bersifat represif.⁷²

Transisi politik dari Orde Lama ke Orde Baru sesungguhnya tidak dalam konteks transisi politik dari rezim Demokrasi Terpimpin Soekarno ke rezim Demokrasi Soeharto, tetapi transisi dari rezim otoritarian ke rezim otoritarian yang lain. Soeharto sama sekali tidak melakukan langkah-langkah pembaharuan hukum dan politik sebagaimana transisi rezim otoritarian ke demokrasi.

Kemewahan politik Soeharto yang dilimpahi "cek kosong" telah ia isi sendiri dengan "demokrasi Pancasila" yang substansinya ternyata otoritarian. Selain itu, transisi politik dari Orde Lama ke Orde Baru tidak dibebani agenda politik yang serius dan berat, kecuali agenda pembenahan ekonomi yang hancur selama Orde Lama. Mandat Soeharto untuk membenahi ekonomi Indonesia mendapat dukungan mahasiswa dan elite kampus waktu itu, selain karena secara objektif kondisi ekonomi Indonesia sangat terpuruk, juga bersamaan dengan itu, ideologi modernisasi sedang dipuncak kejayaannya sehingga kebijakan ekonomi politik Soeharto yang berorientasi pada pertumbuhan ekonomi mendapat dukungan luas.

Transisi politik era B.J. Habibie tidak memiliki kemewahan politik seperti yang diperoleh Soeharto. B.J.

Habibie mewarisi persoalan ekonomi, hukum dan politik yang sangat berat. Di samping itu, citra dan kepercayaan publik terhadap B.J. Habibie sebagai orang yang sangat dekat dengan Soeharto menjadi variabel masalah tersendiri yang tidak kalah peliknya dengan problem warisan masalah Orde Baru, dimana B.J. Habibie menjadi bagian dari masa lalu itu.

Agenda utama yang harus dilakukan B.J. Habibie dalam melaksanakan transisi politik yaitu mempercepat Pemilihan Umum (Pemilu), menegakkan supremasi hukum dan kebijakan penghormatan dan penegakan HAM, khususnya dalam penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu. Agenda Pemilu didesakkan oleh kekuatan pro demokrasi dalam negeri untuk dilakukan secepat mungkin sebagai proses formal demokratik mengakhiri jejak rezim Orde Baru, atau dalam pandangan Huntington⁷³ sebagai "tanda" berakhirnya rezim non demokratik (*the inauguration on democratic rezim*), sekaligus sebagai "pelebagaan demokrasi" dan pembangunan kembali kohesi sosial yang telah retak akibat tarik menarik dukungan dan penolakan antara berbagai kelompok sosial dalam masyarakat. Pemilu juga bermakna sebagai pelantikan pemerintahan baru atau rezim demokratik (*the inauguration of the democratic rezim*) yang menggantikan pemerintahan otoriter yang telah tumbang. Pemilu dimaknasi juga sebagai perwujudan dari konsolidasi sistem demokrasi (*the inauguration of the democartic system*) yaitu suatu usaha untuk menjaga secara ketat kembalinya rezim status quo untuk menduduki kursi kekuasaan.

Pemilu tahun 1999 diwarnai perdebatan tajam antara kalangan yang mengusung gagasan atau konsepsi demokrasi

⁷² *Ibid.*

⁷³ Huntington, *The Third....op. cit.*, hlm. 208-210.

minimalis⁷⁴ dan demokrasi maksimalis⁷⁵. Bagi konsepsi maksimalis, pelaksanaan Pemilu saja tidaklah cukup bagi suatu sistem politik untuk mendapatkan gelar demokrasi, karena konsepsi ini (yang di Indonesia lebih dikenal dengan peristilahan demokrasi substantif) mensyaratkan penghormatan terhadap hak-hak sipil yang lebih luas dan penghargaan terhadap kaidah-kaidah pluralisme yang mendasar⁷⁶.

Dalam perspektif yang sama, Greg Russell⁷⁷ menyebutnya sebagai demokrasi konstitusional, yakni demokrasi yang berakar pada gagasan liberal yang menghendaki adanya pembatasan kekuasaan dan perlindungan HAM. Meski demikian, bila ditilik lebih jauh, kedua konsepsi tersebut sesungguhnya menjadikan pemilihan umum sebagai prasyarat bagi demokrasi. Karenanya, rezim yang menjamin pluralitas dan hak-hak sipil tetapi tidak melakukan pergantian kekuasaan politik secara reguler melalui pemilihan umum⁷⁸, tidak dapat mengklaim dirinya sebagai negara demokratis.

⁷⁴ Menurut teori demokrasi minimalis, pemilu merupakan arena yang mewadahi kompetisi antar aktor-aktor politik rakyat meraih kekuasaan; partisipasi politik untuk menentukan pilihan; serta liberalisasi hak-hak sipil dan politik warga Negara. Kajian kritis dan menarik atas pandangan Scumpater dapat dibaca dalam tulisan Adam Przeworski, *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, New York, 1991, hlm. 23-50.

⁷⁵ Banyak sarjana menulis tentang kategorisasi seperti ini. Lihat misalnya Larry Diamond, *loc.cit.*

⁷⁶ Ada banyak kritik ditujukan terhadap demokrasi prosedural, antara lain lihat Fareed Zakaria; *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, W.W Norton, New York, 2003.

⁷⁷ Lihat Russel, Greg, 2005, *Constitutionalism: America & Beyond*, Tersedia : di <http://usinfo.state.gov/products/pubs/democracy/dmpaper2.htm> (Diakses 14 September 2005).

⁷⁸ Pemilu di negara-negara yang baru lepas dari genggaman

Perdebatan antara demokrasi prosedural dan substantif pasca Orde Baru memang sangat terasa. Sebagian pengamat menginginkan agar di era transisi ini perwujudan warna demokrasi substansial harus lebih kental, tetapi sebagian lain menyatakan bahwa demokrasi prosedural di era transisi sesuatu yang harus dilalui; sebagaimana dialami banyak negara yang baru lepas dari kekuasaan otoritarian. Lebih dari itu, demokrasi prosedural-lah yang bisa menjadi ukuran, sekaligus dapat dilihat apakah transisi di suatu negara sedang berlangsung atau tidak⁷⁹.

Demokrasi prosedural menurut Gregorius Sahdan merupakan salah satu instrumen transisi rezim otoritarian gelombang pertama, kedua sampai dengan yang ketiga; yang memberikan peranan besar terhadap kemerdekaan individu, keterlibatan publik dan jaminan hak warga negara dalam pemerintahan. Ia juga merupakan jembatan yang memberikan arah bagi peralihan rezim non-demokratik, dan dapat dengan mudah melihat; apakah ada fakta transisi; apakah ada Pemilu dalam transisi; apakah Pemilu dilaksanakan dengan Jurdil; apakah ada pembentukan lembaga-lembaga demokratis; dan apakah lembaga-lembaga demokratis itu berfungsi⁸⁰.

Keseluruhan komponen penilaian tersebut dapat menjadi barometer untuk membedakan antara perubahan ke

kekuasaan otoritarian selalu dikaitkan dengan wacana konsolidasi sipil yang dipahami sebagai upaya mengentalkan warna demokrasi dari kategori minimalis yang berwarna muda menuju ke arah maksimalis yang berwarna lebih pekat. Meski penerapan konsolidasi hanya pada negara-negara demokrasi baru agak salah kaprah karena demokrasi sesungguhnya adalah proses yang tidak pernah berhenti, bahkan politas yang demokrasinya dipandang telah terkonsolidasi dapat saja mengalami arus balik yang membahayakan posisi demokrasi itu sendiri, tetapi pengkaitan demikian itu sesuatu yang tidak terelakkan.

⁷⁹ Gregorius Sahdan, *op.cit.*, hlm. 14-15.

⁸⁰ *Ibid.*

demokrasi atau kembali ke otoritarianisme; atau dengan kata lain demokrasi prosedural-lah yang bisa memperlihatkan arah atau kecenderungan politik dan hukum yang sedang dituju; apakah proses demokrasi atau transisi demokrasi kuat ke arah terbangunnya demokarasi sesungguhnya atau justru membalik jarum sejarah; kembali ke kekuasaan non demokratis.

Di luar perdebatan tersebut, situasi tidak adanya partai yang kokoh dengan agenda pembaruan yang jelas, tidak adanya partai dengan agenda pembaruan *rule of law*, rendahnya pencapaian pemerintah dalam memenuhi hajat hidup orang banyak setelah didera oleh krisis ekonomi pada tahun 1997/1998, kegagalan negara menghargai pluralisme bagi seluruh warganya⁸¹, serta kelemahan pemerintah dalam menerapkan prinsip "hukum sebagai panglima", menjadi fakta lain yang membayangi transisi demokrasi di Indonesia.

Situasi demikian potensial membuat proses demokrasi yang sedang berjalan ini akan layu sebelum berkembang, atau dalam istilah Georg Sorensen⁸² demokrasi beku (*frozen democracies*) atau demokrasi lemah, demokrasi tidak solid atau demokrasi yang rentan (*fragile democracy*)⁸³. Orde yang tua sudah ambruk, tetapi yang baru tidak kunjung lahir. Jadi ada suasana kekosongan yang menakutkan. Pemilu yang mengusung harapan terwujudnya demokrasi prosedural berlangsung transparan, fair, adil dan damai sebagai jalan konsolidasi demokrasi⁸⁴ bagi kekuatan-kekuatan sipil dengan

kecemasan menjadi moment konsolidasi kekuatan-kekuatan lama, atau setidaknya modifikasi dari otoritarianisme Orde Baru⁸⁵. Inilah warisan yang paling mengerikan dari suatu masyarakat sipil yang *disorganized* yang dihasilkan oleh Orde Baru sepanjang sejarah kekuasaannya.

Dengan kecemasan yang serupa, Vedi R Hadits⁸⁶ secara tegas menyatakan bahwa Pemilu paska Orde Baru, terutama Pemilu 2004 tidak besar maknanya bagi proses demokrasi di Indonesia.⁸⁷ Bahkan menurutnya "transisi" di Indonesia telah berakhir, dan hasilnya bukanlah "demokrasi liberal", tetapi suatu sistem yang ciri, pola, logika dan dinamika mendasarnya dibentuk dan dijalankan oleh politik uang dan kekerasan⁸⁸, meskipun semenjak tahun 1990 menurut Diamond⁸⁹, terdapat lompatan hampir 20 persen adanya negara-negara yang melaksanakan *electoral democracy*, dan semenjak tahun 1995 praktis seluruh dunia melaksanakan *electoral democracy*,

fase III dari Pemilu setelah sebelumnya dilakukan Fase I Pemilu mengakhiri pemerintahan non-demokratik lalu pemilu fase ke II, melantik pemerintahan demokratik. Secara lengkap Baca Analisis CSIS, Tahun XXII/2003 No. 2. hlm. 203.

⁸⁵ Analisis menarik tentang proses demokrasi yang sedang berlangsung di Indonesia baca Ignas Kleden dan Leo Agustiono dalam Analisis CSIS.....*op. cit.* hlm. 160-191.

⁸⁶ Vedi R Hadits, dalam "Gerakan Demokrasi di Indonesia Paska Soeharto", dalam AE. Priyono, *op. cit.*, hlm. 61.

⁸⁷ Pandangan tersebut muncul sebagai reaksi atas proses dan hasil Pemilu 1999 yang menghadirkan dua sisi paradoksal. Sisi pertama, masyarakat berharap pemilu 1999 sebagai kesempatan baru untuk mengakhiri kemelut krisis ekonomi-politik, harapan lahirnya pemimpin-pemimpin baru yang betul-betul mampu menciptakan keamanan, kesejahteraan dan seterusnya. Dan sisi kedua, gagasan ideal demokrasi tentang Pemilu justru mengalami deteorasi dan anomali. Salah satu penyebab anomali adalah ketiadaan visi dan misi bersama untuk apa Pemilu digelar.

⁸⁸ Vedi R Hadits *op.cit.* hlm. 62.

⁸⁹ Larry Diamond, *op. cit.*, hlm. 15.

⁸¹ Kesukaran pemerintahan paska Soeharto menghapus soal ini tidak lepas dari kebijakan politik Orde Baru yang berorientasi pada negara kuat demi menopang proses pembangunan ekonomi yang mengikuti jalan kapitalisme terpimpin (*state-led capitalist development*). Analisis menarik dapat dibaca dalam AS. Hikam, *Politik Kewarganegaraan Landasan Redemokratisasi di Indonesia*, Erlangga, 1999, hlm. 2 dst.

⁸² Georg Sorensen, *op. cit.* hlm. Xiii.

⁸³ Lihat "Menuju Pemilihan Umum Transformatif, IRE, *Annual Report 2003/2004*, hlm. 16.

⁸⁴ Konsolidasi demokrasi menurut Gregorius Sahdan berada pada

termasuk Indonesia pada tahun 1999. Namun pada saat bersamaan Diamond pun mencatat kecenderungan yang kontradiktif: di satu pihak terjadi pertumbuhan demokrasi elektoral, tetapi di lain pihak terjadi stagnasi dalam demokrasi konstitusional (liberal).

Kecenderungan terjadinya stagnasi pencapaian demokrasi liberal merupakan petunjuk dari terjadinya kedangkalan demokratisasi (*shallowness of democratization*) dalam periode akhir dari gelombang ketiga. Selama enam tahun pertama dari 1990-an, jarak antara demokrasi elektoral dan demokrasi konstitusional semakin melebar. Dari seluruh proporsi negara demokrasi di dunia, negara "bebas" menurun dari 85 persen pada 1990 menjadi 65 persen pada 1995. Proporsi tersebut meningkat menjadi 69 persen pada 1997, dan semakin signifikan menjadi 74 persen pada 1998.⁹⁰ Situasi kontradiktif seperti itu menunjukkan, bahwa semakin banyak negara yang gagal memetik keuntungan dari demokrasi elektoral dan bahkan menghasilkan pemerintahan yang tidak efisien, korup, rabun, tidak bertanggung jawab, dan didominasi oleh kepentingan jangka pendek. Situasi ini melahirkan kekhawatiran akan terjadinya arus balik yang disebut Diamond sebagai "*the third reverse wave*".

Banyak argumentasi diajukan dari banyak pengamat untuk menjelaskan ketidakpuasan proses transisi demokrasi di Indonesia, yang dalam pengamatan Mohtar Mas'oed mengalami apa yang disebutnya dengan 'kelumpuhan politik'. Hal tersebut menurutnya karena dua hal. *Pertama*, transisi demokrasi banyak diwarnai oleh kompromi akibat ketidakmampuan memutuskan hubungan dengan sisa-sisa Orde Baru. *Kedua*, kurangnya dukungan budaya demokrasi yang dikembangkan terutama dalam mendukung fondasi

demokrasi yang telah dikembangkan sejak akhir 1990-an.⁹¹ Apa yang dialami Indonesia itu menurutnya sesuatu yang lazim terjadi dan dihadapi oleh negara-negara yang mengalami transisi.⁹²

Di negara yang masih ditandai oleh tingginya tingkat buta huruf, rendahnya pendidikan, buruknya kondisi ekonomi, lebarnya kesenjangan sosial, dan mentalitas otoritarian, wilayah politik masih merupakan hak istimewa milik sekelompok kecil elit politisi. Di samping itu, sejarah politik Indonesia sejak zaman pra-penjajahan hingga kemerdekaan tidak pernah mengalami gaya-gaya pemerintahan selain patrimonialisme dan otoritarianisme. Jadi, eksperimen demokratis ditakdirkan untuk gagal "begitu sejarah Indonesia (terutama Jawa) menemukan kembali tambatan masa lalunya". Meskipun demikian, transisi demokrasi Indonesia telah siap untuk dikonsolidasikan. Namun perkembangan ini hanyalah tahap awal dari proses panjang menuju konsolidasi demokrasi.

Tahap konsolidasi menghendaki perhatian pada segi-segi substantif, karena di benak kebanyakan rakyat yang telah lama mengalami penindasan, ketidakadilan dan kemiskinan, demokrasi melambangkan lebih dari sekadar penghapusan institusi-institusi politik yang represif dan penggantian

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Mohtar Mas'oed, "Pesimisme Nasional, Optimisme Lokal? Perkembangan Politik di Indonesia Sejak 1998", dalam Pradjarta Dirdjosanjata dan Nico L. Kana (Penyunting), *Demokrasi dan Potret Lokal Pemilu 2004*, Pustaka Percik, Salatiga, 2006, hlm. Xiii.

⁹² Penjelasan menarik tentang demokrasi yang sedang berlangsung di Indonesia dapat dibaca dalam Bob S. Hadiwinata dan Christopher Schuck, "Mapping Indonesia's Way Toward Democracy: In Search of a Theoretical Frame", dalam Bob S. Hadiwinata dan Christopher Schuck (eds), *Democracy in Indonesia, The Challenge of Consolidation*, Baden-Baden, Nomos, 2007, hlm. 11.

pemimpin-pemimpin otoriter. Demokrasi merepresentasikan kesempatan dan sumberdaya bagi perbaikan kualitas hidup serta bagi kehidupan sosial yang lebih adil dan manusiawi. Oleh karena itu, konsolidasi demokrasi harus menjamin terwujudnya esensi demokrasi: pemberdayaan rakyat dan pertanggungjawaban sistemik. Konsolidasi demokrasi memprasyaratkan perubahan mendasar berdimensikan struktural dan kultural.

Dari sekian banyak prasyarat itu, hal pertama yang harus diwujudkan adalah soal konsensus elit, atau persetujuan elite. Hal ini melibatkan pengambil keputusan tingkat tinggi, pemimpin organisasi, politisi, petinggi pemerintah, kaum intelektual, pebisnis, dan pembentuk opini. Keyakinan mereka pada demokrasi akan membuat demokrasi berjalan dan menihilkan kemungkinan kembalinya otoritarianisme.

Persetujuan elite adalah hal yang jarang terjadi dan susah dicapai; mendamaikan elite yang berseteru untuk bernegosiasi tentang perbedaan mereka bukan hal gampang. Bila tercapai, menurut Burton dan Higley, akan ada dua akibat penting, yaitu: (1) Terbentuknya pola kompetisi politik damai dan terbuka antara para elite, dan (2) Terjadi transformasi ketidakstabilan politik menuju kestabilan yang berakibat pada rendahnya pengambilan kekuasaan secara paksa dan tidak disangka-sangka.⁹³

Persetujuan elite merupakan faktor krusial yang memberi andil besar pada kegagalan eksperimen demokrasi Indonesia di masa lalu. Namun gelombang demokratisasi pada era reformasi ini menunjukkan perkembangan positif dalam kemauan yang lebih luas di kalangan elit politik untuk mencapai konsensus.

Adanya konsensus elite itu ditandai oleh: *Pertama*, persetujuan para elite melakukan perubahan cukup mendasar pada konstitusi melalui amandemen beberapa pasalnya,

⁹³ Michael G. Burton, and John Higley, "Elite Settlements," *American Sociological Review*, VI.52 June 1987, hlm. 295.

dengan resistensi yang sangat minimal. *Kedua*, ada kesepakatan dari para pemegang senjata dengan para elite negeri untuk tidak menghalangi atau membatasi proses demokratisasi.⁹⁴ *Ketiga* adalah desentralisasi dan distribusi kekuasaan politik sebagai upaya menjaga kesatuan negara. *Keempat*, tercapai satu kesepakatan diantara para elite individu maupun kolektif untuk loyal pada institusi dan praktik demokrasi.⁹⁵ Terakhir, dan dihubungkan dengan poin keempat, kesetiaan pada praktik dan institusi demokrasi dengan mengabaikan latar belakang ideologis dan identitas, mengantarkan proses pemoderasian pemikiran dan ideologi yang berada di ujung spektrum berbeda.

Elite politik yang berseberangan pun pada akhirnya dipaksa oleh keniscayaan sejarah dan kekuatan demokratis untuk melakukan pendekatan dan relasi yang kemudian memoderasi kekentalan pemikiran dan ideologi mereka. Indonesia dengan lanskap politik yang menghalangi ekstremitas, membuat konflik politik mengambil posisi moderat karena tipisnya perbedaan ideologi yang timbul diantara para pemain politik. Konflik politik yang jamak lahir dari pemikiran dan laku politik ekstrim para pemimpinnya, seiring dengan pergeseran menuju moderasi, mengakibatkan

⁹⁴ Walaupun masih memiliki modal politik dan posisi tawar yang tinggi, sebagai salah satu aktor terpenting dalam jagat perpolitikan Indonesia, kerelaannya untuk kembali ke barak, menjadi tentara profesional, tunduk di bawah kekuasaan sipil, dan mengawal demokrasi merupakan kontribusi tidak ternilai bagi bangsa.

⁹⁵ Apapun latar belakang ideologis dan kepentingan mereka, ada semacam kesepakatan bahwa institusi dan praktik demokrasi membantu tercapainya kemaslahatan umum, dan setia pada institusi dan praktik demokrasi ini menjadi kebutuhan dan keniscayaan. Tanpa ada komitmen dan kepercayaan pada demokrasi dari para elite politik, demokrasi hanya akan tinggal wacana.

mereka bersedia bernegosiasi dan berkompromi selaras dengan keinginan konstituennya.

Konsolidasi demokrasi Indonesia, seperti di negara-negara Amerika Latin, menemui kendala yang cukup besar pada proses "institusionalisasi" demokrasi yang masih belum mapan. Institusionalisasi adalah proses penguatan institusi demokrasi yang dibentuk selama transisi regime melalui pendesainan ulang dan internalisasi aktor-aktor sosial-politik. Proses ini bisa berjalan bila "infrastruktur institusional demokrasi" eksis, dan didukung oleh faktor-faktor, seperti masyarakat madani yang berdaya, partai politik yang berfungsi, budaya politik yang independen, pemerintahan yang menjunjung hukum, dan ekonomi yang efisien. Sukses konsolidasi demokrasi terjadi bila institusi-institusi bentukan proses transisi demokrasi bertransformasi menjadi satu kerangka insitusional mapan yang terinternalisasi mendalam pada para aktor sosial dan politik. Dengan kata lain, "demokrasi terkonsolidasikan bila ia menjadi satu-satunya aturan yang berlaku."⁹⁶

Mengingat institusionalisasi tidak akan pernah mencapai titik ideal, maka konsolidasi demokrasi pun sukar meraih titik maksimum.⁹⁷ Oleh sebab itu pemerintahan demokratis dianggap terkonsolidasikan bila "semua grup politik memahami dasar-dasar institusi politik sebagai satu-satunya struktur absah untuk kompetisi politik, serta menjunjung aturan main demokratis."⁹⁸ Jadi, demokrasi akhirnya "terinternalisasikan secara mendalam dalam kehidupan sosial, institusional dan psikologis serta dalam

kalkulasi untuk meraih kesuksesan politik para aktor individual maupun kolektif."⁹⁹

Supaya internalisasi berhasil, lima syarat yang berhubungan dengan infrastruktur institusional demokrasi harus ada: (1) adanya masyarakat madani yang independen dan sehat; (2) keberadaan masyarakat politik yang lumayan otonom; (3) supremasi hukum eksis; (4) munculnya birokrasi negara yang melayani otoritas demokratis; dan (5) terbentuknya ekonomi terinstitusionalisasikan.¹⁰⁰

Aspek lain yang sangat menentukan sukses tidaknya transisi dan konsolidasi demokrasi di Indonesia adalah bagaimana pemerintahan paska Soeharto menyusun disain penghormatan, perlindungan dan penegakan HAM. Meskipun berkuasa hanya 512 hari, kebijakan-kebijakan awal B.J. Habibie sangat penting artinya bagi pemerintahan berikutnya menyusun agenda politik hukum HAM lebih lanjut.

Transisi dan konsolidasi menuju demokrasi pada negara baru yang mewarisi hutang kejahatan kemanusiaan nyaris selalu dalam proses dan hasil negosiasi dengan kekuatan-kekuatan yang ada di belakang rezim otoriter sebelumnya. Konsolidasi demokrasi akan dibatasi dalam berbagai hal, seperti misalnya ruang gerak untuk melaksanakan hukum, terutama yang secara khusus diarahkan untuk mengadili kejahatan kemanusiaan yang mereka lakukan. Pilihannya terkadang bukan memilih antara keadilan atau kebenaran, tetapi ketepatan mengambil langkah-langkah yang mungkin dapat dikerjakan dan paling kondusif untuk membangun kembali tatanan moral dan hukum berdasarkan situasi-situasi khusus yang dihadapi. Apa yang dibutuhkan dalam situasi transisi politik menurut Iddhal Kasim seringkali merupakan kombinasi dari "apa yang ideal" dengan "apa yang mungkin dilakukan".¹⁰¹

⁹⁶ Adam Przeworski, *Op.Cit.*, hlm. 26.

⁹⁷ Richard Gunther, Nikiforos Diamandouros dan Hans-Jürgen Puhle, *The Politics of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1995, hlm. 3.

⁹⁸ *Ibid*, hlm. 7.

⁹⁹ Juan Linz dan Alfred Stepan, *Problems..op.cit.* hlm. 6.

¹⁰⁰ *Ibid*, hlm. 7,13, 15

¹⁰¹ Iddhal Kasim & Eddie Riyadi Terre (Ed) , *op.cit.*, hlm. 28.

E. Demokrasi dalam UUD 1945 Perubahan

Prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat dapat menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang diterapkan dan ditegakkan benar-benar mencerminkan perasaan keadilan masyarakat. Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan atau hanya untuk kepentingan penguasa. Hal ini bertentangan dengan prinsip demokrasi. Hukum tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan beberapa orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan keadilan bagi semua orang.

Perubahan UUD 1945, selain merubah norma-norma yang memungkinkan prinsip-prinsip negara hukum dapat diwujudkan, juga merubah norma-norma demokrasi agar demokrasi prosedural dan demokrasi substantif juga dapat diwujudkan. Kalau diperhatikan secara menyeluruh, materi perubahan Pertama, Kedua, Ketiga dan Keempat UUD 1945 meliputi:¹⁰² (1) mempertegas pembatasan kekuasaan presiden. Jika sebelum perubahan, UUD 1945 memberikan kekuasaan kepada lembaga kepresidenan begitu besar (*executive heavy*), yang meliputi kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif sekaligus, tetapi kini kekuasaan presiden terbatas pada kekuasaan eksekutif saja; (2) mempertegas ide pembatasan kekuasaan lembaga-lembaga negara, hal ini terlihat dalam pengaturan tentang kewenangan lembaga negara yang lebih terinci; (3) menghapus keberadaan lembaga negara tertentu (dalam hal ini DPA), dan membentuk lembaga-lembaga negara yang baru seperti Mahkamah

¹⁰² Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Edisi Revisi, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 35-62. Baca juga Krisna Harahap, 2004, *Konstitusi Republik Indonesia Sejak Proklamasi Hingga Reformasi*, terutama bab "Amandemen Undang-Undang Dasar 1945", Grafiti Budi Utami, Jakarta, 2004, , hlm. 51-151.

Konstitusi (MK), Komisi Yudisial (KY), Dewan Perwakilan Daerah (DPD), Komisi Pemilihan Umum (KPU) dan Bank Sentral; (4) mempertegas dan memperinci jaminan terhadap perlindungan HAM warga negara; (5) mempertegas dianutnya teori kedaulatan rakyat, yang selama ini lebih terkesan menganut teori kedaulatan negara. Hal ini terlihat dari dihapusnya klaim politik bahwa MPR adalah "pemegang kedaulatan rakyat sepenuhnya", dimasukkannya konsep pemilihan umum dalam mengisi jabatan anggota DPR, DPD dan DPRD, dan digunakannya sistem pemilihan langsung oleh rakyat untuk mengisi jabatan presiden dan wakil presiden, serta pemilihan kepala daerah dan wakil kepala daerah.

Secara spesifik, amandemen konstitusi Indonesia menghasilkan sejumlah design baru format kenegaraan sebagai berikut.¹⁰³

Pertama, Presiden dan Wakil Presiden dipilih melalui pemilu langsung oleh rakyat, sedangkan kewenangan MPR hanya sebatas melantik Presiden dan Wakil Presiden terpilih saja.¹⁰⁴ Karena itu, masing-masing lembaga negara sama-sama memiliki legitimasi politik yang kuat, dan masing-masing bertanggung jawab langsung kepada pemegang kedaulatan asli yaitu rakyat.¹⁰⁵

¹⁰³ Pembahasan tentang perubahan format kenegaraan sebelum dan setelah perubahan UUD 1945, dapat dibaca: Jimly Asshiddiqie, 2005, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*, Cet. Ke-2, FH UII Press, Yogyakarta, terutama bab "Organ Negara dan Pergeseran-Pergeseran Kekuasaan", hlm. 33-95.

¹⁰⁴ Afan Gaffar, "Amandemen UUD 1945 dan Implikasinya Terhadap Perubahan Kelembagaan", dalam Riza Sihbudi dan Moch. Nurhasim (eds.), *Amandemen Konstitusi dan Strategi Penyelesaian Krisis Politik Indonesia*, AIPI, Jakarta, 2002, hlm. 435-439.

¹⁰⁵ I Made Leo Wiratma, "Mendung Menyelimuti Reformasi Konstitusi: April-Juni 2002", *Analisis CSIS*, Tahun XXXI/2002 No. 2, 2002, hlm. 144-145.

Kedua, kedaulatan rakyat dilaksanakan oleh berbagai lembaga negara sesuai dengan bidang tugasnya masing-masing menurut konstitusi UUD 1945.¹⁰⁶ Hal ini terlihat dari adanya pembagian tugas masing-masing lembaga negara yang makin jelas dan terperinci, sehingga menghindari terjadinya tumpang tindih dan intervensi kewenangan antar lembaga negara (*separation of power*).

Presiden memegang kekuasaan menjalankan pemerintahan, DPR dan DPD dapat mengawasi jalannya pemerintahan yang dilaksanakan oleh Presiden dan kabinetnya, dan lembaga peradilan dalam hal ini MA dan MK memiliki wewenang melakukan kontrol yuridis lewat *judicial review* terhadap kebijakan yang diambil oleh Presiden sebagai pemegang kekuasaan eksekutif, maupun terhadap kebijakan yang dibuat oleh DPR berupa produk undang-undang. Kondisi ini mengarah kepada terciptanya situasi *checks and balances* antar lembaga negara yaitu eksekutif, legislatif dan yudisial.

Ketiga, adanya jaminan terciptanya stabilitas jalannya pemerintahan karena jabatan Presiden dibatasi dalam masa jabatan lima tahun, dan hanya dapat diberhentikan oleh MPR dalam kondisi tertentu saja berdasarkan UUD, serta melalui mekanisme hukum yaitu pembuktian hukum oleh MK.¹⁰⁷ Dengan demikian Presiden tidak dapat diusulkan oleh DPR untuk diberhentikan semata-mata karena alasan konflik politik. Demikian pula Presiden dilarang untuk membekukan dan/atau membubarkan DPR.

Perubahan terhadap UUD 1945 sebanyak empat kali, sebagaimana telah disebutkan di muka mempertegas kerangka hukum (dasar) demokrasi dua hal sekaligus, yaitu demokrasi

prosedural berupa ditetapkannya prosedur dan mekanisme penentuan puncak jabatan politik eksekutif nasional maupun daerah melalui Pemilu langsung oleh rakyat. Perubahan ini menempatkan warganegara sebagai subjek hukum yang memiliki makna dan nilai politik serta hukum sekaligus dalam penentuan jabatan-jabatan politik.

Perubahan UUD 1945 juga menegaskan prinsip perimbangan kekuasaan eksekutif, legislatif dan yudikatif sebagai salah satu esensi demokrasi. Dengan UUD 1945 hasil perubahan tersebut, kekuasaan Presiden menjadi terbatas dalam hal masa jabatan¹⁰⁸ dan penggunaan kekuasaan Presiden, sekaligus juga terkontrol oleh kekuasaan legislatif dan yudikatif. Ketentuan Pasal 7C UUD 1945 tentang larangan bagi Presiden membekukan atau membubarkan DPR menunjukkan eksistensi kelembagaan DPR yang kuat dalam mengawasi Presiden tanpa dihantui ketakutan dibubarkan oleh Presiden, termasuk kewenangan DPR mengusulkan

¹⁰⁸ Berdasarkan Pasal 7 UUD 1945 yang telah diubah, Presiden dan Wakil Presiden memegang jabatan selama lima tahun dan sesudahnya dapat dipilih kembali dalam jabatan yang sama, hanya untuk satu kali masa jabatan saja. Meskipun pasal ini berasumsi masa jabatan Presiden dan Wakil Presiden maksimal 10 tahun (dua kali), tetapi terdapat penafsiran lain bahwa Pasal ini bisa saja diartikan bahwa Presiden dan Wakil Presiden dapat dipilih kembali dalam masa jabatan yang tidak sama setelah masa jabatan yang kedua berakhir. Mungkin saja Wakil Presiden menjabat sebagai Wakil selama 10 tahun, tetapi kemudian menjadi Presiden untuk 10 tahun kemudian. Kalau ini terjadi berarti yang bersangkutan menjabat seluruhnya 20 tahun. Meskipun dalam praktik ketatanegaraan jarang ditemukan kasus seperti itu, tetapi ke depan dalam rangka *ius constituendum* (hukum yang akan datang), konstitusi harus menggariskan ketentuan hukum yang lebih jelas dan limitatif dalam UUD 1945.

¹⁰⁶ Ramlan Surbakti, "Perubahan UUD 1945 Dalam Perspektif Politik", dalam Riza Sihbudi dan Moch. Nurhasim (eds.), *op.cit.* hlm. 485-493.

¹⁰⁷ Leo Agustino, "Pemilihan Presiden Secara Langsung Untuk Indonesia", *Analisis CSIS*, No. 2, Tahun XXXI/2002, hlm. 249.

pemberhentian Presiden¹⁰⁹ jika kinerja tidak baik atau melanggar UUD 1945.

Elemen demokrasi lainnya yang berubah hampir 100% dalam perubahan ketiga UUD 1945 adalah kekuasaan kehakiman yang termuat dalam Pasal 24, 24A, 24B, 24C, dan Pasal 25. Substansi dari perubahan tersebut adalah kemerdekaan kekuasaan kehakiman, sebagai jawaban terhadap kelemahan UUD 1945 sebelum perubahan yang menempatkan kekuasaan kehakiman di bawah kekuasaan eksekutif. Kemerdekaan kekuasaan kehakiman yang diatur dalam perubahan ketiga meliputi kemerdekaan atau independensi struktural, fungsional dan personal.

Independensi struktural kekuasaan kehakiman menempatkan institusi negara ini pada struktur tersendiri yang tidak berada di bawah atau di samping kekuasaan eksekutif dan atau legislatif. Pasal 24 ayat (1)¹¹⁰, (2)¹¹¹ dan

¹⁰⁹ Pasal 7A UUD 1945 "Usul pemberhentian Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat diajukan oleh DPR kepada MPR hanya dengan terlebih dahulu mengajukan permintaan kepada MK untuk memeriksa, mengadili, dan memutus pendapat DPR bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela; dan/atau pendapat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

¹¹⁰ Kekuasaan kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.

¹¹¹ Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

(3)¹¹², Pasal 24A ayat (5)¹¹³, Pasal 24B ayat (1)¹¹⁴ dan ayat (4)¹¹⁵ adalah pasal-pasal yang menegaskan independensi struktural kekuasaan kehakiman. Apa yang ditegaskan dalam pasal-pasal tersebut merupakan legalisasi atas keinginan pembinaan kekuasaan kehakiman dalam satu atap.

Sementara Pasal 24A ayat (1)¹¹⁶, Pasal 24B ayat (1)¹¹⁷, Pasal 24C ayat (1)¹¹⁸, dan Pasal 24C ayat (2)¹¹⁹ adalah pasal-

¹¹² Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dengan undang-undang.

¹¹³ Susunan, kedudukan, keanggotaan, dan hukum acara Mahkamah Agung serta badan peradilan di bawahnya diatur dengan undang-undang.

¹¹⁴ Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.

¹¹⁵ Susunan, kedudukan, dan keanggotaan Komisi Yudisial diatur dengan undang-undang.

¹¹⁶ Mahkamah Agung berwenang mengadili pada tingkat kasasi, menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang, dan mempunyai wewenang lainnya yang diberikan oleh undang-undang.

¹¹⁷ Komisi Yudisial bersifat mandiri yang berwenang mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim.

¹¹⁸ Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap undang-undang dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.

¹¹⁹ Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

pasal yang menjamin kemerdekaan atau independensi fungsional. Sedangkan independensi personal diatur dalam Pasal 24A ayat (2)¹²⁰, dan ayat (4),¹²¹ Pasal 24B ayat (2)¹²², Pasal 24C dan ayat (5)¹²³. Syarat-syarat dan mekanisme penentuan Hakim MA, hakim MK dan anggota KY menunjukkan jaminan kemerdekaan personal, meskipun keterlibatan DPR dalam mekanisme penentuan ketiga lembaga Yudisial itu menjadi faktor yang mereduksi independensi personal ketiga anggota lembaga. Kedepan keterlibatan DPR seharusnya dihilangkan karena dari sudut substansi,¹²⁴ kewenangan¹²⁵ dan eksistensi DPR sebagai representasi Partai Politik, keterlibatan DPR itu justru

¹²⁰ Hakim Agung harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, profesional, dan berpengalaman di bidang hukum.

¹²¹ Ketua dan wakil ketua MA dipilih dari dan oleh hakim agung.

¹²² Anggota Komisi Yudisial harus mempunyai pengetahuan dan pengalaman di bidang hukum serta memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela.

¹²³ Hakim konstitusi harus memiliki integritas dan kepribadian yang tidak tercela, adil, negarawan yang menguasai konstitusi dan ketatanegaraan, serta tidak merangkap sebagai pejabat negara.

¹²⁴ Tidak jelas substansi keterlibatan DPR dalam seleksi anggota MA, MK, KY, KPK, dan Komisi-Komisi negara independen lainnya, karena semua syarat-syarat yang diperlukan bagi seseorang untuk duduk menjadi anggota dari lembaga-lembaga independen tersebut telah dilakukan secara ketat dan berjenjang di Tim Seleksi yang memiliki kapasitas dan kapabilitas melakukan seleksi. Akibatnya seringkali kualitas personal calon yang telah terseleksi dan terpilih di tingkat Tim Seleksi, kalah dengan kepentingan politik DPR yang saling bersaing. Tidak heran jika yang terpilih di DPR adalah mereka yang seringkali berada di peringkat bawah dari Tim Seleksi.

¹²⁵ Kewenangan DPR meliputi: Kewenangan Pengawasan (*Controlling*), kewenangan Anggaran (*Budgeting*), dan

mereduksi substansi dan kredibilitas semangat UUD 1945 Perubahan yang mengedepankan kemandirian kekuasaan kehakiman sebagai salah satu perubahan mendasar dalam negara hukum dan demokrasi yang sedang dibangun.

Kemerdekaan atau independensi kekuasaan kehakiman yang semakin kuat dibanding sebelumnya sesungguhnya memberi harapan bagi tegaknya hukum, keadilan, dan perlindungan HAM, karena dalam sistem negara modern, cabang kekuasaan kehakiman memang harus diorganisasikan tersendiri karena prinsip pemisahan kekuasaan menempatkan kekuasaan kehakiman pada dimensi sangat penting. Di samping itu, kemerdekaan kekuasaan kehakiman itu adalah garansi konstitusional (*consitutional quarrantie*) terhadap tegaknya hukum dan keadilan, garansi bagi proteksi HAM dari kesewenang-wenangan kekuasaan, serta garansi adanya mekanisme memperjuangkan pemenuhan HAM yang diabaikan oleh undang-undang sebagaimana tugas dan kewenangan MK.[]

Kewenangan Pembuatan Undang-Undang (*Legal Drafting*). Dari tiga kewenangan tersebut tidak satupun yang relevan dengan kewenangan menentukan anggota dari lembaga-lembaga negara independen, lebih-lebih anggota dari Lembaga Yudisial seperti MA, MK, dan KY. Memang ada pendapat bahwa keterlibatan DPR itu sebagai wujud dari hak DPR sebagai suara rakyat untuk mengkonfirmasi (*right to confirm*), tetapi dalam praktik yang terjadi tarik menarik kepentingan, yang warna politiknya terlalu kental. Karena itu yang mestinya dikedepankan adalah fungsi pengawasan (*control*) terhadap kinerja lembaga-lembaga negara tersebut, dan bukan menjadi bagian dari seleksi.

Bab III

Negara Hukum dan Hak Asasi Manusia

A. Perkembangan Konsep Negara Hukum

Cikal bakal pemikiran negara hukum yang maju dan berkembang di era modern sekarang ini bermula dari hasil perenungan dua filosof besar Yunani, yaitu Plato (429 SM) dan muridnya Aristoteles (384 SM). Plato dalam salah satu karya besarnya "*Nomoi*" memberikan perhatian yang besar pada hukum dengan menyatakan bahwa penyelenggaraan pemerintah yang baik ialah yang diatur oleh hukum¹.

Pandangan Plato selanjutnya dipertajam oleh Aristoteles, dengan mempertegas makna substansial pandangan gurunya itu dengan menyatakan bahwa negara yang baik adalah negara yang diperintah dengan konstitusi dan berkedaulatan hukum. Untuk menjadi pemerintahan yang berkonstitusi terdapat tiga unsur yang harus terpenuhi. *Pertama*, pemerintahan dilaksanakan untuk kepentingan umum. *Kedua*, pemerintahan dilaksanakan menurut hukum yang berdasar ketentuan-ketentuan umum, bukan hukum yang dibuat secara sewenang-wenang yang menyampingkan konvensi dan konstitusi. *Ketiga*, pemerintahan dilaksanakan atas kehendak rakyat, bukan paksaan seperti yang dilaksanakan pemerintahan dispotis.²

¹ Baca Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, UI Press, Jakarta, 1995, hlm. 19.

² *Ibid*, hlm. 20-21.

Konsep negara hukum, merupakan konstruksi sosial (*social construction*)³ atas realitas sosial politik di era Yunani Kuno dimana dua filosof besar itu hidup dan menjadi bagian dari realitas politik waktu itu. Begitu pula halnya konsep negara hukum yang muncul dan berkembang pada masyarakat Eropa yang mengalami penindasan oleh kekuasaan raja yang absolut. Rakyat menginginkan pengaturan hubungan sesama rakyat melalui hukum karena rakyatlah yang berdaulat⁴. Di dalam ajaran kedaulatan hukum, sumber kekuasaan tertinggi adalah hukum, bukan negara sebagai pemegang kedaulatan⁵. Konsekuensinya, kepala negara harus tunduk kepada hukum.

Konsepsi gagasan kedaulatan hukum kemudian dikenal dan berkembang dalam konsep *rechtsstaat*⁶ dan *rule of law*⁷. Kedua konsep sama-sama diterjemahkan menjadi negara

hukum, sehingga sering dipertukarkan setiap kali menyebut negara hukum, tidak terkecuali oleh ahli hukum tata negara sendiri. Muhammad Yamin⁸ cenderung menggunakan konsep negara hukum sebagai padanan kata *rechtsstaat* atau *government of law*. Sementara Sunaryati Hartono⁹ dan Ismail Sunny¹⁰ lebih condong kepada konsep *rule of law*¹¹.

Pengertian negara hukum—sebagai terjemahan *rechtsstaat* atau *rule of law*—dari para sarjana hukum Indonesia pun berbeda-beda. Mochtar Kusumaatmadja mengartikan negara hukum sebagai negara yang berdasarkan hukum, dimana kekuasaan tunduk pada hukum dan semua orang sama di hadapan hukum¹². Sementara itu, A Hamid S. Attamimi mengartikan negara hukum sebagai negara yang

or predominance of "regular law" as opposed to the influence of arbitrary power and the absence of discretionary authority on the part of government". Kedua, "Equality before the law", dan Ketiga, "The Constitution is the result of the ordinary law of the Land developed by the judges on a case by case basis". Lebih lanjut lihat John Alder, *Constitutional and Administrative Law*, M Macmillan, London, 1989, hlm. 43.

⁸ Lihat Muhammad Yamin, *Proklamasi dan Konstitusi Republik Indonesia*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982, hlm. 72.

⁹ Baca Sunaryati Hartono, *Apakah the Rule of Law*, Alumni, Bandung, 1976, hlm. 35.

¹⁰ Baca Ismail Sunny, *Mencari Keadilan*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982, hlm. 123.

¹¹ Sebagai bahan diskusi lebih lanjut tentang penggunaan konsep *rule of law* oleh para sarjana hukum Indonesia, baca antara lain: Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, Cetakan kedua, 1985; Todung Mulya Lubis, *In Search of Human Rights, Legal Political Dilemmas of Indonesia's New Order, 1966-1990*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1993; Jimly Asshidiqie, *Gagasan loc.cit.*; dan Adnan Buyung Nasution, *loc.cit.*

¹² Mochtar Kusumaatmadja, "Pemantapan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional di Masa Kini dan Masa yang Akan Datang", *Makalah*, Jakarta, 1995, hlm. 1

³ Pembahasan tentang konsep konstruksi sosial dapat dibaca dalam Peter L. Berger dan Thomas Luckman, *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Doubleday & Company, Inc. Garden City, New York, 1966, yang telah diterjemahkan kedalam bahasa Indonesia dengan judul, *Tafsir Sosial atas Kenyataan: Risalah tentang Sosiologi Pengetahuan*, LP3ES, Jakarta, 1990.

⁴ Gagasan negara hukum yang bersumber pada teori kedaulatan rakyat tumbuh dan berkembang dari tradisi Romawi, sedangkan tradisi Yunani kuno menjadi sumber dari gagasan kedaulatan hukum. Lihat Jimly Asshidiqie, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, PT. Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta, 1994, hlm. 11.

⁵ *Ibid.*

⁶ Baca antara lain: O. Notohamidjojo, *Makna Negara Hukum*, Badan Penerbit Kristen, Jakarta, 1970, hlm. 27; Azhari, *Negara op.cit.* hlm. 30, dan baca juga Marwan Effendy, *Kejaksaa RI: Posisi dan Fungsinya Dari Perspektif Hukum*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005, hlm. 13 dst

⁷ Konsep *rule of law* yang dikembangkan Dicey dalam bukunya yang terkenal, "*law of the Constitution*" menyebutkan tiga doktrin yang terkait dengan *rule of law*. Pertama, "*The absolute supremacy*

menempatkan hukum sebagai dasar kekuasaan negara, dan penyelenggara negara kekuasaan tersebut dalam segala bentuknya dilakukan di bawah kekuasaan hukum¹³. Sedangkan Saudargo Gautama mengartikan negara hukum sebagai:

"Suatu negara, di mana perseorangan mempunyai hak terhadap negara, dimana HAM diakui oleh undang-undang, dimana untuk merealisasikan perlindungan hak-hak ini kekuasaan negara dipisah-pisahkan hingga badan penyelenggara negara, badan pembuat undang-undang dan badan peradilan berada pada pelbagai tangan, dan dengan susunan badan peradilan yang bebas kedudukannya, untuk dapat memberi perlindungan semestinya kepada setiap orang yang merasa hak-haknya dirugikan, walaupun andaikata hal ini terjadi oleh alat negara sendiri"¹⁴.

Penggunaan konsep negara hukum sebagai terjemahan dari dua konsep yang berbeda, yaitu *rechtsstaat* dan *rule of law*, secara akademis agaknya tidak terlalu dipersoalkan. Mauro Capelletti¹⁵ dan R. Crinice Le Roy, sebagaimana dikutip Marwan Effendy¹⁶ bahkan menyamakan dan menggunakan kedua konsep secara eklektik, meskipun kedua

konsep tersebut mengandung konotasi dan lahir dari sejarah yang berbeda. Ide tentang *rechtsstaat* mulai populer pada abad ke XVII sebagai akibat dari situasi sosial politik Eropa yang didominasi oleh absolutisme raja¹⁷. Paham *rechtsstaat* dikembangkan oleh ahli-ahli hukum Eropa Barat Kontinental seperti Immanuel Kant (1724-1804) dan Friedrich Julius Stahl¹⁸. Sedangkan paham *the rule of law* mulai dikenal setelah Albert Venn Dicey pada tahun 1885 menerbitkan bukunya *Introduction to Study of The Law of The Constitution*. Paham *the rule of law* juga bertumpu pada sistem hukum *Anglo Saxon* atau *Common Law System*¹⁹, sementara *rechtsstaat* bertumpu pada sistem *Civil Law* atau *Eropa Continental*.

The rule of law menurut A.V. Dicey mengandung tiga arti. Pertama, absolutisme hukum (*the absolute predominance of law*) untuk menentang pengaruh dari *arbitrary power* serta meniadakan kesewenang-wenangan, atau *discretionary authority* yang luas dari pemerintah; Kedua, persamaan dihadapan hukum (*equality before the law*) atau penundukan yang sama semua golongan kepada hukum; Ketiga, konstitusi bukanlah sumber tetapi merupakan konsekuensi dari hak-hak individu yang dirumuskan dan ditegaskan oleh peradilan²⁰. Sementara

¹³ A. Hamid S. Attamimi, "Teori Perundang-Undangan Indonesia", *Pidato yang diucapkan pada upacara Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia* di Jakarta pada tanggal 25 April, 1992, hlm. 8.

¹⁴ Saudargo Gautama, *Pengertian tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1983, hlm. 21.

¹⁵ Baca Mauro Capelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, The Ballbs Merrill Company, Inc, New York, 1971, hlm. 42.

¹⁶ Marwan Effendy, *Kejaksan RI: Posisi dan Fungsinya Dari Perspektif Hukum*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005., hlm. 14.

¹⁷ Padmo Wahjono, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Ind-Hill Co, Jakarta, 1989, hlm. 30. bandingkan dengan Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia; Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, Penerapannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, Bina Ilmu, Surabaya, 1972.

¹⁸ Miriam Budiardjo, *Dasar-Dasar... op.cit.* hlm. 57.

¹⁹ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia; Sebuah Studi Tentang Prinsip-prinsipnya, Penerapannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, Bina Ilmu, Surabaya, 1972, hlm. 72.

²⁰ A.V. Dicey, *Introduction An Introduction to Study of the Law of the Constitution*, 10th edition, English Language Book Society and MacMillan, London, 1971, hlm. 202-203.

rechtstaat memuat empat unsur²¹: *Pertama*, hak-hak asasi manusia; *Kedua*, pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak; *Ketiga*, pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan; *Keempat*, peradilan administrasi dalam perselisihan.

Friedrich Julius Stahl²² menyebutkan adanya empat unsur dalam *rechtstaats*, yaitu: hak-hak asasi manusia, pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu, pemerintah berdasarkan peraturan-peraturan (*wetmatigheid van bestuur*), dan peradilan administrasi dalam perselisihan. Sementara Von Munch²³ berpendapat bahwa unsur negara berdasarkan atas hukum ialah adanya HAM, pembagian kekuasaan, keterikatan semua organ negara pada undang-undang dasar dan keterikatan peradilan pada undang-undang dan hukum, aturan dasar tentang perproporsionalitas (*Verhältnismässigkeit*), pengawasan peradilan terhadap keputusan-keputusan (penetapan-penetapan) kekuasaan umum, jaminan peradilan dan hak-hak dasar dalam proses peradilan, serta pembatasan terhadap berlaku surutnya undang-undang.

Sedangkan *rule of law* menunjuk kepada susunan konstitusional dimana keabsahan tindakan-tindakan otoritas politik pemerintah, termasuk tindakan-tindakan legislatif, dapat diperiksa oleh peradilan yang bebas dan mandiri. Susunan ini didasarkan atas pembedaan antara aturan-aturan hukum konkret, sebagaimana dinyatakan dalam peraturan perundang-undangan dan keputusan-keputusan pengadilan, serta prinsip-prinsip keadilan yang lebih tinggi dan lebih umum; atas dasar mana aturan-aturan hukum konkret dapat dikritik dan diverifikasi. Sedangkan *rechstaat* menunjuk kepada suatu negara dimana tindakan-tindakan otoritas politik

pemerintah diberi bentuk hukum yang umum, dimana pembatasan kekuasaan dibuat dengan maksud membatasi luas lingkup kebijakan negara di dalam pelaksanaannya, sehingga penekanannya pada keteraturan birokratis di dalam administrasi. Lebih lanjut, ideologi *rule of law* secara historis terbentuk di Inggris berkat pengaruh golongan menengah yang menguasai parlemen dan birokrasi kerajaan yang relatif lemah, sedang *rechstaat* Eropa Daratan tumbuh di wilayah kekuasaan birokrasi sentral yang kuat yang tidak dapat didobrak oleh kaum borjuasi, kecuali sekadar dapat diimbau agar memberi konsesi-konsesi²⁴.

Sementara itu, Albert Venn Dicey²⁵ mengasosiasikan *the rule of law* dengan konsep liberalisme dan hak uji material (*judicial review*) terhadap tindakan pemerintah dalam mengeluarkan peraturan. *The rule of law* juga dipertentangkan dengan *the rule of man*²⁶. Jika konsep *the rule of law* menjadi kerangka dan sandaran bagi aktivitas pemerintahan, maka *the rule of man* justru menempatkan kekuasaan (*power*) sebagai dasar aktivitas pemerintahan.

Tetapi apapun perdebatan sejarah dan substansi kedua konsep utama negara hukum tersebut, kajian akademis tentang konsep dan praktik negara hukum terus berkembang seiring dengan dinamika hukum, politik dan ekonomi yang terus berubah di semua negara di dunia, terutama di Asia, Afrika dan Amerika Latin yang baru lepas dari rezim otoritarian.

Desakan untuk menempatkan hukum sebagai supremasi di atas politik merupakan konsekuensi cita negara hukum yang mengemuka segera setelah berakhirnya kekuasaan otoritarian di banyak negara di ketiga benua

²¹ Miriam, *op.cit.*, hlm. 57-58.

²² *Ibid*, hlm. 57.

²³ Budiono Kusumohamidjojo, *Filsafat Hukum; Problemtika Ketertiban yang Adil*, Grasindo, Jakarta, 2004, hlm.36-37.

²⁴ Baca Daniel S Lev, *Hukum dan Politik...op.cit.*, hlm. 416. Baca juga Marwan Effendy, *op.cit.* hlm. 15-29.

²⁵ Lihat A.V. Dicey, *Introduction...op.cit.* hlm. 181-205.

²⁶ Baca Richard H. Fallon, Jr, "*The Rule...op.cit.* hlm. 1-2.

tersebut²⁷. Desakan konseptual dan aksi-kasi nyata untuk mengakhiri dominasi politik (kekuasaan) di era otoritarian itu tidak saja terjadi di Parlemen, tetapi (terutama) di kalangan kekuatan sipil lainnya seperti akademi hukum, Pers, dan Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM).

Fenomena yang terjadi di dunia ketiga itu disebut oleh Daniel S Lev²⁸ sebagai "gerakan-gerakan hukum" guna menundukkan otoritas politik, proses sosial dan ekonomi kepada pembatasan-pembatasan oleh hukum yang secara konseptual otonom dan dilaksanakan oleh lembaga hukum yang juga otonom. Gerakan-gerakan itu kata Lev diarahkan pada perjuangan politik mengenai cara otoritas negara dibentuk dan kekuasaan politik dilaksanakan²⁹.

Secara historis, misi gerakan negara hukum—meminjam Daniel Lev—semenjak Abad ke-XVII di Inggris pada tahun 1688³⁰ hingga di era modern sekarang ini tidak sekadar untuk menundukkan otoritas politik (kekuasaan) di bawah hukum, untuk mendepersonalisasi kekuasaan, untuk menundukkan pelaksanaannya kepada aturan-aturan, tetapi juga untuk melindungi kekuasaan itu sendiri dari tindakan sewenang-wenang dari seorang atau kelompok orang pemegang kekuasaan.

Dengan meletakkan kekuasaan politik di bawah kekuasaan hukum, atau mendepersonalisasi kekuasaan dan

membentuk otoritas impersonal, maka otoritas berada dalam konstitusi, di dalam suatu sistem aturan, di dalam suatu prosedur, sehingga tidak ada manipulasi, penekanan dan intimidasi. Untuk kepentingan kekuasaan hukum, penegakan hukum berada dalam otoritas hukum itu sendiri, tidak dalam pengaruh dan apalagi dalam otoritas kekuasaan politik.

Dalam otoritas hukum itulah, proses penegakan hukum (peradilan) dapat dilaksanakan dengan fair, adil dan transparan; sejalan dengan deklarasi universal HAM Pasal 10 dan Traktat Internasional mengenai hak-hak kewarganegaraan yang menyatakan bahwa "setiap orang berhak dalam kesamaan yang penuh untuk diperiksa secara adil dan di depan umum oleh suatu pengadilan yang bebas dan tidak memihak".

Pondasi bagi prosedur penegakan hukum yang adil sebagai hak mendasar manusia bahkan telah digariskan jauh sebelum deklarasi universal HAM, yaitu dalam Magna Charta (1215). Di sana disebutkan bahwa "tidak ada orang bebas" bisa diambil atau dipenjarakan atau dicabut kebebasannya secara sewenang-wenang. Begitu pentingnya perhatian terhadap hukum (prosedural) ini, Konvensi Hak Sipil dan Hak Politik bahkan meletakkannya sebagai salah satu hak terpenting yang harus dijamin pelaksanaannya oleh setiap negara.

Dalam konvensi itu tegas dinyatakan sebagai berikut: *Pertama*, hak untuk tidak ditangkap dan ditahan sewenang-wenang serta hak untuk tidak diperlakukan semena-mena terhadap orang yang karena alasan-alasan hukum tertentu harus ditahan. Kovenan ini selanjutnya menguraikan agar jika seseorang ditahan, maka harus diberitahu alasan-alasannya; segera dibawa ke pengadilan; diberi kesempatan untuk menguji dasar hukum penahanannya; dan diberi hak atas uang jaminan³¹. *Kedua*, hak atas pemeriksaan pengadilan yang

²⁷ Untuk menyebut beberapa contoh: Afrika Selatan paska berakhirnya politik perbedaan warna kulit; Chili dan Argentina paska kekuasaan junta militer; Filipina dan Indonesia paska kekuasaan otoritarian Ferdinand Marcos dan Soeharto.

²⁸ Daniel S. Lev, *Judicial Authority and the Struggle for an Indonesian Rechtsstaat*, *Law and Society Review*, 13, 1978, hlm. 37-71.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Menurut Azhary yang mengutip Paul Scholten, cita negara hukum pertama kali muncul di abad 17 itu yang memicu Revolusi Industri, Lihat Azhary, *Negara Hukum...op.cit.* hlm. 1.

³¹ Hak baru yang kurang memiliki gaung, tetapi beberapa tahun ini sudah mulai diterima dan dipraktikkan.

cepat agar seseorang segera mendapat kepastian hukum. *Ketiga*, hak atas pemeriksaan pengadilan dengan batas waktu yang layak, terutama bagi mereka yang ditahan³². *Keempat*, hak untuk memperjuangkan atau melawan penahanan di depan pengadilan untuk menjamin penahanan tidak dilakukan dengan melanggar hukum. *Kelima*, hak atas kompensasi kepada mereka yang ditahan secara tidak sah. *Keenam*, hak untuk diadili oleh peradilan yang adil, yang meliputi: kesetaraan diantara pihak-pihak yang terlibat, terutama antara penuntut umum dan terdakwa.³³ *Ketujuh*, pengadilan yang kompeten, independen, dan tidak berpihak. Kompetensi pengadilan tidak hanya kompetensi legal tetapi juga personal, dalam arti ditangani oleh penegak hukum yang memiliki kemampuan ilmu pengetahuan yang cukup. Sedang independen dan tidak memihak dimaknai sebagai pengadilan yang sepenuhnya tunduk pada aturan, bukan pada kekuatan-kekuatan lain yang sifatnya personal maupun institusional.

Dalam Pasal 14 Traktat Internasional mengenai hak-hak warganegara dan politik antara lain disebutkan:

- (1) Semua orang adalah sama di depan pengadilan dan badan-badan peradilan. Diperiksa secara adil oleh suatu peradilan yang legal, bebas dan tidak memihak.
- (2) Setiap orang yang dituduh melakukan tindak pidana berhak untuk diperlakukan berdasar asas praduga tidak bersalah.

³² Dalam konvensi Eropa ditegaskan bahwa terhadap mereka yang ditahan harus dijamin bahwa kasusnya akan mendapat prioritas untuk disidangkan.

³³ Dalam kasus Pataki dan Dunshim, para terdakwa menyatakan, berdasarkan undang-undang Austria mengenai prosedur pidana, mereka tidak berhak diwakili di depan pengadilan banding, sedangkan penuntut umum dapat dan hadir, dan penolakan perwakilan ini melanggar hak mereka atas pemeriksaan pengadilan yang adil. Lihat Ifdhal Kasim, *Hak Sipil dan Politik Esai-Esai Pilihan*, Elsam, Jakarta, 2001, hlm. 197.

- (3) Di dalam menentukan setiap tuduhan pidana, setiap orang berhak mendapat jaminan-jaminan minimum berikut: (a) diberitahu secepatnya dengan bahasa yang ia mengerti tentang tuduhan padanya, (b) memperoleh cukup waktu dan fasilitas bagi persiapan pembelaannya, termasuk berkomunikasi dengan pengacaranya, (c) untuk diperiksa tanpa penundaan yang tidak cukup alasan, (d) untuk diperiksa dalam kehadirannya, (e) untuk memeriksa atau menyuruh memeriksa saksi-saksi yang melawan dia, dan untuk diizinkan kehadiran serta pemeriksaan saksi-saksi yang membantu dia di dalam kondisi yang sama seperti saksi-saksi yang melawan dia, (f) untuk tidak dipaksa memberikan kesaksian melawan dirinya sendiri atau untuk mengaku salah.
- (4) Dalam perkara yang melibatkan orang di bawah umur, harus ditempuh prosedur sedemikian rupa dengan mengindahkan usia mereka.
- (5) Setiap orang yang dijatuhi keputusan bersalah melakukan suatu kejahatan berhak mengajukan upaya hukum.
- (6) Setiap orang yang telah diputus bersalah, tapi kemudian dinyatakan sebaliknya oleh pengadilan lebih tinggi karena adanya kesalahan pengadilan atau karena ada bukti-bukti baru, maka seseorang itu berhak mendapat ganti rugi dan rehabilitasi.
- (7) Seseorang berhak untuk tidak diadili dan atau dihukum kembali untuk suatu kejahatan yang telah mendapat putusan yang berkekuatan hukum pasti atau telah dibebaskan.

Dengan demikian, konstitusionalitas, legalitas, HAM dan peradilan yang independen merupakan elemen-elemen negara hukum³⁴ yang terkait satu sama lain bagi terwujudnya

³⁴ Julius Stahl sebagaimana dikutip Miriam Budiajo menyebutkan unsur-unsur negara hukum: (1) perlindungan HAM; (2)

otoritas hukum itu sendiri, dan dengan demikian menjadi prasyarat terwujudnya proses penegakan hukum yang fair, adil dan transparan. Fokus utama negara hukum dalam konteks sejarah dan politik menjelang abad 19 adalah perlindungan hak-hak individual warga negara terhadap kesewenang-wenangan kekuasaan negara dan alat-alat negara. Itu sebabnya perlindungan hak sipil dan hak politik warganegara ditempatkan sebagai generasi pertama dalam teori HAM; sebagaimana juga kecenderungan ideologi negara hukum yang lebih berorientasi pada perlindungan hukum hak-hak sipil dan hak politik, seperti hak diperlakukan sama di depan hukum, bebas dari perbudakan, bebas dari penyiksaan, bebas dari penahanan sewenang-wenang, dan seterusnya.³⁵

Akhir abad 19, atau awal abad 20, konsep negara hukum memasuki babak baru pemaknaan yang menunjukkan pergeseran peran negara dari sifatnya sebagai penjaga malam, menjaga keamanan dan ketertiban (*nachwachterstaat*) yang cenderung pasif, menuju peran baru yang lebih aktif responsif, dan berorientasi kepada kesejahteraan masyarakat (*welfarestaat*). Dalam konsep lain, perkembangan ini dimaknai juga sebagai pergeseran gagasan negara hukum formal menuju negara hukum material.³⁶

Negara hukum formal ditandai dengan corak pemikiran utamanya pada gagasan pembatasan kekuasaan pemerintah melalui konstitusi tertulis maupun tidak tertulis³⁷. Melalui konstitusi inilah ditentukan batas-batas kekuasaan pemerintah dan jaminan hak-hak politik rakyat, di mana kekuasaan

pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak; (3) pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan; dan (4) peradilan administrasi dalam perselisihan. Lihat Miriam Budiardjo, *Dasar.....op.cit.*, hlm. 57-58.

³⁵ Baca kovenan hak-hak sipil dan hak politik.

³⁶ Lihat Moh. Mahfud, *Demokrasi dan Konstitusi....op.cit.* hlm. 26-30.

³⁷ *Ibid.*

pemerintah diimbangi dengan kekuasaan parlemen dan lembaga-lembaga hukum. Peran pemerintah lebih sebagai pelaksana dari berbagai keinginan rakyat sebagaimana dirumuskan dalam lembaga perwakilan rakyat.³⁸

Konsep negara hukum material lahir sebagai reaksi terhadap gagasan negara hukum formal, yang melahirkan eksese dari industrialisasi paska revolusi industri dan sistem kapitalisme.³⁹ Dalam negara hukum material, negara dituntut aktif mengembangkan segenap upaya mensejahterakan rakyat melalui pengaturan kehidupan ekonomi dan sosial⁴⁰.

Di negara-negara demokrasi maju, gagasan negara hukum demokratis semenjak pertengahan abad 20 telah dijalankan dalam pengertian material yang berorientasi pada pemenuhan keadilan sosial (*social justice*), jauh melampaui ide negara hukum formal. Perkembangan ini didorong oleh kenyataan telah terpenuhi dan terlindunginya hak sipil dan hak politik, serta didasarkan pada keyakinan dan pengalaman empiris negara-negara Eropa Barat di era pra modern bahwa pemenuhan dan perlindungan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya, atau dalam konsep John Locke disebutnya hak milik, sangat menentukan berhak tidaknya warga negara berpartisipasi dalam pemilihan umum.⁴¹

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, hlm. 29.

⁴⁰ Dalam konferensi *International Commission of Jurist* di Bangkok tahun 1965 sebenarnya telah mencuat gagasan untuk memperluas cakupan konsep *Rule of Law*, dan menekankan apa yang dinamakan "*The Dynamic Aspects of the Rule of Law in the Modern Age*" yang menyerukan agar pemenuhan hak-hak sipil politik disertai dengan pemenuhan juga hak-hak social, ekonomi dan budaya. Baca Miriam Budiardjo, *Dasar.....op.cit.*, hlm. 60.

⁴¹ Dalam pandangan John Locke, pentingnya hak milik bukanlah sekadar syarat bagi kewarganegaraan, melainkan hak untuk⁴² Julius Stahl sebagaimana dikutip Miriam Budiardjo menyebutkan unsur-unsur negara hukum: (1) perlindungan HAM; (2) pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak; (3)

Negara hukum di era modern sekarang ini, memang tidak tepat lagi kalau menempatkan negara dan pemerintahannya sebagai institusi pasif, yang kewenangannya dikerangka atau dibingkai dengan hukum agar tidak melakukan penyalahgunaan wewenang, atau kekuasaan secara langsung dan sengaja sebagaimana watak kekuasaan

pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan; dan (4) peradilan administrasi dalam perselisihan. Lihat Miriam Budiarjo, *Dasar.....op.cit*, hlm. 57-58. Baca juga kovenan hak-hak sipil dan hak politik. Lihat 'memilih' di dalam pemilihan umum. Dengan kata lain, kepemilikan atas suatu harta kekayaan tertentu merupakan syarat utama bagi hak untuk berpartisipasi di dalam pemilihan umum, tetapi bukanlah syarat untuk menjadi seorang warga negara karena Locke tidak menyamakan kewarganegaraan dengan hak untuk memilih di dalam pemilihan umum. Karena itu, jika orang sudah menjadi warga negara, tidak otomatis ia akan memiliki hak untuk berpartisipasi di dalam pemilihan umum karena hak tersebut hanya diperoleh ketika orang sudah memiliki harta kekayaan tertentu. Menurut Locke, hak pilih bukan merupakan keniscayaan yang didapat setelah seseorang menjadi warga negara. Hak pilih ditentukan oleh apakah warga negara memiliki harta kekayaan atau tidak. Yang tidak memiliki harta kekayaan, maka ia tidak berhak untuk berpartisipasi di dalam pemilihan umum. Diskusi menarik tentang kaitan hak milik dengan hak-hak sebagai warga negara baca: John Dunn, "Consent in the Political Theory of John Locke", dalam Gordon J. Schochet (Ed), *Life, Liberty, and Property: Essays on Locke's Political Ideas*, Calif: Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971, hlm. 143-146; Crawford B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford University Press, 1962, hlm. 194-271; Frank Marini, "John Locke and Revision of Classical Democratic Theory", dalam *Perspectives in Political Philosophy: Machiavelli through Marx*, David K. Hart (Ed), vol. 2, Holt, Rhinehart, and Winston, New York, 1971, hlm. 170-186.

abad pertengahan⁴². Penyalahgunaan wewenang atau kekuasaan negara atau pemerintah pada abad modern bisa terjadi karena tindakan pembiaran (*by omission*), kelalaian melakukan tindakan pencegahan, kesalahan kebijakan yang menimbulkan kesewenang-wenangan, atau secara sengaja membiarkan negara dan pemerintah tidak terkontrol sehingga melakukan penyalahgunaan wewenang dan kekuasaan dalam berbagai bentuk dan akibat.

Dengan substansi yang relatif sama, Jamil Salmi⁴³ mengidentifikasi jenis-jenis kekerasan dalam masyarakat demokratis modern yang menurutnya merupakan bahaya modern yang jauh lebih membahayakan kemanusiaan dibanding penyalahgunaan wewenang pada masa pra modern, yaitu: *Pertama*, kekerasan langsung berupa pembunuhan individual atau kelompok, seperti pemusnahan etnis, kejahatan perang, pembunuhan massal, dan juga semua bentuk tindakan paksa atau brutal yang menyebabkan penderitaan fisik psikologis seseorang. *Kedua*, kekerasan tidak langsung, yang dapat berupa kekerasan dengan pembiaran seperti membiarkan orang yang seharusnya dapat ditolong, dan kekerasan yang termediasi seperti tindakan pengrusakan alam atau sosial yang menimbulkan bencana dalam waktu tertentu. *Ketiga*, kekerasan represif berupa perampasan hak sipil dan hak politik seperti kebebasan berpikir, berorganisasi, beragama, dan keamanan pribadi. *Keempat*, kekerasan alienatif berupa pencabutan hak pertumbuhan kejiwaan (emosi), budaya atau intelektual.

⁴² Kesewenang-wenangan kekuasaan di era tersebut berupa pembelengguan hak bicara, hak berpendapat, perlakuan diskriminatif atas dasar status sosial, warna kulit, dan agama perbudakan, penahanan tanpa dasar dan proses hukum, dan pembuangan paksa.

⁴³ Baca Jamil Salmi, *Violence and Democratic Society: Hoologanisme dan Masyarakat Demokrasi*, Pilar Media, Yogyakarta, 2005.

Perkembangan sosial, ekonomi, politik dan budaya di era modern sekarang ini, menuntut dilakukannya pemaknaan lebih substansial atas konsep *rechtsstaat*, *the rule of law* atau negara hukum Pancasila sebagaimana diintrodusir sejumlah sarjana hukum Indonesia;⁴⁴ sebagaimana juga pergeseran konsep demokrasi yang juga mengarah pada demokrasi substansial.⁴⁵

Gejala pengingkaran negara-negara demokrasi maju serta negara-negara yang baru keluar dari cengkaman rezim otoriter terhadap konsep negara hukum dan demokrasi yang mereka agungkan, telah dikeritik sebagai kemegahan konseptual yang

⁴⁴ Baca Muhammad Tahir Azhary, *Negara Hukum, Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari segi Hukum Islam, Implementasinya pada periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992, hl. 73-74. Lihat juga Moh. Mahfud MD, *Membangun.... op. cit.*, hlm.50-63.

⁴⁵ Kajian akademis mengenai demokrasi mengenal dua kategorisasi pemaknaan besar, yaitu konsepsi minimalis dan maksimalis. Demokrasi minimalis atau dalam wacana di Indonesia lebih dikenal dengan demokrasi prosedural dikenakan kepada sistem politik yang melaksanakan perubahan kepemimpinan secara reguler melalui suatu mekanisme pemilihan yang berlangsung bebas, terbuka, dan melibatkan massa pemilih yang universal (tanpa perbedaan ras, agama, suku, dan gender). Bagi konsepsi maksimalis pelaksanaan pemilihan umum saja tidaklah cukup bagi suatu sistem politik untuk mendapatkan gelar demokrasi, karena konsepsi ini (yang di Indonesia lebih dikenal dengan peristilahan demokrasi substantif) mensyaratkan penghormatan terhadap hak-hak sipil yang lebih luas dan penghargaan terhadap kaidah-kaidah pluralisme yang mendasar. Diskusi menarik tentang ini baca: Adam Przeworski, dalam Ian Shapiro & Casioano Hacker-Cordon (ed), *"Democracy's Value"*, Cambridge University Press, New York, 1999, hlm. 23-50; dan Fareed Zakaria; *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, W.W. Norton, New York, 2003.

menipu,⁴⁶ karena konsepsi dan implementasi normatif negara hukum dalam undang-undang adalah konstruksi elite kekuasaan, tidak sekali-kali merupakan konstruksi masyarakat. Hukum atau UU, dengan demikian, tidak pernah mencerminkan atau menterjemahkan "*volgeist*" (*the spirit of people*).

Normatifitas negara hukum cenderung mewujudkan menjadi sekadar prosedur, mekanisme atau tata cara yang hanya bisa dinikmati oleh mereka yang memiliki peluang atau kedudukan sosial, ekonomi dan politik tertentu. Sementara bagi mereka yang miskin, dan buta hukum, negara hukum dengan seluruh elemen-elemen dasarnya itu⁴⁷ adalah kemewahan yang tidak terjangkau.

Substansi dari kritik terhadap konsep negara hukum di atas, adalah bahwa agar konsep tersebut tidak lagi dioperasionalisasikan dalam wujud normatif (undang-undang), tetapi secara sadar dikonstruksi berpihak pada pemenuhan hak-hak ekonomi dan sosial masyarakat yang bersifat afirmatif (*affirmative action*), sehingga jaminan hukum atas hak-hak sipil politik menjadi realitas yang sama bagi setiap orang dan setiap warganegara. Dengan kata lain, negara hukum di manapun tidak semata kerangka bangunan formal

⁴⁶ Substansi pandangan Jamil Salmi dalam bukunya yang telah disebutkan di muka sesungguhnya adalah gugatan terhadap (terutama) demokrasi yang sebenarnya adalah kemewahan yang menyemai dan menyembunyikan kekerasan. Kekecewaan masyarakat sipil atas apa yang terjadi di Filipina paska Ferdinand Marcos dan di Indonesia setelah 10 tahun kejatuhan Soeharto adalah sebagian kecil dari contoh kegagalan negara hukum.

⁴⁷ Elemen-elemen negara hukum yang sering dikemukakan para ahli antara lain: perlindungan hak asasi manusia, pembagian kekuasaan, pemerintahan berdasarkan undang-undang, peradilan tata usaha Negara, supremasi hukum, persamaan di muka hukum, dan peradilan yang fair dan adil (*Due Process of Law*).

yang terdiri atas konstitusi, undang-undang, peraturan-peraturan, dan badan-badan seperti, pengadilan, parlemen, dan pemerintah. Tetapi lebih dari itu, yaitu bangunan negara hukum dengan landasan sosial, budaya dan ekonomi yang kuat yang diperlukan bagi kelangsungan hidup negara hukum itu sendiri. Pada tahap ini benarlah yang dikatakan oleh Francis Fukuyama ketika dia berbicara tentang modal sosial (*social capital*).

Modal sosial menurut Fukuyama adalah “serangkaian nilai atau norma-norma informal yang dimiliki bersama di antara para anggota suatu kelompok yang memungkinkan terjalannya kerjasama diantara mereka”⁴⁸. Tetapi modal sosial saja tidak cukup kata Fukuyama, dibutuhkan saling percaya (*trust*) karena *trust* adalah “harapan-harapan terhadap keteraturan, kejujuran dan perilaku koperatif yang muncul dari dalam komunitas yang didasarkan pada norma-norma yang dianut bersama oleh anggota komunitas itu”.⁴⁹ Kalau sebuah komunitas, bangsa atau negara miskin modal sosial, dan rendah tingkat kepercayaan umumnya, maka bangsa itu menyerupai komunitas mafioso di Italia⁵⁰.

⁴⁸ Baca Francis Fukuyama, *Trust: Kebijakan Sosial dan Penciptaan Kemakmuran*, CV. Qalam, Yogyakarta, 2002, hlm. xii.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. xiii.

⁵⁰ Sebuah kisah nyata yang dramatis tentang akibat miskin modal sosial dan rendahnya tingkat kepercayaan umum dilukiskan oleh Diego Gambetta berikut ini: “seorang mantan bos (mafia) Italia mengingat kenangan ketika ia masih kanak-kanak. Ayahnya, yang juga bos mafia, saat itu menyuruhnya memanjat tembok yang cukup tinggi. Tanpa berpikir panjang, si anak segera memanjatnya. Sesampainya di atas, si Ayah segera menyuruhnya melompat turun. Tentu saja dia bingung. Tetapi si Ayah bersikeras menyuruhnya melompat, sambil berjanji akan menangkap tubuhnya dari bawah. Akhirnya, ia teryakinkan oleh janji Ayahnya. Beberapa saat kemudian, dengan posisi terjun payung, ia melompat ke arah Ayahnya yang sudah siap pada

Negara hukum modern—sebagaimana telah disinggung di muka—tidak semata-mata mengembangkan kekuasaan hukum yang mereduksi kesewenang-wenangan negara, tetapi juga mengembangkan keadilan antar hubungan sosial, melindungi yang lemah dan miskin dari yang kuat dan yang kaya. Oleh karena itu pertanyaan tentang jenis perlindungan apa yang diperlukan harus mendengar dan mempertimbangkan pandangan mereka, dan bukan dari pandangan pemerintah, pandangan dari yang berkuasa dan dari yang kaya. Jika tidak demikian, maka hukum menurut Habermas⁵¹ akan menjadi sarana integrasi sosial yang ambigu karena prosedur pembentukan hukum tanpa legitimasi yang kuat dari masyarakat akan mudah diselewengkan demi kepentingan-kepentingan parsial dominatif pihak lain. Habermas menambahkan, dalam masyarakat plural yang demokratis, legitimasi diraih dari suara mayoritas yang diperoleh dari pemilihan umum yang bebas, setara dan rahasia.⁵² Dalam konteks pandangan tersebut, menjadi jelas arti penting demokrasi politik bagi bangunan negara hukum dan konstruksi hukum (UU), karena dari sanalah sublimasi kepentingan rakyat yang harus dihormati, dilindungi dan dikerangka pemenuhannya oleh undang-undang dapat dilakukan.

posisi menangkap. Tetapi seketika si anak melompat, anehnya, si Ayah secepat kilat menghindar. Tentu saja tidak ada kesempatan bagi dirinya untuk memperbaiki posisi. Hidungnya mencium tanah, patah dan berdarah. Tangannya terkilir dan memar. Napasnya berhenti sejenak. Untung tulang rusuknya tidak patah. Setelah sadar, dengan napas tersengal dia segera bangun dan memprotes: “Bapak sengaja mau mencelakkan saya ya?” Dengan wajah tanpa dosa si Ayah menjawab “Kamu harus belajar tidak percaya, sekalipun pada ayahmu sendiri!”. Baca Fukuyama....*ibid.*, hlm. xji.

⁵¹ Jurgen Habermas, *Between Facts and Norm*, Polity Press, London, 1996. hlm. 348.

⁵² *Ibid.*, hlm. 291.

Di Indonesia saat ini secara formal kita telah mempunyai Konstitusi pembaruan yang direvisi berdasarkan konstruksi sosial atas pengalaman pahit 32 tahun di bawah rezim otoritarian Orde Baru. Konstitusi pembaruan ini lebih mengakui dan menjamin persamaan hak, kedudukan, dan tanggungjawab bagi setiap peserta dalam proses politik. Namun secara material tidak dapat dibantah masih adanya kelompok-kelompok dominan, sisa kekuatan rezim Orde Baru yang ternyata masih memonopoli jalan menuju kekuasaan. Kelompok-kelompok dominan ini mempunyai akses yang luas pada sumberdaya ekonomi dan politik yang acap memustahilkan perwujudan kedaulatan hukum (*the Autonomy of Law*) sebagaimana cita-cita reformasi. Selain itu elemen-elemen budaya yang belum tercerahkan dan terbebaskan merupakan hambatan nyata bagi tegaknya negara hukum Indonesia.

B. Negara Hukum di Era Orde Baru

Perwujudan ide negara hukum di Indonesia semenjak kemerdekaan hingga akhir Orde Baru mengalami fluktuasi yang cenderung turun sampai derajat paling rendah, terutama dekade 1960-an ketika Soekarno menetapkan Demokrasi Terpimpin dan mengangkat dirinya sebagai Presiden seumur hidup⁵³, membubarkan parlemen⁵⁴, dan mengkooptasi

kekuasaan kehakiman;⁵⁵ serta dekade 1980 hingga 1990-an pada saat Presiden Soeharto mengkonstruksikan negara hukum sebagai bagian dari politik stabilitas kekuasaannya, yang dalam bahasa Dwight King⁵⁶ disebutnya sebagai negara dengan *bureaucratic Authoritarian Regime* atau dalam konstruksi Guillermo O'Donnell disebutnya dengan negara otoriter birokratik.⁵⁷

Dengan kekuasaan yang begitu besar dan terpusat, penguasa Orde Baru selalu melakukan monopoli interpretasi (*hegemony of meaning*) atau mendominasi seluruh wacana kenegaraan, terutama dalam bidang hukum. Kekuasaan Presiden menjadi sangat besar, jauh melebihi kekuasaan yang dimiliki legislatif dan yudikatif. Berdasarkan Pasal 5 UUD 1945, Soeharto juga memfungsikan diri secara efektif sebagai pemegang kekuasaan membentuk undang-undang, yang dalam praktik justru merupakan kekuatan utama yang mengatasi kewenangan DPR.

Para ahli ilmu politik dan hukum tata negara telah lama mengkonstatir bahwa pasang surut negara hukum Indonesia tidak lepas dari ambiguitas konsep negara hukum yang dirumuskan di dalam UUD 1945 itu sendiri. Rumusan dalam

⁵³ Lihat Tap MPRS No. III Tahun 1963 tentang Pengangkatan Pemimpin Besar Revolusi Indonesia, Mr. Soekarno, sebagai Presiden Seumur Hidup. Tap tersebut berbunyi: "Dr. Ir. Soekarno (Mr. Soekarno), Pemimpin Besar Revolusi Indonesia, yang sekarang Presiden Republik Indonesia, dengan rahmat Tuhan Yang Maha Esa dengan ini menjadi Presiden Indonesia seumur hidup".

⁵⁴ Baca Dekrit Presiden No. 3 Tahun 1960 tentang Pembubaran DPR.

⁵⁵ Dalam Pasal 19 UU No. 19 Tahun 1964 tentang Kekuasaan Kehakiman menyatakan: "demi kepentingan revolusi, kehormatan negara dan bangsa, atau kepentingan masyarakat yang mendesak, Presiden dapat turut atau campur tangan dalam soal-soal pengadilan".

⁵⁶ Baca Dwight King, 'Indonesia's New Order as a Bureaucratic Polity a Neopatrimonial Regime or Bureaucratic Authoritarian Regime: What Difference Does it Make? Dalam B. Anderson, and Kahin, A (eds), *Interpreting Indonesian Politics: Thirteen Contributions to the Debate*, Cornell Modern Indonesia Project, Ithaca, 1992.

⁵⁷ Baca Guillermo O'Donnell, *Modernization and Bureaucratic Authoritarian: Studies in South American Politics*, University of California, Berkeley, 1973.

penjelasan UUD 1945 yang menyatakan "Indonesia ialah negara yang berdasarkan atas hukum (*rechtsstaat*), dan tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*)" menunjukkan dua hal. *Pertama*, secara sadar menempatkan "*machtsstaat*" sebagai yang primer dan "*rechtsstaat*" sebagai hal yang sekunder⁵⁸, dan *kedua*, kekuasaan adalah lingkaran besar, sementara hukum (negara hukum) adalah lingkaran kecil yang berada dalam lingkaran besar. Pergulatan hukum dan kekuasaan setelah dekrit Presiden 5 Juli 1959, justru semakin mengokohkan warna kekuasaan dan memburamkan warna hukum, yang pada perkembangannya menjadi bagian yang memperkuat warna kekuasaan.

Kontruksi nilai yang dibangun dalam UUD 1945 ini juga bersifat *state oriented* yang membuka peluang bagi lahirnya sistem politik otoriter, monolitik dan sentralistik. Hal ini dapat dilihat dari sistematikanya yang lebih dahulu membicarakan soal negara/institusi negara daripada soal HAM, pengaturan sistem pemerintahan yang memberi kekuasaan begitu besar kepada presiden (*executive heavy*) dengan mereduksi prinsip kedaulatan rakyat kepada lembaga yang bernama MPR. Format semacam ini jelas meniadakan kontrol dan peran rakyat terhadap penyelenggaraan kehidupan bernegara

Pada masa Orde Lama gagasan negara hukum tenggelam dalam arus ideologi patrimonialisme Demokrasi Terpimpin. Rezim Demokrasi Terpimpin yang otoritarian itu berusaha mengubur habis gagasan dan konsep negara hukum, dengan memberikan tafsir otoritarianistik UUD 1945 sebagai dasar untuk mengabsahkan praktik ketatanegaraan yang sesungguhnya menyimpangi konstitusi tersebut.

Ketika rezim Demokrasi Terpimpin ambruk seketika itu pula para mahasiswa, intelektual, golongan profesi, dan masyarakat politik Indonesia menggemakan kembali gagasan

dan konsep negara hukum. Gagasan dan konsep negara hukum melandasi tuntutan pelaksanaan UUD 1945 secara murni dan konsekuen yang disampaikan oleh berbagai aktor politik pada waktu itu. Dukungan masyarakat luas terhadap rezim Orde Baru karena pada awalnya rezim ini menjanjikan pemulihan kehidupan negara hukum yang demokratis sesuai dengan UUD 1945.

Pada awal Orde Baru memang dilakukan penataan kembali fungsi-fungsi kekuasaan negara, seperti eksekutif, legislatif, dan yudikatif yang pada era demokrasi dipimpin dicampur-adukan. Pada awal Orde Baru itu pula dibangun sistem kekuasaan kehakiman yang otonom yang secara formal menutup intervensi eksekutif ke badan yudikatif. Tidak pula dapat disangkal penguasa baru pada saat itu bersikap toleran terhadap kebebasan berekspresi, khususnya kebebasan pers. Namun masa berkembangnya harapan bagi perwujudan konsep negara hukum yang demokratis itu tidak berlangsung lama. Dengan segera setelah penguasa Orde Baru berhasil melalui tahap konsolidasi kepentingan dan kekuasaannya kita menyaksikan berkembangnya suatu sistem politik yang mengarah pada otoritarianisme baru.

Kelemahan konstitusi sebagaimana dikonstruksikan dalam pasal-pasal di dalam UUD 1945 telah dicatat oleh banyak ahli sebagai sebab penting mudahnya kekuasaan, terutama Presiden melakukan penyimpangan kekuasaan dari prinsip negara hukum demokratis. Moh Mahfud MD⁵⁹ misalnya mencatat ada lima kelemahan dasar (sebelum amandemen), *Pertama*, sistem konstitusi di bawah UUD 1945 bersifat 'sarat eksekutif' (*executive-heavy*). *Kedua*, tidak ada *checks and balances*. *Ketiga*, UUD ini mendelegasikan terlalu banyak aturan konstitusional ke level undang-undang. *Keempat*, di dalamnya terdapat sejumlah pasal yang bermakna

⁵⁸ A. Mukhtie Fadjar, *Reformasi Konstitusi Dalam Masa Transisi Paradigmatik*, In-TRANS, Malang, 2003, hlm. 5.

⁵⁹ Moh. Mahfud MD, *Amandemen Konstitusi Menuju Reformasi Tata Negara*, UII Press, Yogyakarta, 1999, hlm. 66-67.

ambigu alias rancu. *Kelima*, konstitusi ini terlalu banyak bergantung kepada *political goodwill* dan integritas para politisi⁶⁰.

Lebih dari itu, konsep negara hukum prosedural atau negara hukum formal era Orde Baru itu menjadi "kemewahan" yang semakin tidak terjangkau rakyat kecil karena dominasi dan hegemoni rezim otoritarian memang menjauhkan negara hukum itu dari jangkauan rakyat kecil. Rezim otoritarianisme Orde Baru yang memang tidak mendasarkan legitimasinya pada idea populis dan ideologi patrimonialisme seperti pendahulunya, tetapi mendasarkan legitimasinya pada ideologi pembangunanisme, integralisme yang mengabsahkan tafsir otoritarianistik atas UUD 1945, berkepentingan dengan ideologi stabilitas politik dengan cara menutup ruang kritis sekecil apapun yang disediakan oleh gagasan negara hukum yang demokratis yang semula diperdebatkan dan disepakati oleh para pendiri bangsa.

Pelbagai bentuk pelanggaran HAM telah dijelaskan di muka merupakan bagian, sekaligus akibat dari kebijakan politik stabilitas Orde Baru selama 32 tahun berkuasa. Alih-alih menjadi institusi yang mengimplementasikan nilai-nilai dan prinsip-prinsip negara hukum untuk menegakkan hukum dan keadilan, pengadilan justru menjelma menjadi alat kekuasaan untuk menekan dan melegitimasi tindakan

kesewenang-wenangan penguasa, sehingga konsep negara hukum, tidak hanya menjadi kemewahan yang tidak terjangkau, tetapi juga menakutkan rakyat.

Kalangan penganut ajaran hukum kritis (*Critical Legal Studies*) dengan keras menyatakan bahwa institusi negara hukum dalam negara otoritarian dikonstruksikan sedemikian rupa untuk sejalan dengan kepentingan politik pemegang kekuasaan⁶¹. Salah satu institusi negara hukum yang tertaklukan dan menjadi instrumen kekuasaan paling penting adalah lembaga peradilan. Dengan dan melalui peradilan inilah kekuasaan memainkan peran hukumnya mengendalikan masyarakat agar secara formal negara terkesan tidak bertindak di luar hukum, meskipun sesungguhnya menggunakan hukum (pengadilan) secara sewenang-wenang.

Penangkapan dan pengadilan terhadap mereka yang dituduh terlibat gerakan untuk mendirikan negara Islam yang oleh penguasa Orde Baru disebut Komando Jihad dan Usroh atau disebut juga oleh Pemerintah dengan ekstrim kanan; atau kelompok-kelompok masyarakat yang dituduh hendak menghidupkan paham Komunis (ekstrim kiri), anti Pancasila, para aktivis kampus yang menyuarakan demokrasi, HAM, anti korupsi, atau kelompok Petisi 50, dan seterusnya adalah contoh-contoh penggunaan pengadilan (jalan hukum) secara sewenang-wenang membungkam HAM.

Pada era Orde Baru, upaya memperjuangkan hak-hak masyarakat yang terlanggar melalui jalan hukum (pengadilan) lebih merupakan jalan "menggali kubur" buat diri sendiri, karena hukum materiil (substansi hukum) dan institusi hukum (kepolisian-kejaksaan-pengadilan)⁶² telah menjadi bagian dari

⁶⁰ Dalam pandangan Taufik Abdullah, sejarah ketatanegaraan Indonesia sudah menunjukkan adanya kelemahan UUD 1945, tetapi UUD 1945 itu dirumuskan oleh orang-orang idealis yang disebut oleh Taufik orang-orang tidak berdosa. Rumusan UUD 1945 yang disiapkan oleh orang-orang yang tidak berdosa tersebut, adalah sebuah UUD yang sepenuhnya mempercayakan kepada manusia. Dalam kaitan itu pula, tokoh-tokoh yang menyiapkan UUD 1945 selalu berprasangka bahwa manusia-manusia yang memilih profesi sebagai politik adalah baik. *Bernas*, 20 Mei 2002.

⁶¹ Lihat Michel Rosenfeld dan Andrew Arato (Ed), *Habermas on Law and Democracy, Critical Exchange*, University of California Press, Berkeley, 1998, hlm. 2.

⁶² Dua diantara tiga sub sistem hukum dari sistem hukum yang diintrodusur oleh Lawrence M Friedman.

kekuatan yang dispotis dan korup. Tidak ada kemandirian struktural⁶³, fungsional⁶⁴ dan personal⁶⁵ pengadilan dalam menjalankan hukum. Jalan pengadilan justru jalan menutup jalan karena apabila semua upaya hukum telah dilakukan dan berakhir dengan kekalahan atau kemenangan kekuasaan, maka berakhir pulalah semua upaya, dan itu berarti tamat semua perjuangan⁶⁶. Langkah-langkah yang dilakukan di luar jalan hukum akan dengan mudah dicap oleh kekuasaan sebagai tindakan melanggar hukum, yang bisa menggiring pejuang hak-hak rakyat ke pengadilan baru dengan tuduhan kriminal. Pada titik inilah rakyat dan organisasi masyarakat sipil menemui jalan buntu dan selesai.

Selama lebih dari 30 tahun, kekuasaan Orde Baru berhasil dengan sangat kuat memusatkan kekuasaan di tangan pemerintah. Sentralisasi dan konsentrasi kekuasaan yang semakin meningkat dan memusat ke arah satu tokoh sentral, yaitu Presiden, diikuti pula oleh diperlemahnya kekuasaan yudisial (kekuasaan kehakiman) melalui intervensi pemerintah yang semakin tinggi. Intervensi kekuasaan otoritarian Orde Baru terhadap lembaga peradilan selain menyebabkan tidak berjalannya sistem hukum yang memungkinkan bekerjanya

undang-undang, aparaturnya penegak hukum dan tumbuh kembangnya budaya hukum, juga melumpuhkan tiga nilai dasar hukum, yaitu kepastian, keadilan dan kemanfaatan sosial hukum⁶⁷. Kalaupun pengadilan dapat menjalankan fungsinya secara bebas, itupun dalam kasus atau perkara yang tidak menyinggung kepentingan rezim⁶⁸, tetapi perkara yang berkaitan dengan kepentingan rezim, pengadilan sepenuhnya dalam kendali pemerintah, sebagaimana persidangan kasus Sjahrir, Hariman Siregar, A.F. Fatwa, HR. Darsono, Sri Bintang Pamungkas, kasus Kedung Ombo, Majalah Mingguan Tempo, dan seterusnya.

Dalam catatan A. Muhammad Asrun⁶⁹, intervensi pemerintah terhadap kekuasaan kehakiman merupakan bagian dari target pemusatan kekuasaan yang dilakukan Orde Baru, dengan tidak memberi ruang gerak bagi hadirnya kekuasaan kehakiman yang lepas dari pengaruh kekuasaan di luar kehakiman. Hal tersebut jelas terbaca dalam UU No. 14 Tahun 1970 tentang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman⁷⁰, UU No. 14 Tahun 1985 tentang Mahkamah

⁶³ Kemandirian struktural adalah kemandirian atau imparsialitas lembaga dari campur tangan eksekutif dan legislatif.

⁶⁴ Kemandirian institusi hukum untuk menjalankan kewenangan, tugas dan tanggungjawabnya melaksanakan nilai-nilai, asas-asas, dan norma-norma hukum untuk keadilan berdasarkan kepastian hukum.

⁶⁵ Kemandirian pribadi/personal aparaturnya penegak hukum (Polisi-Jaksa-Hakim) yang kuat secara intelektual dan moral untuk menjadi juru bicara keadilan (*speaker of justice*) yang bebas dari tekanan apapun.

⁶⁶ Kalaupun ada putusan pengadilan yang memberi rasa keadilan kepada pencari keadilan, maka hakim bersangkutan telah berani mempertaruhkan masa depan kariernya. Lebih dari itu, keadilan personal semacam itu mencerminkan tidak adanya kemandirian institusional dan fungsional pengadilan.

⁶⁷ Baca Gustav Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft, Stuttgart*, K.F. Koehler, 1961 dalam Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum; Pencarian, Pembebasan dan Pencerahan*, Penerbit Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2004, hlm. 19-21.

⁶⁸ Menurut C Neal Tate, di negara-negara otoritarian, pengadilan yang mengadili perkara-perkara yang bersentuhan dengan kepentingan rezim, nyaris sepenuhnya menjadi instrumen rezim. Selanjutnya baca C. Neal Tate, "Authoritarianism and the Function of Courts, A Time Series Analysis of the Philipines Supreme Court, 1961-1987", *Law and Society Review*, 4, Vol. 27, 1993.

⁶⁹ Baca A. Muhammad Asrun, *Krisis Peradilan.....op. cit.*, hlm. 13.

⁷⁰ Pasal 11 Undang-Undang Pokok-Pokok Kekuasaan Kehakiman No. 14 Tahun 1970 adalah salah satu Pasal yang melemahkan kekuasaan kehakiman di Indonesia karena menjadi pintu masuk intervensi eksekutif; setidaknya mengganggu independensi

Agung dan UU No. 2 Tahun 1986 tentang Peradilan Umum. Sebastian Pompe⁷¹ bahkan mencatat bahwa usaha pemerintahan Soeharto mengkooptasi kekuasaan kehakiman dilakukan dengan pelbagai cara, antara lain melalui Operasi Khusus (Opsus) dan Mahkamah Agung.

Hambatan pelaksanaan kekuasaan kehakiman yang bebas, tidak saja karena kooptasi struktural sebagaimana telah digambarkan di muka, tetapi juga fungsional dan personal, seperti keharusan menjadi Pegawai Negeri Sipil (PNS) untuk dapat diangkat menjadi hakim atau jaksa,⁷² sehingga harus tunduk dengan ketentuan UU No. 8 Tahun 1974 tentang Pokok-Pokok Kepegawaian yang menuntut mono loyalitas pada setiap PNS, tidak terkecuali para hakim.

Menurut sejumlah pengamat, ketidakmandirian kekuasaan kehakiman juga disebabkan oleh lemahnya jaminan konstitusional dalam UUD 1945 Pasal 24 dan Pasal 25⁷³. Kedua Pasal tersebut dinilai oleh Mulya Lubis⁷⁴ terlalu

badan-badan pengadilan, sebab Pasal tersebut menentukan bahwa secara organisatoris, administratif dan finansil badan-badan peradilan berada dibawah Departemen yang terkait (eksekutif).

⁷¹ Kajian Komprehensif tentang Mahkamah Agung Indonesia, baca: Sebastian Pompe, *The Indonesian Supreme Court: Fifty Years of Judicial Development*. Leiden, Van Vollehnoven Institute for Law and Administration in Non-Western Countries, Faculty of Law, Leiden University, *Disertasi*, 1996, hlm. 72. Disertasi ini telah diterbitkan menjadi buku dengan judul, *The Indonesian Supreme Court: A Study of Institutional Collapse*, Cornell University Ithaca, New York, 2005.

⁷² Pasal 14 dan Pasal 15 UU No. 2 Tahun 1986.

⁷³ Sebelum dirubah.

⁷⁴ T. Mulya Lubis, "Kebebasan dan Keindependenan Sistem Peradilan: Tak Bisa Bertepuk Sebelah Tangan", *Makalah* yang disampaikan dalam Lokakarya Mencari Format Peradilan yang Independen, Bersih dan Profesional di Indonesia, Jakarta, 11-12 Januari 1991, hlm. 1.

sumir karena tidak menjabarkan prinsip kebebasan dan kekuasaan kehakiman yang membuka ruang bagi interpretasi lain dari yang dimaksud pembuat UUD 1945. Selain itu, UUD 1945 juga hanya mengenal pemisahan kekuasaan dalam arti formil, dan tidak mengenal pemisahan kekuasaan secara material;⁷⁵ atau dalam konsep lain, hanya mengenal pembagian kekuasaan (*distribution of power*) dan bukan pemisahan kekuasaan (*sapARATION of power*).⁷⁶

Ketiadaan kemerdekaan kekuasaan kehakiman di era Orde Baru itu semakin menegaskan tidak terpenuhinya syarat konsep negara hukum di satu sisi dan menguatnya penggunaan kekuasaan di sisi lain. Lembaga peradilan juga kehilangan peran formal dan substansialnya bagi implementasi negara hukum dan pencari keadilan. Pengadilan justru menjadi struktur yang memperkuat dan memelihara kekuasaan negara melalui jalur hukum. Pengadilan bahkan tidak berdaya untuk bersikap imparisial ketika proses hukum menyentuh kepentingan penguasa Orde Baru⁷⁷.

⁷⁵ Ismail Suny, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, Aksara Baru, Jakarta, Cet. IV, 1981, hlm. 89.

⁷⁶ Pemisahan kekuasaan berdasarkan Teori *Trias Politica* yang terdiri atas kekuasaan legislatif, eksekutif dan yudikatif yang menurut Montesquieu harus dibedakan dan dipisahkan secara struktural dalam organ-organ yang tidak saling mencampuri urusan masing-masing. Baca Michael T. Molan, *Constitutional Law: Machinery of Government*, (Edisi 4), Old Bailey Press, London, 2003, hlm. 63-64.

⁷⁷ Pada masa Pemerintahan Soeharto (1966-1998), peradilan tidak pernah membebaskan para pengeritik dan lawan-lawan politik Soeharto sekalipun proses peradilan tidak mampu membuktikan kesalahan mereka. Baca catatan kaki no. 107 A. Muhammad Asrun yang mengutip International Commission of Jurists, *Indonesian and the Rule of Law, Twenty Years of New Order Government*. Frances Pinter Publishers, London 1987, hlm. 294.

Ambiguitas konstitusi dan kuatnya kekuasaan pemerintah, menyebabkan pelanggaran HAM di era Orde Baru tidak saja mewujud dalam bentuk nyata (harfiah) pelanggaran HAM, seperti penyiksaan terhadap tersangka pelaku tindak pidana yang dilakukan Polisi, penganiayaan selama penahanan, intimidasi, penangkapan dan penahanan sewenang-wenang, juga pelanggaran HAM dalam bentuk pengabaian hak-hak sipil untuk mendapatkan peradilan yang fair, adil dan transparan.⁷⁸

Berbagai usulan tentang pembentukan undang-undang dan kelembagaan, seperti pengakuan dan perlindungan HAM, sistem pemilu yang bebas dan demokratis, pembentukan Mahkamah Konstitusi yang merupakan derivasi dari konsep negara hukum yang demokratis, ditolak oleh rezim penguasa Orde Baru karena mereka nilai bertentangan dengan UUD 1945. Walaupun pada tataran real politik gagasan dan konsep negara hukum dikalahkan oleh para pendukung otoritarianisme Orde Baru, namun gagasan dan konsep negara hukum itu tidak pernah padam dan terus diperjuangkan oleh para pendukungnya dalam setiap kesempatan.

Di ruang-ruang pengadilan pidana gagasan dan konsep negara hukum disuarakan oleh para terdakwa dan advokat. Di masyarakat luas digemakan oleh pers, mahasiswa, intelektual, LSM, golongan profesional, bahkan kalangan agama. Gagasan dan konsep negara hukum yang demokratis mengilhami dan menjadi rujukan kalangan masyarakat luas yang mengkritisi dan yang mengoposisi rezim otoritarian Orde Baru.

⁷⁸ Bentuk pelanggaran HAM lain di luar apa yang secara umum telah disebutkan, dapat dibaca dalam Artidjo Alkostar, "Hak Asasi Manusia dalam Prospek Penegakan Hukum Dewasa ini", disampaikan dalam *Dies Rede pada Sidang Terbuka Senat Universitas Islam Indonesia*, Panitia Dies Natalis UII ke-51 tanggal 29 September 1994.

Berangkat dari pemikiran di atas, negara hukum di era reformasi didesak untuk lebih tercermin secara nyata dalam kenyataan empiris, menjelma melebihi kehadirannya sebagai kerangka normatif sebagaimana di era rezim Orde Baru, baik pada level substansi undang-undang maupun pelaksanaannya, menuju pada pemakanaan yang substansial yang relevan dengan kontek sosial ekonomi masyarakat. Gerakan negara hukum material atau substansial didorong untuk mengedepankan keadilan dan kemanfaatan sosial hukum, di atas kepastian hukum karena hanya dengan begitu perasaan keadilan masyarakat dapat terwujud

C. Negara Hukum di Era Reformasi

1. Perubahan UUD 1945

Respon pemerintahan B.J. Habibie terhadap tuntutan politik merombak tatanan politik otoritarian Orde Baru dan membangun suatu tatanan politik yang memastikan ditegakkannya negara hukum yang demokratis tidak bersifat serentak dan serta merta, tetapi gradual. Dimulai dengan membuka tiga kebebasan dasar yang sangat vital bagi pembangunan demokrasi, yaitu kebebasan berekspresi, kebebasan berkumpul, dan kebebasan berorganisasi. Pembukaan tiga kebebasan dasar ini merupakan langkah awal untuk memulihkan kedaulatan rakyat yang sudah begitu lama dilumpuhkan.

Untuk memperkokoh landasan formal negara hukum, wakil-wakil rakyat di Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) telah empat kali melakukan perubahan terhadap konstitusi⁷⁹,

⁷⁹ Konstitusi dalam studi ini dipahami sebagai naskah tertulis. Hal ini perlu diungkapkan terlebih dulu mengingat adanya dikotomi mengenai arti konstitusi sebagai suatu naskah tertulis dan sebagai keseluruhan peraturan, baik yang tertulis maupun

sebagai bagian penting dari tuntutan reformasi guna membangun sistem hukum yang mampu membawa rakyat, bangsa dan negara menjadi negara hukum yang adil, manusiawi dan beradab. Perubahan UUD 1945 juga merupakan politik hukum (*rechts politiek*) yang menentukan sistem hukum yang akan dikehendaki⁸⁰, atau sebagai kebijakan dasar yang menentukan arah, bentuk, dan isi hukum yang akan dibentuk⁸¹.

Di luar alasan substantif tersebut, terdapat alasan sejarah, filosofis, yuridis, sosiologis dan politik⁸². Alasan

yang tidak tertulis. Istilah "*constitution*" bagi banyak sarjana ilmu politik merupakan keseluruhan peraturan — baik yang tertulis maupun yang tidak — yang mengatur secara mengikat cara-cara bagaimana suatu pemerintah diselenggarakan dalam suatu masyarakat. Sementara di Indonesia, istilah "konstitusi" sudah terbiasa diartikan sebagai undang-undang dasar. Hal ini sesuai dengan kebiasaan orang Belanda dan Jerman, yang dalam percakapan sehari-hari memakai kata *Grondwet* (*Grond* = dasar dan *wet* = undang-undang) dan *Grundgesetz* (*Grund* = dasar dan *gesetz* = undang-undang), yang keduanya menunjuk pada naskah tertulis. Memang tidak dapat disangkal bahwa dewasa ini hampir semua negara (kecuali Inggris) memiliki naskah tertulis sebagai undang-undang dasarnya. Namun demikian, untuk tidak menimbulkan kebingungan dalam penggunaan terminologi, istilah "konstitusi" dalam studi ini diartikan sebagai undang-undang dasar tertulis, yaitu UUD 1945. Baca Miriam Budiardjo, *op.cit.*, hlm. 95 Beberapa pakar yang mengartikan konstitusi secara luas antara lain Herman Heller dan F. Lassalle. Lihat Moh Kusnardi dan Harmaily Ibrahim, *Pengantar....* hlm. 65. Lihat juga Abu Daud Busroh dan Abu Bakar Busroh, *Azas-Azas Hukum Tata Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta 1991, hlm. 73.

⁸⁰ C.F.G. Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991, hlm. 1.

⁸¹ Padmo Wahjono, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983, hlm. 99.

⁸² Abdul Mukthie Fadjar, 2002, "Reformasi Konstitusi Dalam Masa Transisi Paradigmatik", dalam Bambang Widjojanto, Saldi

sejarah, terkait dengan fakta sejarah bahwa pembentukan UUD 1945 memang diakui dan dinyatakan secara eksplisit oleh para pendiri bangsa (*founding fathers*) sebagai konstitusi yang "bersifat sementara" karena dibentuk dalam suasana ketergesa-gesaan. Hal itu eksplisit dinyatakan Soekarno dalam pidatonya sebagai Ketua Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) tanggal 18 Agustus 1945,⁸³ yang ia ulangi kembali saat pelantikan anggota Konstituante tanggal 10 Nopember 1956.⁸⁴

Isra, dan Marwan Mas (eds.), 2002, *Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi Independen*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm. xxxiii-xxxv.

⁸³ "Undang-Undang Dasar yang dibuat sekarang ini adalah Undang-Undang Dasar sementara. Kalau boleh saya memakai perkataan, ini adalah Undang-Undang Dasar kilat. Nanti kalau kita telah bernegara, di dalam suasana yang lebih tenteram, kita tentu akan mengumpulkan kembali Majelis Permusyawaratan Rakyat yang dapat membuat Undang-Undang Dasar yang lebih lengkap dan lebih sempurna. Tuan-tuan tentu mengerti, bahwa ini kilat, bahwa barangkali boleh dikatakan pula, inilah *revolutiegrondwet*. Nanti kita membuat Undang-Undang Dasar yang lebih sempurna dan lengkap." Baca Mohammad Yamin, 1959, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945*, Yayasan Prapantja, Jakarta, 1959.

⁸⁴ "Kita bukan tidak punya konstitusi, malah dengan konstitusi yang berlaku sekarang, kita sudah mempunyai tiga konstitusi. Tapi semua konstitusi (UUD 1945, 1949 dan 1950) dari yang nomor satu sampai dengan yang nomor tiga itu adalah bersifat sementara. Dan semua konstitusi itu bukanlah hasil permusyawaratan antara anggota-anggota sesuatu konstituante yang dipilih langsung oleh rakyat dalam pemilihan umum yang bebas dan rahasia. Semua konstitusi itu adalah buatan sarjana konstitusi, atas amanat pemerintah. Tapi sesuatu negara hukum yang demokratis, menghendaki sebagai syarat mutlak sebuah konstitusi yang dibuat oleh tangan rakyat sendiri." Baca Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi....op.cit.*, hlm. 36.

Secara filosofis, UUD 1945 tidak cukup jelas dan kuat karakter kedaulatan rakyat yang seharusnya dimiliki konstitusi bagi negara yang didisain bersifat demokratis. Warna UUD 1945 sebagai campuran antar gagasan yang saling bertentangan; antara faham kedaulatan rakyat dengan faham negara integralistik, dan faham negara hukum dengan faham negara kekuasaan yang ditengarai oleh Marsilam Simanjuntak sebagai karakter ambiguitas UUD 1945.⁸⁵ Di samping itu, secara yuridis, perubahan UUD 1945 suatu keniscayaan hukum yang selalu dicantumkan oleh pembuat konstitusi sebagai wujud kesadaran bahwa suatu konstitusi adalah buatan manusia yang mungkin mengandung kesalahan atau kekeliruan yang harus memuat klausul yuridis perubahan⁸⁶. Itulah makna dicantulkannya Pasal 37 dalam UUD 1945.

Dari sudut sosiologis, konstitusi adalah konstruksi sosial atas realitas dan tuntutan nilai dan norma pada suatu masa; ketika dinamika sosial tempat konstitusi itu hidup dan bekerja telah berubah, sejalan dengan dinamika perubahan sosial dengan pelbagai variasinya itu, maka perubahan konstitusi suatu keniscayaan sosiologis yang harus dilakukan. UUD 1945 yang semenjak pembentukannya diakui bersifat sementara, darurat dan tergesa-gesa, dalam suatu konteks sosial politik, kultural dan agama, serta suasana psikologis yang spesifik di tahun 1945 itu memang harus dikonstruksikan ulang sesuai dengan realitas sosial baru. Di samping itu, rezim Soekarno dan Soeharto yang telah menyalahgunakan

kelemahan dan sifat kesementaraan UUD 1945 dengan mempraktikkan “Demokrasi Terpimpin” (Soekarno) dan “Demokrasi Pancasila” (Soeharto) yang sejatinya kekuasaan otoritarian menjadi alasan politik yang mendasari keharusan dilakukannya perubahan UUD 1945.⁸⁷

Kelemahan dan ambiguitas UUD 1945 yang telah menimbulkan dan menyangga konfigurasi dan karakter kekuasaan yang terpusat, personal, monopolistik, tidak terbatas, dan telah melahirkan pelbagai bentuk penyalahgunaan kekuasaan, sebagaimana dijelaskan dimuka, merupakan alasan formil dan materiil pentingnya dilakukan perubahan UUD 1945⁸⁸. Politik hukum yang ingin dicapai dengan perubahan UUD 1945 adalah untuk mempertajam dan memperkuat sistem *check and balance* diantara cabang-cabang kekuasaan negara, yaitu, Legislatif, Yudikatif, dan Eksekutif. Mereposisi secara lebih seimbang hubungan pemerintah pusat dengan daerah, hubungan Polri dan TNI, pembatasan kekuasaan Presiden, memberikan pengakuan yang lebih tegas dan rinci terhadap HAM, pembentukan Mahkamah Konstitusi (MK), Komisi Yudisial (KY), dan seterusnya⁸⁹.

⁸⁵ Baca Marsilam Simanjuntak, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur, dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*, PT Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 1997.

⁸⁶ Perdebatan tentang ketidaksempurnaan konstitusi dan perlunya amandemen konstitusi, lihat: Sanford Levinson (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1995.

⁸⁷ Saldi Isra, 2002, “Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi: Memastikan Arah Reformasi Konstitusi”, *Analisis CSIS*, Tahun XXXI/2002 No. 2, hlm. 233-245.

⁸⁸ Ungkapan Lord Acton yang sangat terkenal: *Power tends to corrupt, but absolute power corrupts absolutely* adalah ungkapan tentang bahayanya kekuasaan yang tidak terbatas.

⁸⁹ Diantara sejumlah studi tentang Amandemen UUD 1945, dua diantaranya yang penting untuk dibaca yaitu karya Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945, Antara Mitos dan Pembongkaran*, Mizan, Bandung, 2007, dan Valina Singka Subekti, *Menyusun Konstitusi Transisi, Pergulatan Kepentingan dan Pemikiran dalam Proses Perubahan UUD 1945*, Rajawali Press, Jakarta, 2008. Kedua studi menggunakan perspektif yang berbeda. Denny menggunakan sudut pandang hukum tata negara, sementara Valina menggunakan sudut pandang politik.

Kesadaran politik untuk melakukan reformasi konstitusi di negara-negara transisional didasarkan pada argumen bahwa konstitusi merupakan kumpulan prinsip-prinsip yang mengatur kekuasaan pemerintahan, hak-hak pihak yang diperintah, dan hubungan antar keduanya⁹⁰. Dengan adanya perubahan konstitusi, maka terdapat perubahan pembatasan kekuasaan pemerintah, lebih menjamin terpenuhinya hak-hak rakyat yang diperintah, dan menetapkan pelaksanaan kekuasaan yang berdaulat. Carl Friederich, sebagaimana dikutip Valina Singka Subekti menegaskan bahwa negara yang memiliki tataran konseptual yang jelas mengenai supremasi hukum (*legality*), pembagian kekuasaan (*division of power*) dan hak-hak warga negara (*civic rights*), disebut sebagai negara demokrasi konstitusional.⁹¹

Negara-negara transisional seperti Nigeria, Afrika Selatan, Ghana, Mozambik, Spanyol, Taiwan, Filipina, Chili dan Argentina menyadari pentingnya rezim baru dibatasi, dan menjalankan kekuasaannya atas dasar konstitusi baru; suatu konstitusi yang membatasi kekuasaan sedemikian rupa agar tidak disalahgunakan serta memberi perlindungan yang kuat terhadap hak-hak rakyat. Selain itu menurut Bambang Wijoyanto⁹²; konstitusi baru juga bertujuan memperbaiki sistem kekuasaan agar mampu mengikuti perkembangan tuntutan zaman, dari sistem yang otoriter kepada sistem yang demokrasi; untuk menciptakan sistem kekuasaan yang bersifat *checks and balances* dan melindungi HAM.

⁹⁰ C.F. Strong, *Modern Political Constitution*, Sidgwick and Jackson, London, 1960, hlm. 10. Baca juga terjemahannya, *Konstitusi-Konstitusi Politik Modern: Kajian Tentang Sejarah & Bentuk-Bentuk Konstitusi dunia*, Nuansa dan Nusamedia, Bandung, 2004, hlm. 15.

⁹¹ Valina Singka Subekti, *Menyusun Konstitusi Transisi, Pergulatan Kepentingan dan Pemikiran dalam Proses Perubahan UUD 1945*, Rajawali Press, Jakarta, 2008, hlm. 21.

⁹² Bambang Wijoyanto, *Konstitusi. Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi Independen*. Sinar Harapan, Jakarta, 2002 hlm. 198.

Bagi bangsa Indonesia, kebutuhan akan konstitusi baru demi tegaknya negara hukum dan demokrasi merupakan kebutuhan objektif. Bangsa ini tentu tidak akan menjadi kledai, kembali terperosok pada sistem kekuasaan otoritarian untuk kesekian kalinya⁹³. Bangsa ini sangat membutuhkan UUD 1945 yang menggambarkan dengan jelas tugas-tugas pokok dari badan-badan pemerintahan suatu negara, serta pokok-pokok cara kerja badan-badan pemerintahan tersebut. Atau dengan kata lain, suatu UUD 1945 yang mencerminkan filosofis negara hukum dan demokrasi, serta memastikan prinsip negara hukum dan demokrasi itu dijamin (digaransi) oleh hukum tertinggi, yaitu Konstitusi.

Konstitusi demokratis di era transisi rezim, akan menentukan kelangsungan hidup lembaga-lembaga demokrasi, yaitu kelangsungan pemilihan umum yang bebas, adil dan berkala, kebebasan berpendapat, dan jaminan hak kewarganegaraan yang inklusif⁹⁴. Konstitusi juga penting sebagai aturan hukum yang menetapkan kerangka dasar suatu negara dan mengatur susunan pemerintahan;⁹⁵ penting untuk mengatur hubungan antara pemerintah dan warganya⁹⁶; dan penting untuk mengawasi pelaksanaan pemerintahan.⁹⁷

⁹³ 53 tahun Indonesia merdeka (1945-1998), lebih banyak waktu dari usia kemerdekaan itu berada dalam genggam kekuasaan otoritarian yang berlawanan dengan makna "merdeka" itu sendiri.

⁹⁴ Robert Dahl, *Perihal Demokrasi*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2001, hlm. 118-119. Lihat juga Valina Singka Subekti, hlm. 18-19.

⁹⁵ K.C. Wheare, *Modern Constitution*, Oxford University Press, London, 1975, hlm. 14.

⁹⁶ Russell F. More, *Basic Comparative Government and Modern Constitution*, Iowa, 1975, hlm. 3.

⁹⁷ Ivor Jennings, *The Laws and the Constitutions*, University of London, London, 1960, hlm. 33.

Apakah suatu Konstitusi bersifat demokratis atau tidak tergantung kandungan dari Konstitusi itu sendiri. Bagi Dahl kandungan Konstitusi yang demokratis, yaitu adanya pernyataan HAM; pernyataan hak-hak sosial dan ekonomi; bentuk negara; kesatuan atau federal; pengaturan lembaga legislatif dengan satu kamar atau dua kamar; pengaturan kekuasaan yudikatif; sistem pemerintahan presidensial atau parlementer; pengaturan mengenai amandemen konstitusi dan referendum, serta pengaturan sistem pemilihan⁹⁸. Sementara Denny Indrayana menyebut dua hal pokok yang harus ada dalam konsitusi demokratis, yaitu pemisahan kekuasaan dan perlindungan hak-hak asasi manusia⁹⁹.

Idealita-idealita konstitusi demokratis yang dikemukakan Robert Dahl tersebut pada praktik pelaksanaannya di negara-negara transisional tidak mudah. Beberapa kemungkinan bisa terjadi. *Pertama*, konstitusi lama dari rezim non-demokratis tetap dipertahankan karena wewenang dan prosedur amandemennya sangat sulit. *Kedua*, memperbaiki konstitusi yang dilakukan secara bebas, tetapi dengan kesepakatan-kesepakatan (kompromi).¹⁰⁰

Pada beberapa negara transisional, prinsip kompromi dalam perumusan Konstitusi baru pada masa transisi memang cenderung ditempatkan sebagai pilihan utama, dan menghindari *voting* terhadap pasal-pasal atau ketentuan-ketentuan baru yang potensial menimbulkan konflik dan perpecahan sebab hal itu akan berimplikasi pada proses konsolidasi damai.¹⁰¹

⁹⁸ *Ibid.*, hlm. 166-170.

⁹⁹ Denny Indrayana, *Amandemen UUD 1945, Antara Mitos dan Pembongkaran*, Mizan, Bandung, 2007., hlm. 123.

¹⁰⁰ Baca Juan J. Linz, dkk, *Menjauhi Demokrasi Kaum Penjahat, Belajar dari Kekeliruan Negara-Negara Lain*, Mizan, Bandung, 2001, hlm. 30-31.

¹⁰¹ *Ibid.*, hlm. 31.

Perubahan Konstitusi di Spanyol setelah rezim otoritarian dijadikan contoh oleh Linz dan Stephen tentang keberhasilan perubahan Konstitusi melalui proses negosiasi antara elite rezim lama dengan elite rezim baru. Di negeri tersebut, konstitusi di rubah dengan sistem yang telah dirancang (*by design*). Walaupun situasi kepolitikan Spanyol paska kekuasaan Jenderal Franco amat rumit yang ditandai oleh fragmentasi elite rezim lama dan elite rezim baru, mereka mampu bernegosiasi menyatukan kekuatan dengan duduk bersama sehingga menghasilkan *Law for Political Reform* (undang-undang reformasi politik). Pemilihan umum tahun 1978, kemudian diikuti oleh pembentukan komite kecil berjumlah tujuh orang dengan latar belakang pemimpin partai, ahli hukum dan profesor. Komite ini melibatkan semua kekuatan politik utama di Spanyol dan bertugas menyusun rancangan perubahan Konstitusi. Komite ini menghasilkan *consenso* atau persetujuan yang dijadikan dasar perubahan Konstitusi.¹⁰²

Pandangan Linz dan Stephen tersebut sejalan dengan pandangan Larry Diamond, bahwa jalur negosiasi antar elite rezim lama dan elite rezim baru diyakini akan mengurangi potensi pergolakan dan kekerasan dalam proses transisi, dan membuka kemungkinan kerjasama untuk menyusun aturan main baru dalam masa transisi, seperti krisis ekonomi, penegakan hukum dan HAM serta konflik antar etnis dan wilayah.¹⁰³

Fenomena konstitusi yang dinegosiasikan pada masa transisi rezim, dari otoritarian ke demokrasi sebagaimana terjadi di Spanyol, terjadi juga di Filipina dan Thailand. Corazon Aquino yang tampil setelah Ferdinand Marcos terjungkal dari kekuasaannya oleh gerakan massa (*people*

¹⁰² *Ibid.*, hlm. 31.

¹⁰³ Larry Diamond, *Developing Democracy, Toward Consolidation*, (terjemahan), IRE Press, Yogyakarta, 2003, hlm. xviii.

power) melakukan langkah membentuk komisi konstitusi (*The Constitutional Commission*) yang bertugas merancang konstitusi baru Filipina. Komisi Konstitusi yang dibentuk di kedua negara Asia Tenggara itu berasal dari pelbagai unsur masyarakat dengan harapan bahwa Konstitusi yang dirancang dengan partisipasi rakyat dapat menjadi solusi krisis politik di dua negara tersebut¹⁰⁴.

Komisi Konstitusi independen yang dibentuk Aquino tersebut berjumlah 48 orang dari 1.000 orang calon yang berasal dari berbagai kalangan masyarakat; sebagian besar ahli hukum. Pada waktu pelantikan, Aquino mengatakan: *You are here appointed by the people's wish, to write a constitution; you are not here as an elected politician*. Inti pidato Aquino menegaskan independensi anggota komisi Konstitusi dan larangan bagi partai politik terlibat dalam komisi Konstitusi, untuk menghindari terbentuknya konstitusi partisan yang dipengaruhi oleh kepentingan partai-partai politik.¹⁰⁵

Komisi Konstitusi memiliki kewenangan penuh untuk menghimpun pendapat masyarakat, serta melakukan penyusunan rancangan konstitusi baru tanpa dipengaruhi oleh partai maupun kongres Filipina. Mereka bekerja antara bulan Juni sampai dengan Oktober 1986. Rancangan konstitusi baru itu kemudian disampaikan pada masyarakat untuk memperoleh persetujuan melalui referendum pada bulan Februari 1987. Hasilnya, 85 persen rakyat Filipina menyetujui rancangan tersebut, kemudian disahkan sebagai konstitusi baru tahun 1987. Konstitusi 1987 menjadi landasan Filipina bergerak ke arah konsolidasi demokrasi.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Surin Maisrikrod, "Changing Forms of Democracy in Asia" Some Observations on The Thai and Philippine Constitutions", *Asian Studies Review*, Volume 23, November 1999, hlm. 355-358. Lihat juga Valina Singka Subekti, *loc.cit.*

¹⁰⁷ Penulis sarikan dari kutipan buku Valina Singka Subekti, *loc.cit.*, hlm. 59.

¹⁰⁸ *Ibid.*, hlm. 59-60.

Dalam konteks pemikiran di atas, perubahan UUD 1945 lebih didasarkan pada keputusan politik untuk menyelamatkan reformasi dan situasi politik yang mengarah pada khaos.¹⁰⁷ Pada waktu itu para demonstran mengancam akan menyerbu masuk ke gedung parlemen apabila MPR tidak merespon tuntutan mereka. Pada saat kritis itu, ketua MPR Amin Rais menggelar rapat pimpinan fraksi-fraksi MPR pada hari pertama Sidang Umum MPR Oktober 1999. Rapat tersebut memutuskan membentuk Panitia ad Hoc (PAH) III yang bertugas mengamandemen UUD 1945.¹⁰⁸ Meskipun demikian perubahan konstitusi tetap dilakukan secara gradual mengikuti proses, prosedur dan mekanisme yang ada; dan bukan secara revolusioner.

Studi Valina Singka bahkan menyatakan bahwa perubahan konstitusi merupakan hasil negosiasi antar elite fraksi di MPR yang berasal dari elite rezim lama dan elite baru dengan elite di luar MPR (masyarakat sipil) sebagai respon tuntutan reformasi.¹⁰⁹ Elite di MPR merupakan kombinasi antara unsur elite lama warisan rezim Soeharto (seperti dari Partai Golkar dan TNI/Polri) dan elite baru dari partai-partai baru yang tumbuh di era reformasi (seperti PAN, PKB, PBB, dan PK). Sementara elite di luar parlemen antara lain, adalah pimpinan partai-partai politik, pimpinan ormas, akademisi, LSM dan tokoh-tokoh masyarakat.¹¹⁰

Negosiasi antar elite yang mendorong dilakukannya perubahan UUD 1945 tidaklah didasarkan pada pertimbangan rasional yang matang (*by design*), sebagaimana terjadi di Spanyol, Filipina dan Thailand, meskipun perubahan UUD 1945 segera setelah kejatuhan Soeharto, merupakan kebutuhan objektif bangsa ini untuk meletakkan pondasi bagi bangunan negara hukum dan politik demokratis yang

¹⁰⁷ *Ibid.*, hlm. 23.

¹⁰⁸ *Ibid.*, 21-22.

¹⁰⁹ Valina Singka Subekti, *op. cit.*, hlm. 21.

¹¹⁰ *Ibid.*

ditanggalkan Orde Baru selama 32 tahun. Tetapi sebagaimana telah didiskripsikan oleh Valina Singka di atas dan kritik banyak pengamat, perubahan UUD 1945 ternyata tidak sempat disiapkan dengan baik dan matang sehingga perubahan itu bersifat *by accident*, dan bukan *by design*.¹¹¹

Jika perubahan konstitusi di Filipina dan Thailand dilakukan dengan persiapan yang matang, diproses dan dilakukan oleh Komisi Konstitusi, maka perubahan UUD 1945, selain tidak dipersiapkan dengan matang, tidak secara langsung oleh Komisi Konstitusi,¹¹² juga dilakukan dalam tarik menarik kepentingan antara rezim baru yang didukung kekuatan pro demokrasi berhadapan dengan elite rezim sebelumnya yang notabene ada dalam pemerintahan rezim baru, serta antar elite baru yang berbeda aliran dan kepentingan politik.¹¹³

¹¹¹ Jymly Asshiddiqie menyatakan bahwa proses perubahan UUD 1945 tidak dilengkapi dengan draf akademik untuk memandu proses perubahan (*Kompas*, 2 Juli 2002). T. Mulya Lubis juga menyatakan bahwa proses perubahan UUD 1945 dilakukan tanpa paradigma yang jelas, tanpa konsep yang jelas, *ad hoc* dan parsial. Lihat Todung Mulya Lubis, *The Urgency of Constitutional Reform*, dalam <http://www.vanzorgereport.com/report/popup/index.cfm?fa/3> Oktober 2003.

¹¹² Komisi Konstitusi yang dibentuk melalui Tap No. I MPR Tahun 2002, lahir melalui pergulatan politik yang panjang di MPR. Meskipun akhirnya terbentuk, tetapi perannya lebih menyuarai panitia, komite, panel pakar yang mengkaji dan menyelaraskan amandemen-amandemen di bawah kendali dan kontrol MPR.

¹¹³ Salah satu wujud kompromi politik dimaksud adalah disepekatinya istilah “perubahan” dan bukan “penggantian” UUD 1945 karena kata “penggantian” dinilai kekuatan politik tertentu, khususnya TNI terlalu radikal, meskipun hasil dari perubahan I, II, III dan IV sangat mendasar dan luas. 96% dari bab-bab, 89% dari pasal-pasal, dan 85% dari ayat-ayat yang ada setelah amandemen adalah barang baru atau hasil perubahan dari teks aslinya. Bagi Djawamaku, seperti dukatif Denny, hasil

Meskipun UUD 1945 merupakan hasil kompromi pelbagai kelompok kepentingan politik, tetapi perubahan itu telah menunjukkan kemajuan karena proses perubahan itu sendiri telah dilakukan secara demokratis, dan ini penting, bukan saja dalam pengertian sejarah, tetapi juga dalam pengertian formal dan substansial. Julius Ihonvbere, sebagaimana dikutip Denny Indrayana menyatakan bahwa proses pembuatan konstitusi “teramat penting sifatnya bagi kekuatan, akseptabilitas, dan legitimasi produk akhirnya. Dari sudut teori demokrasi, Arato berpendapat bahwa ragam proses yang membakukan aturan main dalam politik yang demokratis sama sekali tidak bisa dianggap tidak relevan.”¹¹⁴

Pada bagian lain, Rosen menekankan bahwa kalau tujuan global konstitusi adalah untuk menciptakan sistem politik yang demokratis, proses pembuatan konstitusinya “sejauh mungkin harus murni demokratis”¹¹⁵ Meski begitu, secara implisit Rosen mengakui bahwa menghilangkan sama sekali elemen-elemen yang tidak demokratis di dalam proses pembuatan konstitusi jelas tidak mungkin. Baginya harus ada perlakuan yang berbeda antara proses pembuatan konstitusi di negara yang—memang sudah—demokratis dan proses serupa di negara yang baru mulai belajar bagaimana menjadi demokratis.¹¹⁶

Untuk konteks perubahan UUD 1945, pergulatan kepentingan selama proses perubahan tampaknya tidak terlalu tajam bergumul dalam perdebatan ideologis yang panjang dan berlarut-larut¹¹⁷. Pengalaman traumatik politik selama 32

amandemen itu secara kuantitatif maupun kualitatif sudah mengganti UUD 1945. Lihat Denny, *loc. cit.*, hlm. 339-340.

¹¹⁴ Denny, *op.cit.*, hlm. 85.

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ *Ibid.*, 85-86.

¹¹⁷ Memang sempat mengemuka kekhawatiran kalangan nasionalis sekuler dan militer terhadap kemungkinan momentum perubahan UUD 1945 ini sebagai pintu masuk membuka

tahun Orde Baru tampaknya menjadi kesadaran bersama diantara elite politik lama (terutama Golkar) dan elite politik baru yang diwakili oleh partai politik yang lahir setelah 1998, untuk merekonstruksi bangunan negara hukum yang demokratis dan responsif.

Semua kekuatan politik sudah tidak lagi mempersoalkan dasar negara Pancasila. Perdebatan tentang hal tersebut lebih pada dimana substansi dasar negara itu diletakkan dalam bangunan UUD 1945. Di samping itu, semangat untuk meletakkan substansi negara hukum, khususnya sistem *checks and balances*, pembatasan kekuasaan, penguatan parlemen, dan perlindungan HAM sangat kuat dibingkai oleh pemahaman dan kesadaran bersama bahwa UUD 1945 memiliki banyak kelemahan, menjadi penyebab munculnya secara berulang kekuasaan otoritarian di Orde Lama dan Orde Baru, serta orientasi yang kuat untuk membangun negara hukum yang demokratis.

Dinamika tarik menarik kepentingan antar elite Partai yang ada di MPR telah digambarkan dengan baik dan komprehensif oleh Valina Singka Subekti melalui disertasinya. Intinya adalah bahwa perubahan UUD 1945 yang telah dilakukan sebanyak empat kali, dan sekarang telah diberlakukan sebagai UUD 1945 adalah hasil dari kompetisi, tarik menarik kepentingan, *bergaining* dan kompromi politik. Pada saat yang sama, kontribusi masyarakat sangat minimal. Hasilnya, konstruksi negara hukum dan demokrasi di dalam UUD 1945 syarat dengan warna kompromistik yang menempatkan hukum sebagai bagian dari kepentingan politik.

Sebagai hasil kompromi politik, sudah barang tentu terdapat “ruang-ruang kosong” sebagai semacam “zona

kembali gagasan pendirian negara Islam, meskipun pada akhirnya kekhawatiran itu tidak terbukti, dan gagasan nasionalitas justru lebih menonjol sebagai kerangka berpikir perubahan.

kompromi” atau “zona damai” bagi bertemunya kepentingan-kepentingan antar elite sehingga konstruksi negara hukum dan demokrasi di dalam pasal-pasal UUD 1945 dirumuskan dengan tiga kemungkinan; *Pertama*, rumusan pasalnya longgar yang membuka ruang multi interpretasi¹¹⁸; *Kedua*, terdapat sejumlah pasal yang operasionalisasinya menuntut penjabaran lebih lanjut dalam undang-undang yang lebih rendah (UU Organik)¹¹⁹, dan *Ketiga*, pilihan kata dalam rumusan pasal bersifat rekomendasi yang tidak limitatif¹²⁰.

Konsekuensi dari konstitusi kompromistik, baik kompromi antara eksponen-eksponen elite lama, yaitu Golkar dan TNI (dua pilar utama penyangga Orde Baru) dengan elite baru di Partai Politik dan masyarakat sipil di luar Parlemen (Pers, LSM, Mahasiswa, dan intelektual), maupun antar elite baru itu sendiri, maka kompromi (*deal making*) pasal demi pasal tidak terhindarkan; tidak saja substansi pasal tetapi juga rumusan-rumusan pasal sehingga “ruang kosong” atau “zona kompromi” atau “zona damai” seperti sudah disinggung di muka, akan tampak terbaca dalam substansi, rumusan pasal, dan konsistensi antar pasal di dalam UUD 1945. Dengan kata lain, keseluruhan proses amandemen yang terjadi di MPR-RI tidak melalui proses yang transparan, akuntabel dan partisipatoris. Hampir keseluruhan keputusan mengenai amandemen diambil di belakang pintu tertutup oleh Tim

¹¹⁸ Jika rumusan suatu pasal dibuat terbuka untuk ditafsirkan maka pasal bersangkutan berpeluang tidak memiliki kepastian hukum; dan memberi keuntungan bagi pihak yang berkepentingan untuk bermain-main dengan rumusan yang longgar itu.

¹¹⁹ Jika pelaksanaan suatu pasal dalam UUD terlalu banyak meminta UU organik, maka substansi pasal dalam UUD potensial tereduksi.

¹²⁰ Kata “dapat”, “dimungkinkan” dan sejenisnya adalah kata-kata yang bersifat rekomendasi yang implementasinya tergantung kepentingan pihak yang berwenang atau berkepentingan dengan pelaksanaan pasal tersebut.

Lobby dan Tim Perumus tanpa adanya transkrip atau *minderheidsnota* yang sebenarnya merupakan bagian penting dari perumusan suatu Konstitusi. Dengan demikian sebagian besar anggota MPR tidak dilibatkan dalam proses pembuatan keputusan tersebut. Hal ini terlihat terutama pada Amandemen ketiga yang banyak diwarnai oleh friksi intra fraksi sebagai reaksi atas keputusan lobi antar parpol.

2. Negara Hukum dalam UUD 1945 Perubahan

Konstitusi adalah undang-undang dasar atau norma dasar *Grundnorm* yang diandaikan sebagai sesuatu dimana segalanya dimulai. Suatu *Grundnorm* adalah suatu hipotesis awal yang tidak bisa tidak harus lebih dahulu diasumsikan adanya untuk bisa menerima sahnya norma positif lainnya¹²¹. Jika diibaratkan sebagai kontrak, UUD adalah wujud kontrak sosial bersama antara warga negara dan negara. Ia harus berangkat dari jiwa atau spirit yang dapat dimengerti dan dipahami seluruh rakyat Indonesia. Konstitusi juga merupakan kongkritasi nilai-nilai, prinsip-prinsip dan elemen-elemen negara hukum yang dikonstruksikan secara normatif kedalam pasal-pasal di dalam UUD 1945 sehingga memiliki kekuatan hukum mengikat negara, pemerintah dan setiap warganegara, dan dapat dimintakan pertanggungjawaban hukumnya jika ketentuan dalam konstitusi itu diabaikan atau dilanggar.

Konstitusi juga menjadi pedoman dan norma dasar dari undang-undang yang ada di bawahnya. Semakin jelas substansi dan rumusan konstitusi, akan semakin jelas juga substansi dan rumusan undang-undang yang ada di bawahnya; sekaligus

dapat menjadi alat ukur atau alat uji apakah undang-undang yang ada dibawahnya itu sejalan atau tidak dengan UUD. Lebih dari itu, Konstitusi adalah garansi konstitusional tertinggi terhadap hak-hak setiap subjek hukum yang ada di negara bersangkutan. Semakin kuat jaminan konstitusional HAM di dalam UUD 1945, semakin tinggi kualitas negara hukum dan demokrasi di negara tersebut. Tetapi sebaliknya, jika jaminan UUD 1945 lemah maka dapat dipastikan negara hukum dan demokrasi di negara itu pun rapuh. Jaminan konstitusi atas HAM adalah pondasi yang menentukan kokoh tidaknya bangunan negara hukum dan demokrasi di negara bersangkutan.

Berangkat dari pemikiran di atas, konstruksi negara hukum dalam konstitusi Indonesia mengalami perubahan mendasar bila dibandingkan diantara masing-masing konstitusi yang pernah berlaku. Dalam Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) jaminan negara hukum dirumuskan secara tegas dalam Pasal 1 ayat (1) yang berbunyi: "Republik Indonesia yang merdeka dan berdaulat ialah suatu *negara hukum* yang demokrasi dan berbentuk federasi". Sementara dalam UUDS 1950 Pasal 1 ayat (1) disebutkan; "Republik Indonesia yang merdeka dan berdaulat ialah suatu negara hukum yang demokratis dan berbentuk kesatuan".

Negara hukum di dalam kedua undang-undang dasar dirumuskan secara ekspelisit dalam Pasal atau batang tubuh, sementara dalam UUD 1945, hanya ditempatkan pada bagian penjelasan dari UUD 1945 dengan satu rumusan kalimat bahwa "Negara Indonesia berdasar atas hukum (*rechtsstaat*), tidak berdasarkan atas kekuasaan belaka (*machtsstaat*)".

Penempatan jaminan negara hukum dalam penjelasan, dan tidak dalam pasal tersendiri, serta menempatkan kata "negara hukum" pada satu rangkaian kata "kekuasaan belaka", mengindikasikan dominannya negara berdasarkan kekuasaan dibanding negara beradaskan hukum. Tetapi semenjak dilakukan perubahan ketiga, negara hukum disebutkan secara ekspelisit dalam Pasal 1 ayat (3) yang berbunyi: "Negara Indonesia adalah negara hukum".

¹²¹ Lihat Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russel & Russel, New York, 1961, hlm. 35, yang terdapat juga dalam bukunya, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967, hlm. 4-5.

Selain yang telah disebutkan secara harfiah dalam Pasal 1 ayat (3) tersebut, elemen-elemen yang menunjukkan Indonesia adalah negara hukum tersebar dalam sejumlah pasal, baik yang terumus pada perubahan pertama, perubahan kedua, perubahan ketiga, dan perubahan keempat.¹²²

(1) Negara Hukum pada Perubahan Pertama¹²³

UUD 1945 pada perubahan pertama belum mencantumkan secara formal ekspelisis dalam pasal tertentu tentang negara hukum, tetapi perubahan dan penambahan sejumlah pasal pada perubahan pertama ini sudah memuat substansi negara hukum. Dari keseluruhan perubahan pertama, perubahan Pasal 7 UUD 1945¹²⁴ adalah perubahan paling mendasar dalam mengisi substansi negara hukum karena tegas membatasi masa jabatan Presiden dan Wakil Presiden.

Membatasi dua kali masa jabatan Presiden, berarti membatasi masa jabatan politik atau kekuasaan, dan menunjukkan adanya supremasi hukum atas politik sebagai ciri dan elemen utama negara hukum. Dengan pembatasan tersebut diharapkan tidak terjadi lagi penyalahgunaan

wewenang atau kekuasaan di masa-masa mendatang, sebagaimana era Orde Baru.

Dominasi politik atas hukum selama usia UUD 1945 tidak lepas dari besarnya kekuasaan eksekutif (Presiden) yang membuat hubungan kekuasaan antara Presiden (eksekutif), legislatif dan Yudikatif tidak seimbang atau tidak terdapat sistem *checks and balances*. Itulah kelemahan konstitusional yang sangat mencolok, yang membuat Presiden tidak terkontrol (*out of control*) dan banyak melakukan penyalahgunaan wewenang, termasuk melakukan tafsir otoritarianistik atas UUD 1945.

Pada perubahan pertama, dirubah pula muatan janji Presiden yang menegaskan agar Presiden berpegang teguh pada UUD dan melaksanakan segala perintah undang-undang demi bangsa dan negara¹²⁵. Penegasan ini jelas terkait dan tidak dipisahkan dari pengalaman dua Presiden sebelumnya (Soekarno dan Soeharto) yang tidak secara tegas menyatakan hal demikian.

Terdapat pula amandemen terhadap beberapa pasal yang membatasi kewenangan Presiden yang dinilai terlalu besar di dalam UUD 1945. Ketentuan yang menyatakan bahwa Presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR)¹²⁶ dibalik menjadi kewenangan DPR¹²⁷. Namun

¹²² Perubahan UUD 1945 dilakukan secara bertahap dan menjadi salah satu agenda Sidang Tahunan MPR. Sidang Tahunan MPR baru dikenal pada masa reformasi berdasarkan Pasal 49 dan Pasal 50 Ketetapan MPR No. II/MPR/1999 tentang Peraturan Tata Tertib Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia.

¹²³ Perubahan Pertama dilakukan dalam Sidang Tahunan MPR Tahun 1999 yang meliputi Pasal 5 ayat (1), Pasal 7, Pasal 9, Pasal 13 ayat (2), Pasal 14, Pasal 15, Pasal 17 ayat (2) dan (3), Pasal 20, dan Pasal 22 UUD 1945.

¹²⁴ Pasal 7 UUD 1945 (sebelum perubahan) berbunyi: "Presiden dan Wakil Presiden memegang jabatannya selama lima tahun, dan sesudahnya dapat dipilih kembali".

¹²⁵ Pasal 9 berbunyi: "Saya berjanji dengan sungguh-sungguh akan memenuhi kewajiban Presiden Republik Indonesia (Wakil Presiden Republik Indonesia) dengan sebaik – baiknya dan seadil-adilnya, memegang teguh Undang-Undang Dasar dan menjalankan segala undang-undang dan peraturannya dengan selurus-lurusnya serta berbakti, kepada Nusa dan Bangsa".

¹²⁶ Pasal 5 UUD 1945 ayat (1) "Presiden memegang kekuasaan membentuk undang-undang dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat".

¹²⁷ Pasal 20 ayat (1) UUD 1945 Perubahan: "Dewan Perwakilan Rakyat memegang kekuasaan membentuk undang-undang".

Presiden tetap berhak mengajukan rancangan undang-undang untuk mendapat persetujuan DPR¹²⁸. Perubahan ini bertujuan untuk memberikan penguatan kepada DPR, walau tidak mengubah hakikat bahwa badan legislatif tidak hanya monopoli DPR. Badan ini memang memegang kekuasaan legislasi, namun tidak menyebabkan DPR menjadi badan legislatif tunggal, karena sebagian kewenangan legislasi tetap berada di tangan Presiden.¹²⁹ Presiden tetap memegang kekuasaan legislatif bersama-sama dengan DPR, dan untuk beberapa hal sebagaimana diatur dalam Pasal 22 ayat (2) UUD 1945 bersama-sama juga dengan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR).¹³⁰

Legalisasi konstitusi atas kewenangan, dan saling kontrol kewenangan antara Presiden (eksekutif) dengan DPR (legislatif) dalam hal pembuatan undang-undang, menjadikan perimbangan dan kontrol kekuasaan diantara dua cabang kekuasaan terjaga. Di satu sisi menjaga jangan sampai Presiden membuat undang-undang yang bertentangan dengan prinsip negara hukum dan demokrasi, dan di sisi lain menghindarkan DPR menjadi lembaga yang terlalu kuat (*super body*) dan membuat undang-undang yang terlalu mengontrol pemerintah.

¹²⁸ Pasal 5 ayat (1) UUD 1945 Perubahan: "Presiden berhak mengajukan rancangan undang-undang kepada Dewan Perwakilan Rakyat".

¹²⁹ Pasal 22 ayat (1) "Dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa, Presiden berhak menetapkan peraturan pemerintah sebagai pengganti undang-undang".

¹³⁰ Pasal 22 ayat (2) "Peraturan pemerintah itu harus mendapat persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat dalam persidangan yang berikut.

(2) Negara Hukum pada Perubahan Kedua¹³¹

Substansi negara hukum pada perubahan kedua terdapat dalam Pasal 20¹³²; Pasal 20A¹³³; Pasal 28A-28I, dan Pasal 30. Pasal 20 adalah pasal yang menegaskan kepastian berlakunya undang-undang yang telah disetujui bersama tetapi tidak disahkan oleh Presiden. Pasal ini diperlukan untuk mencegah kemungkinan Presiden menggantung suatu undang-undang yang telah disepekat bersama antara DPR dan Presiden.

Dengan amandemen UUD 1945, kedudukan DPR telah diperkuat, bukan saja dalam kewenangan legislasi,

¹³¹ Perubahan Kedua dilakukan dalam sidang Tahunan MPR Tahun 2000 yang meliputi Pasal 18, Pasal 18A, Pasal 18B, Pasal 19, Pasal 20 ayat (5), Pasal 20A, Pasal 22A, Pasal 22B, Bab IXA, Pasal 28A, Pasal 28B, Pasal 28C, Pasal 28C, Pasal 28D, Pasal 28E, Pasal 28F, Pasal 28G, Pasal 28H, Pasal 28I, Pasal 28J, Bab XII, Pasal 30, Bab XV, Pasal 36A, Pasal 36B, dan Pasal 36C UUD 1945

¹³² Pasal 20, "Dalam hal rancangan undang-undang yang telah disetujui bersama tersebut tidak disahkan oleh Presiden dalam waktu tiga puluh hari semenjak rancangan undang-undang tersebut disetujui, rancangan undang-undang tersebut sah menjadi undang-undang dan wajib diundangkan".

¹³³ Pasal 20A: ayat (1) Dewan Perwakilan Rakyat memiliki fungsi legislasi, fungsi anggaran, dan fungsi pengawasan; ayat (2) Dalam melaksanakan fungsinya, selain hak yang diatur dalam pasal-pasal lain Undang-Undang Dasar ini, Dewan Perwakilan Rakyat mempunyai hak interplasi, hak angket, dan hak menyatakan pendapat; ayat (3) Selain hak yang diatur dalam pasal-pasal lain dalam UUD ini, setiap anggota Dewan Perwakilan Rakyat mempunyai hak mengajukan pertanyaan, menyampaikan usul dan pendapat, serta hak imunitas; dan ayat (4) Ketentuan lebih lanjut tentang hak Dewan Perwakilan Rakyat dan hak anggota Dewan Perwakilan Rakyat Daerah diatur dalam undang-undang.

namun juga dalam hal anggaran dan pengawasan. Presiden tidak dapat membubarkan DPR yang anggota-anggotanya dipilih oleh rakyat melalui pemilihan umum secara berkala lima tahun sekali. Meskipun demikian, Presiden tidak bertanggungjawab kepada DPR. Inilah sesungguhnya inti dari sistem pemerintahan Presidensial yang kita anut. Para menteri adalah pembantu Presiden, yang diangkat dan diberhentikan oleh Presiden, dan karena itu bertanggungjawab kepada Presiden. DPR memang memiliki wewenang melakukan pengawasan, namun tidak dapat "memanggil" para menteri yang dapat menimbulkan kesan bahwa yang satu adalah bawahan dari yang lain, apalagi meminta pertanggungjawabannya. Pertanggungjawaban akhir penyelenggaraan pemerintahan negara, sesungguhnya terletak di tangan Presiden. DPR juga tidak dapat mendesak Presiden untuk memberhentikan menteri, karena pengangkatan dan pemberhentiannya adalah kewenangan Presiden yang tidak dapat dicampuri oleh lembaga negara yang lain.

Pada Pasal 28 terjadi perubahan yang sangat mendasar, bukan saja secara kuantitatif jumlah pasal bertambah dari hanya Pasal 28 menjadi 28A hingga 28 J, tetapi juga semakin menegaskan substansi negara hukum di bidang perlindungan HAM. Dengan perubahan tersebut, warganegara Indonesia tidak saja bermakna sebagai Individu subjek hukum yang harus memperoleh perlindungan hukum, tetapi juga sebagai "seseorang" yang harus dihormati, dihargai dan dilindungi harkat dan martabatnya sebagai manusia.¹³⁴

Perubahan kedua lainnya yang secara signifikan bermuatan substansi negara hukum adalah penegasan kedudukan dan peran Kepolisian Indonesia sebagai alat negara (*state apparatus*) penegak hukum¹³⁵. Perubahan peran kepolisian

¹³⁴ Bagian ini akan dijelaskan lebih terperinci pada bagian lain dalam bab ini juga.

¹³⁵ Pasal 30 Kepolisian Negara Republik Indonesia sebagai alat negara yang menjaga keamanan dan ketertiban masyarakat

ini sekaligus menegaskan kedudukan Kepolisian sebagai lembaga penegakan hukum yang terpisah dari TNI. Dengan jaminan Pasal 30 UUD 1945 itu, Kepolisian negara akan semakin jelas dan tegas arah, fungsi dan kewenangannya selaku aparat penegak hukum dan ketertiban, dan tidak lagi menjadi bagian dari struktur TNI yang berada di bawah bayang-bayang, bahkan dibawah komando Panglima TNI.

Patut ditambahkan bahwa perubahan pertama dan perubahan kedua UUD 1945, telah memuat prinsip pemisahan kekuasaan secara horizontal jelas mulai dianut oleh para perumus perubahan UUD 1945 seperti tercermin dalam perubahan Pasal 5 (1) dan Pasal 20 ayat (1) sampai ayat (5). Dengan kata lain, perubahan pertama dan perubahan kedua telah menghasilkan pemisahan kekuasaan ke dalam fungsi-fungsi yang tercermin dalam lembaga-lembaga negara yang sederajat dan saling mengimbangi (*checks and balances*).

(3) Negara Hukum pada Perubahan Ketiga¹³⁶

Perubahan ketiga dapat dikatakan sebagai perubahan yang paling mewarnai keseluruhan perubahan UUD 1945, selain karena jumlah pasal atau ayat yang berubah atau bertambah cukup banyak tetapi juga kandungan substansi yang dirubah juga mendasar. Sejumlah pengamat, seperti

bertugas melindungi, mengayomi, melayani masyarakat, serta menegakkan hukum.

¹³⁶ Perubahan Ketiga yang ditetapkan pada Sidang Tahunan MPR Tahun 2001 mengubah dan atau menambah ketentuan-ketentuan Pasal 1 ayat (2) dan (3), Pasal 3 ayat (1), (3), dan (4), Pasal 6 ayat (1) dan (2), Pasal 6A ayat (1), (2), (3), dan (5), Pasal 7A, Pasal 7B ayat (1), (2), (3), (4), (5), (6), dan (7), Pasal 7C, Pasal 8 ayat (1) dan (2), Pasal 11 ayat (2) dan (3), Pasal 17 ayat (4), Bab VIIA, Pasal 22C ayat (1), (2), (3), dan (4), Pasal 22D ayat (1), (2), (3), dan (4), Bab VIIB, Pasal 22E ayat (1), (2), (3), (4), (5), dan (6), Pasal 23 ayat (1), (2), dan (3), Pasal 23A, Pasal 23C, Bab VIIIA, Pasal 23E ayat (1), (2), dan (3), Pasal 23F ayat (1),

Kawamura dan Ellis yang dikutip Denny¹³⁷ menyebut perubahan ketiga sebagai perubahan yang memperkuat karakter demokratis dan fundamental bagi lembaga negara Indonesia. Secara berturut-turut, perubahan dalam konteks negara hukum, dapat dijelaskan sebagai berikut:

Pertama, Pasal 1 ayat (2)¹³⁸ telah merubah kewenangan MPR yang sebelumnya menjalankan kedaulatan rakyat, maka sekarang kedaulatan rakyat tetap berada di tangan rakyat, tanpa diwakili atau direpresentasikan oleh lembaga atau institusi negara dan dilaksanakan menurut undang-undang. Makna paling penting dari perubahan ini: (i) bahwa kedaulatan rakyat langsung ada di tangan rakyat, dan kelak dipergunakan pada saat rakyat menunaikan hak pilih langsungnya dalam memilih anggota Parlemen, pemilihan Presiden Wakil Presiden serta pemilihan Gubernur, Bupati dan Wali Kota, dan (ii) dari sudut konsep negara hukum, penggunaan kedaulatan rakyat itu dilakukan dan didasarkan pada undang-undang dasar. Dengan demikian, perubahan kedua ini telah menempatkan rakyat Indonesia sebagai subjek hukum yang memiliki otoritas langsung dan menentukan bagi kehidupan politik; sesuatu yang belum pernah terjadi dalam sejarah Indonesia merdeka.

Kedua, Pasal 1 ayat (3) yang berbunyi "Negara Indonesia adalah negara hukum", yang ditempatkan dalam Bab I yang mengatur Bentuk dan Kedaulatan, dan diletakkan dalam ayat ketiga setelah ayat bentuk negara dan kedaulatan, menunjukkan perubahan pondasi negara dari dasar yang

kabur, apakah berdasarkan hukum (*rechtsstaat*) atau berdasarkan kekuasaan (*machtsstaat*) sebagaimana disebutkan dalam Penjelasan UUD 1945 sebelum perubahan, telah terjawab dengan jelas bahwa Indonesia adalah negara hukum tanpa embel-embel.

Ketiga, Pasal 7A¹³⁹ memuat ancaman hukuman pemberhentian terhadap Presiden dan atau wakil Presiden bila keduanya, atau salah satu diantaranya terbukti melakukan pelanggaran hukum. Ketentuan ini menunjukkan kemajuan penting UUD 1945 yang menempatkan Presiden dan atau wakil Presiden sebagai hamba hukum yang dapat diberhentikan jika melanggar undang-undang. Dalam konteks supremasi hukum, ketentuan ini menjadi garansi, sekaligus membangun kepercayaan publik bahwa tidak ada seorangpun dalam negara hukum yang kebal terhadap hukum.

Keempat, pasal-pasal yang mengatur mengenai kekuasaan kehakiman. Pasal 24 misalnya menegaskan bahwa: (1) Kekuasaan Kehakiman merupakan kekuasaan yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan. (2) Kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer, lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. (3) Badan-badan lain yang fungsinya berkaitan dengan kekuasaan kehakiman diatur dalam undang-undang. Ketentuan pasal perubahan tersebut menegaskan

dan (2), Pasal 23G ayat (1) dan (2), Pasal 24 ayat (1) dan (2), Pasal 24A ayat (1), (2), (3), (4), dan (5), Pasal 24 B ayat (1), (2), (3), dan (4), Pasal 24C ayat (1), (2), (3), (4), (5), dan (6) UUD 1945.

¹³⁷ Denny, *op.cit.*, hlm. 274.

¹³⁸ Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut undang-undang dasar.

¹³⁹ Pasal 7A Presiden dan/atau Wakil Presiden dapat diberhentikan dalam masa jabatannya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat atas usul Dewan Perwakilan Rakyat, baik apabila terbukti telah melakukan pelanggaran hukum berupa pengkhianatan terhadap negara, korupsi, penyuapan, tindak pidana berat lainnya, atau perbuatan tercela maupun apabila terbukti tidak lagi memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden.

kemerdekaan atau independensi kekuasaan kehakiman. Jika selama ini kekuasaan kehakiman berdiri di atas dua kaki; satu kaki di Mahkamah Agung, satu kaki lainnya di Departemen Kehakiman maka sekarang berada sepenuhnya dalam kewenangan Mahkamah Agung.

Tuntutan kemerdekaan kekuasaan kehakiman merupakan tuntutan universal. Pasal 10 Deklarasi Universal HAM menegaskan: "Setiap orang berhak dalam persamaan sepenuhnya didengarkan suaranya di muka umum dan secara adil oleh pengadilan yang merdeka dan tidak memihak, dalam hal menetapkan hak-hak dan kewajiban-kewajibannya dan dalam setiap tuntutan pidana yang ditujukan kepadanya. Sementara Pasal 8 berbunyi: "Setiap orang berhak atas pengadilan yang efektif oleh hakim-hakim nasional yang kuasa terhadap tindakan perkosaan hak-hak dasar, yang diberitakan kepadanya oleh undang-undang dasar negara atau undang-undang".

Kemerdekaan kekuasaan kehakiman tersebut potensial tidak bisa dilaksanakan oleh hakim berkaitan dengan institusi Kejaksaan yang dalam UU No. 16 tahun 2004 tentang Kejaksaan menyebutkan bahwa kejaksaan (Jaksa Agung) adalah lembaga Pemerintah,¹⁴⁰ dan bukan alat negara penegak hukum. Dengan demikian Jaksa Agung menjadi tidak independen, sehingga sulit diharapkan penegakan hukum yang independen terbebas dari pengaruh politik. Meskipun dikatakan hakim bebas dalam mengambil keputusan, namun terikat pada apa yang didakwakan penuntut umum, hakim tidak boleh menjatuhkan pidana diluar dakwaan penuntut umum.

¹⁴⁰ Bagian Kedua, Kedudukan Pasal 2 ayat (1) "Kejaksaan Republik Indonesia yang selanjutnya dalam UU ini disebut Kejaksaan adalah lembaga pemerintahan yang melaksanakan kekuasaan negara di bidang penuntutan serta kewenangan lain berdasarkan undang-undang.

Sistem peradilan terpadu mensyaratkan, instansi penegak hukum saling kontrol dan semuanya independen. KUHAP menunjukkan kurang adanya saling kontrol antara penegak hukum, sehingga sulit untuk mengatakan ada sistem peradilan pidana terpadu (*integrated criminal justice system*). Sebenarnya sistem hukum acara pidana Indonesia yang bertumpu pada sistem hukum Eropa Kontinental, hakim tidak saja melakukan perbuatan mengadili tetapi juga perbuatan penuntutan (*daden van vervolging*), misalnya perpanjangan penahanan, izin penggeledahan, penuntutan hari sidang dan lain-lain yang merupakan kontrol kepada penyidik dan penuntut umum. Sebenarnya Jaksapun melakukan kontrol negatif (*negatieve controle van het OM*) terhadap hakim, karena dalam tuntutannya ia menuntut pidana, sesudah menguraikan hal-hal yang memberatkan dan meringankan terdakwa.

Dengan demikian, jika kejaksaan independen akan menunjang putusan hakim yang independen pula, karena hakim tidak dapat mencari perkara sendiri, sangat tergantung pada apa yang didakwakan jaksa. Hakim tidak boleh memutus lain dari yang didakwakan jaksa. Jadi, jika dakwaan jaksa penuntut umum lain dari perbuatan yang sungguh-sungguh dilakukan, maka hakim akan memutus pula lain dari perbuatan yang sungguh-sungguh dilakukan.

Kelima, Amandemen ketiga telah menciptakan lembaga baru, yakni Mahkamah Konstitusi (MK). Dengan demikian, kekuasaan kehakiman dilakukan oleh dua lembaga, yakni Mahkamah Agung (MA) dan MK. Keberadaan MK adalah suatu gagasan yang baik, untuk memeriksa perkara-perkara yang terkait langsung dengan konstitusi. Kekuasaan Kehakiman sebagai cabang kekuasaan yang merdeka, memang harus terpisah secara ketat dengan cabang-cabang kekuasaan negara lainnya. Kini, MA dan MK secara administrasi, personil dan keuangan benar-benar independen, apalagi dalam menangani perkara. Jadi, meskipun dalam hal legislasi ada pembagian kekuasaan antara Presiden, DPR dan DPD, namun dalam hal kekuasaan kehakiman adalah

kekuasaan yang merdeka dan bebas dari campur-tangan lembaga manapun juga.

MA berwenang memeriksa perkara pada tingkat kasasi dan peninjauan kembali, memberikan pertimbangan kepada Presiden, dan menguji peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang terhadap undang-undang. Amandemen UUD 1945 memberikan kewenangan kepada MK untuk mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar, memutus sengketa kewenangan lembaga negara yang kewenangannya diberikan oleh Undang-Undang Dasar, memutus pembubaran partai politik dan memutus perselesaian tentang hasil pemilihan umum.

Dalam hal kewenangan MK melakukan uji materil undang-undang terhadap UUD yang telah dilaksanakan dalam praktik, pemberian "*legal standing*" kepada perorangan yang merasa hak konstitusionalnya dilanggar dengan berlakunya suatu undang-undang merupakan kemajuan penting dalam negara hukum Indonesia. Sebagai penjaga konstitusi, MK memeriksa dan memutus permohonan uji materil secara murni normatif dan akademis yang diajukan perseorangan, demi menjaga agar konstitusi tidak dilanggar oleh kepentingan politik atau kesalahan konsepsi normatif ketika lembaga-lembaga yang memiliki kewenangan legislasi membuat undang-undang.

Keenam, perubahan ketiga yang mendasar lainnya adalah dibentuknya Komisi Yudisial (KY). Lembaga yang diatur dalam Pasal 24B ini tugas pokoknya adalah mengusulkan pengangkatan hakim agung dan mempunyai wewenang lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat, serta perilaku hakim. Kehadiran KY sebagai lembaga pengawas eksternal diharapkan memperkuat fungsi, kewenangan, dan kewibawaan moral MA sebagai lembaga tertinggi penegakan hukum dan keadilan di Indonesia.

(4) Negara Hukum pada Perubahan Keempat¹⁴¹

Ide dan konstruksi normatif negara hukum pada perubahan keempat UUD 1945 sudah memasuki gagasan negara hukum yang berorientasi pada pemenuhan kesejahteraan sosial masyarakat. Cita-cita UUD 1945 sebagai konstitusi negara kesejahteraan¹⁴² atau *welfare state*, yang oleh Bung Hatta pernah diterjemahkan dengan perkataan negara pengurus¹⁴³, mulai secara eksplisit mengatur ke arah itu. Perubahan tentang pasal pendidikan¹⁴⁴ dan kebudayaan¹⁴⁵,

¹⁴¹ Perubahan keempat dilakukan dalam Sidang Tahunan MPR Tahun 2002. Perubahan dan atau penambahan dalam Perubahan Keempat tersebut meliputi Pasal 2 ayat (1); Pasal 6A ayat (4); Pasal 8 ayat (3); Pasal 11 ayat (1); Pasal 16, Pasal 23B; Pasal 23D; Pasal 24 ayat (3); Bab XIII, Pasal 31 ayat (1), (2), (3), (4), dan (5); Pasal 32 ayat (1), (2), (3), dan (4); Bab IV, Pasal 33 ayat (4) dan (5); Pasal 34 ayat (1), (2), (3), dan (4); Pasal 37 ayat (1), (2), (3), (4), dan (5); Aturan Peralihan Pasal I, II, dan III; Aturan Tambahan Pasal I dan II UUD 1945.

¹⁴² Baca Jimly Asshiddiqie, "*UUD 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas di Masa Depan*", Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1998.

¹⁴³ Baca Jimly Asshiddiqie, *Gagasan...loc.cit.*

¹⁴⁴ Pasal 31 ayat (1) Setiap warga negara berhak mendapat pendidikan; (2) Setiap warga negara wajib mengikuti pendidikan dasar dan pemerintah wajib membiayainya; (3) Pemerintah mengusahakan dan menyelenggarakan satu sistem pendidikan nasional, yang meningkatkan keimanan dan ketakwaan serta ahlak mulia dalam rangka mencerdaskan kehidupan bangsa, yang diatur dengan undang-undang; (4) Negara memprioritaskan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya dua puluh persen dari anggaran pendapatan dan belanja negara serta dari anggaran pendapatan dan belanja daerah untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional.

¹⁴⁵ Pasal 32 ayat (1) Negara memajukan kebudayaan nasional Indonesia di tengah peradaban dunia dengan menjamin

perekonomian dan kesejahteraan sosial¹⁴⁶ sudah secara ekspelisit menegaskan substansi terpenuhinya hak-hak dimaksud sebagai pondasi bagi terpenuhinya hak-hak yang lain, terutama di bidang hak-hak sipil dan hak politik, serta kelangsungan hidup dan kehidupan warganegara.

Jaminan pemenuhan hak atas pendidikan, hak atas kesehatan dan hak atas kehidupan ekonomi yang layak, tidak saja secara harfiah berarti terbebasnya rakyat dari buta huruf, dari rendahnya tingkat kesehatan, dan kemiskinan, tetapi juga bermakna bagi terbukanya peluang dan kesempatan yang sama bagi setiap orang (warganegara) untuk menggapai (mengakses) keadilan berdasarkan prinsip persamaan di depan hukum (*equality before the law*).

kebebasan masyarakat dalam memelihara dan mengembangkan nilai-nilai budayanya; (2) Negara menghormati dan memelihara bahasa daerah sebagai kekayaan budaya nasional.

- ¹⁴⁶ Pasal 33 ayat (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan; (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara; (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara; dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat; (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional; (5) Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang. Pasal 34 ayat (1) Fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara; (2) Negara mengembangkan sistem jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan; (3) Negara bertanggung jawab atas penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak; (4) Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam undang-undang.

Asas-asas hukum yang dibangun atas dasar persamaan kemanusiaan, hanya akan menjadi kata-kata indah dalam buku-buku hukum atau undang-undang yang tidak dapat digapai, dirasakan atau dinikmati oleh mereka yang tidak sehat secara jasmani, tidak berpendidikan, dan miskin. Asas-asas indah itu bagi mereka yang tidak beruntung hanya utopia yang menyakitkan hati karena hanya bisa dinikmati oleh mereka yang sehat, berpendidikan dan beruntung secara ekonomi.

Mendorong tercapainya persamaan status sosial antar individu dalam masyarakat menjadi kondisi yang mau tidak mau harus dipenuhi oleh negara demokratis modern, agar kesempatan yang sama yang diberikan oleh undang-undang di bidang hak-hak hukum dan hak-hak politik dapat digapai. Kalau tidak maka hak-hak hukum dan politik itu menjadi sia-sia. Karena itu pembebasan rakyat dari buta huruf dan kemiskinan mutlak harus dilakukan oleh negara;¹⁴⁷ selain karena kedua keterbelakangan itu secara harfiah mengancam hidup dan kehidupan manusia sekarang dan jangka panjang (generasi), tetapi juga menyebabkan mereka (sekali lagi) kehilangan kesempatan memenuhi hak-haknya yang lain. Negara yang tidak bersungguh-sungguh menunjukkan fakta empiris mengatasi keadaan tersebut, apalagi membiarkannya, dapat dikategorikan melakukan kejahatan dengan pembiaran (*crime by omission*).¹⁴⁸

¹⁴⁷ Piere Spitz mengatakan bahwa kelaparan adalah kekerasan yang diam (*silent violence*) di jaman modern. Baca Piere Spitz, *Silent Violence: Femine and Inequalities*, *International Review of Social Science*, vol. XXX, no. 4, Tahun 1978.

¹⁴⁸ Suatu bentuk kekerasan tidak langsung dimana seseorang atau penduduk yang dalam keadaan bahaya atau terancam nyawa atau kehidupannya tidak ada yang menolong, padahal seseorang atau negara bisa memberikan pertolongan itu. Bandingkan dengan penjelasan dan analisis Jamil Salmi, *Violence.....op. cit.*, hlm. 125-140.

3. Perlindungan HAM dalam UUD 145 Perubahan

Perubahan UUD 1945 bukan hanya perubahan redaksional, melainkan perubahan paradigma pemi-kiran yang sangat mendasar. Tetapi bagaimana cetak biru dan desain makro penjabaran ide negara hukum itu, sejauh ini belum pernah dirumuskan secara kom-prehensif. Membangun suatu negara hukum harus diletakkan dalam satu kesatuan sistem hukum yang mencakup elemen kelemba-gaan (*elemen institusional*); elemen kaedah (*ele-men instrumental*), dan elemen perilaku para subjek hu-kum yang menyanggah hak dan kewajiban yang ditentukan oleh norma aturan itu (*elemen subjektif dan kultural*).¹⁴⁹

Ketiga elemen sistem hukum itu menurut Jymly¹⁵⁰ mencakup (a) kegiatan pembuatan hukum (*law making*), (b) kegiatan pelaksanaan atau pene-rapan hukum (*law administrating*), dan (c) kegiatan per-adil-an atas pelanggaran hukum (*law adjudicating*). Biasanya, kegiatan terakhir lazim juga disebut sebagai kegiatan pene-gakan hukum dalam arti yang sempit (*law enforcement*) yang di bidang pidana melibatkan peran kepolisian, kejaksa-an, advokat, dan kehakiman, atau di bidang perdata melibat-kan peran advokat (pengacara) dan kehakiman. Di samping itu, kegiatan lain yang sering dilupakan orang, yaitu: (d) pemasyarakatan dan pendidikan hukum (*law socialization and law education*) dalam arti seluas-luasnya yang juga berkaitan dengan (e) pengelolaan informasi hukum (*law infor-mation management*) sebagai kegiatan penunjang.

¹⁴⁹ Baca Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Sciene Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975.

¹⁵⁰ Baca Jimly Asshiddiqie, "Menyoal Moral Penegak Hukum", *Makalah* disampaikan pada acara Seminar dalam rangka Lustrum XI Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada. 17 Februari 2006, hlm. 1.

Ke-lima kegiatan itu biasanya dibagi ke dalam tiga wilayah fung-si kekuasaan negara, yaitu (i) fungsi legislasi dan regulasi, (ii) fungsi eksekutif dan administratif, serta (iii) fungsi yudikatif atau judisial¹⁵¹. Organ legislatif adalah lembaga parlemen, organ eksekutif adalah birokrasi pemerintahan, sedangkan organ judikatif adalah birokrasi aparaturnegakan hukum yang mencakup kepolisian, kejaksaan, dan pengadilan. Kese-mua itu harus pula dihubungkan dengan hirarkinya masing-masing mulai dari organ tertinggi sampai terendah, yaitu yang terkait dengan aparaturnegak tingkat pusat, aparaturnegak tingkat provinsi, dan aparaturnegak tingkat kabupaten/kota.¹⁵²

Dalam keseluruhan elemen, komponen, hirarki dan aspek-aspek yang bersifat sistemik dan saling berkaitan satu sama lain itulah,¹⁵³ tercakup pengertian sistem hukum yang harus dikembangkan dalam kerangka negara hukum Indonesia berdasarkan UUD 1945. Jika dinamika yang berkenaan dengan keseluruhan aspek, elemen, hirarki dan komponen tersebut tidak bekerja secara seimbang dan sinergis, maka hukum sebagai satu kesatuan sistem juga tidak dapat diharapkan tegak sebagaimana mestinya.

Segera setelah agenda *constitutional reform* (pembaruan konstitusi), Jymly¹⁵⁴ menegaskan perlunya melanjutkan agenda dengan melakukan *legal reform* (pembentuk-an dan pem-baruan hukum) yang juga besar-besaran. Jika kita mencermati ketentuan-ketentuan dalam UUD 1945 setelah empat kali diubah, terdapat 22 butir ketentuan yang menyatakan "diatur dengan undang-undang" atau "diatur

¹⁵¹ Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Translated by Thomas Nugent, G. Bell & Sons, Ltd, London, 1914, Part XI, Chapter 67.

¹⁵² Jymly, *op.cit.*, hlm. 2.

¹⁵³ Hans Kelsen, *General...op.cit.*, hlm. 115 dan 123-124.

¹⁵⁴ Jimly, *Makalah...op. cit.*, hlm. 4.

lebih lanjut dengan undang-undang”; 11 butir ketentuan yang menyatakan “diatur dalam undang-undang” atau “diatur lebih lanjut dalam undang-undang”, dan 6 butir ketentuan menyatakan “ditetapkan dengan undang-undang”.

Sebagai konsekuensi dari supremasi konstitusi dan hierarki perundang-undangan dalam suatu sistem hukum, maka perubahan konstitusi mengharuskan adanya perubahan terhadap perundang-undangan dalam sistem hukum tersebut, serta pelaksanaannya oleh pihak yang berwenang. Demikian pula halnya dengan perubahan UUD 1945 yang cukup mendasar dan meliputi hampir keseluruhan ketentuan yang terdapat di dalamnya, harus diikuti dengan perubahan perundang-undangan yang berada di bawahnya dan pelaksanaannya oleh organ yang berwenang.¹⁵⁵ Ketentuan perundang-undangan yang telah ada yang bersumber pada ketentuan tertentu dalam UUD 1945 sebelum perubahan harus dilihat kembali kesesuaiannya dengan ketentuan hasil perubahan UUD 1945.

Sebagai suatu kesatuan sistem hukum, upaya perubahan perundang-undangan untuk menyesuaikan dengan perubahan UUD 1945 seharusnya adalah bagian yang tidak terpisahkan dari pembangunan hukum nasional secara keseluruhan. Karena itu, perubahan berbagai perundang-undangan sebaiknya dilakukan secara terencana dan partisipatif dalam program legislasi nasional sekaligus bentuk *legislatif review*. Program legislasi nasional harus disusun pertama dan utamanya adalah untuk melaksanakan ketentuan dalam UUD 1945. Berdasarkan ketentuan UUD 1945 dapat

¹⁵⁵ Hukum dapat dikategorikan menjadi empat kelompok pengertian hukum dilihat dari wilayah pembuatan dan pembentukan hukum, yaitu Hukum Negara (*The State's Law*), Hukum Adat (*The People's Law*), Doktrin (*The Professor's Law*), dan hukum praktik (*The Professional's Law*). Lihat Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 4.

dielaborasi perundang-undangan yang harus dibuat dalam program legislasi nasional baik di bidang politik, ekonomi, maupun sosial.

Disamping itu masyarakat juga harus didorong atau kondisikan untuk mulai hidup ber hukum dengan benar dengan mengajukan permohonan *constitutional review* kepada Mahkamah Konstitusi terhadap Undang-Undang yang dianggap merugikan hak konstitusionalnya dalam UUD 1945 yang telah diubah.¹⁵⁶ Masyarakat juga dapat mengajukan *judicial review* kepada Mahkamah Agung terhadap peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang yang dianggap bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.

Putusan pengujian Undang-Undang terhadap UUD 1945 yang telah dibuat oleh MK terhadap berbagai permohonan pengujian yang diajukan juga harus diperhatikan dalam upaya pembangunan hukum nasional khususnya perubahan perundang-undangan.¹⁵⁷ Dalam putusan-putusan tersebut memuat pengertian-pengertian dan konsep-konsep terkait dengan pemahaman suatu ketentuan dalam konstitusi. Hingga saat ini telah terdapat berbagai putusan MK baik di

¹⁵⁶ Berdasarkan Pasal 50 UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, kewenangan *constitutional review* Mahkamah Konstitusi dibatasi hanya untuk Undang-Undang yang ditetapkan sesudah perubahan pertama UUD 1945. Namun dalam putusan Perkara No. 04/PUU-I/2003 Pasal 50 Undang-Undang Tahun 2003 dikesampingkan oleh Mahkamah Konstitusi karena mereduksi kewenangan Mahkamah Konstitusi berdasarkan UUD 1945.

¹⁵⁷ Proses *judicial review* secara luas yang meliputi juga *constitutional review* telah menjadi sarana menegakkan supremasi konstitusi di negara-negara demokrasi modern. Lihat O. Hood Phillips and Paul Jackson, *Constitutional And Administrative Law*, Eighth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001, hlm. 7-8.

bidang politik¹⁵⁸, ekonomi¹⁵⁹, dan sosial¹⁶⁰ terkait dengan ketentuan dalam UUD 1945 yang secara langsung merupakan bentuk penghormatan dan perlindungan hak sipil dan hak politik maupun hak ekonomi, sosial-dan budaya.

Komponen-komponen penyempurnaan yang telah disebutkan di muka adalah dalam upaya menterjemahkan secara formal dan substantif negara hukum yang termuat dalam UUD 1945. Tidak kalah pentingnya adalah pembenahan penegakan hukum, baik pembenahan lembaga atau institusi penegak hukum maupun aparatur penegak hukumnya, karena sebaik apapun hukumnya (*good law*), tanpa kemauan dan kemampuan yang baik dari institusi penegak hukum beserta segenap sarana prasana pendukungnya (*good institution*), serta aparatur yang menegakkan atau melaksanakan hukum itu (*good man*), maka konstruksi negara hukum yang

diatur dalam Pasal 1 ayat (3) kembali akan menjadi utopia yang tidak akan pernah terwujud. Kalaupun dapat diwujudkan hanya bisa dinikmati oleh mereka yang memiliki akses untuk meraihnya.

Dengan kata lain perubahan sebagaimana telah dikemukakan masih memerlukan langkah-langkah lebih lanjut dari pemerintah sebagai pemegang kekuasaan. Kewenangan lembaga-lembaga independen yang disebut dalam UUD 1945, pengaturan lebih lanjut lembaga-lembaga politik dan pemerintahan, lembaga ekonomi dan dunia usaha, lembaga yang menangani kesejahteraan sosial dan budaya, serta penataan sistem dan aparatur hukum harus ditegaskan dalam pelbagai undang-undang sehingga substansi negara hukum dalam UUD 1945 Perubahan terwujud dan dirasakan oleh rakyat.

Dalam kaitan dengan perlindungan HAM, Pasal 27 dan Pasal 28 yang lebih rinci menjabarkan hak-hak yang diatur dalam UUD 1945 hanya akan menjadi normatif preskriptif saja tanpa implementasi, apabila pedoman dasar yang diatur dalam Pasal 28, dan 28A sampai 28J tidak ditindaklanjuti dengan undang-undang yang lebih implementatif dan mengikat secara hukum, serta instrumen-instrumen lembaga hukum yang dapat menjamin terpenuhi apa yang diatur tersebut. Selain itu, penghormatan dan perlindungan yang mencakup hak-hak ekonomi, sosial dan budaya akan juga menjadi slogan hukum belaka apabila kebijakan politik hukum tidak didukung ketersediaan sarana dan prasarana sosial dan ekonomi yang cukup.

Tidak ada artinya sama sekali memberikan hak atas pekerjaan, dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan apabila pemerintah dan swasta tidak menyediakan lapangan kerja, atau sistem penerimaan pekerja tidak terbuka, diskriminatif dan kolusif. Begitu pula hak atas pendidikan, hak atas kesehatan, hak atas perumahan, dan seterusnya; tidak akan terwujud jika pemerintah (terutama) tidak menjaminkannya dengan kuat dan pasti.[]

¹⁵⁸ Misalnya Putusan Mahkamah Konstitusi Perkara Nomor 011-017/PUU-I/2003 yang mengembalikan hak politik pasif dan aktif eks anggota PKI dan organisasi terlarang lainnya dengan menyatakan bahwa Pasal 60 huruf (g) UU No. 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah (LN Tahun 2003 Nomor 37, TLN Nomor 4277) bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

¹⁵⁹ Misalnya Putusan Mahkamah Konstitusi No. Perkara 002/PUU-I/2003 dalam perkara permohonan konstitusionalitas UU No. 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi, dan Putusan Mahkamah Konstitusi No. Perkara 001-021-022/PUU-I/2003 yang menyatakan UU No. 20 Tahun 2002 secara keseluruhan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat karena Pasal-Pasal yang diuji dan dinyatakan bertentangan dengan UUD 1945, yaitu Pasal 16, Pasal 17 ayat (3), dan Pasal 68 merupakan jantung dari UU No. 20 Tahun 2002.

¹⁶⁰ Misalnya Putusan No. Perkara 011/PUU-III/2005 dalam perkara permohonan pengujian UU No. 20 Tahun 2003 tentang Sistem Pendidikan Nasional.

tidak pernah bersifat otonom dan steril, melainkan sarat dengan kepentingan-kepentingan kelompok, atau kekuatan-kekuatan potensial dalam suatu negara yang menginginkan kepentingan-kepentingannya dilegalisasi atau diproteksi dalam undang-undang, karena undang-undang menurut Schuyt sebagaimana dikutip Duverger, merupakan "*een neerlag van politieke machtsverhoudingen*" (suatu endapan dari pertukaran antara kekuatan-kekuatan politik dalam masyarakat)³, atau dalam pandangan Karl Marx disebutnya sebagai representasi dari kekuatan-kekuatan kapitalis⁴.

Menganggap undang-undang steril dari pengaruh politik, sama artinya dengan mengingkari kenyataan bahwa undang-undang dibuat melalui proses politik, berada dalam realitas dan dimaksudkan untuk mengatur realitas. Dalam fungsinya mengatur realitas itu, pembuatan dan pelaksanaan undang-undang beserta segenap institusi dan manusia pelaksana dari undang-undang itu tidak bisa melepaskan diri dari pengaruh kekuatan-kekuatan sosial politik dalam masyarakat.

Adanya pengaruh kekuatan-kekuatan sosial dalam bekerjanya hukum ini berjalan secara simultan dan dialektis semenjak pembuatan undang-undang, penegakan hukum dan pemegang peran. Kekuatan-kekuatan sosial itu menurut Robert B. Seidman, akan terus berusaha masuk dan mempengaruhi setiap proses legislasi dan penegakannya⁵.

Pengaruh politik dalam produksi dan penegakan hukum telah lama menjadi perhatian kalangan penganut aliran ilmu-

ilmu sosial kritis⁶; salah satunya membuktikan betapa konflik ekonomi khususnya, ikut memengaruhi pembuatan aturan-aturan hukum. Hal ini mengambil contoh yang terjadi dalam RUU Pencegahan dan Pengawasan Obat-obat di Serikat tahun 1970.

RUU itu disusun untuk mengendalikannya penggunaan obat-obat bius yang berbahaya, dan kemungkinan bagi alat-alat penegak hukum untuk melakukan pemeriksaan pribadi tanpa ijin dalam rangka mencari adanya obat-obat bius yang berbahaya.

⁶ Aliran yang dipengaruhi oleh pandangan Karl Marx berkembang pesat di tangan Mazhab Frankfurt dengan tokoh utamanya seperti: Friedrich Pollock (ahli ekonomi), Theodor W. Adorno (musik, ahli sastra, psikolog dan filsuf), Franz Neumann dan Otto Kirchheimer (ahli hukum), Max Horkheimer (filsuf), Jurgen Habermas (filsuf). Aliran ini kemudian mempengaruhi analisis terhadap hukum, terutama kritik terhadap positivisme hukum; antara lain dapat disimak pada karya-karya Roberto Mangabera Unger, *Law and Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, 1976; Harold J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of The Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983; Herman Mannheim, *Criminal Justice and Social Reconstruction*, Kegan Paul, London, 1946; David M Trubek and Marc Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development studies in the United States*, Wisconsin Law Review, 1974; Daniel S Lev, *Hukum dan Politik di Indonesia, Kesenambungan dan Perubahan*, LP3ES, Jakarta. 1990. Di Indonesia, sejumlah ilmuan seperti Soetandyo Wignjosebroto, Satjipto Rahardjo, Moh. Mahfud MD, adalah mereka yang dapat dikategorikan penganut aliran kritis dalam ilmu hukum, karena mereka keluar dari kerangka berpikir legalistik dengan melihat hukum sebagai sesuatu yang bersifat variabel.

⁷ William....*Ibid.* hlm. 12.

³ Baca Satjipto Rahardjo, *Sosiologi Hukum Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, Muhamdiyah University Press, Surakarta, 2004, hlm. 127.

⁴ Baca A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosobroto, *Hukum dan Perkembangan Sosial Buku Teks Sosiologi Hukum (Buku I)*, Sinar Harapan, Jakarta, 1988, hlm. 141-200.

⁵ William J. Chambliss and Robert B Seidman, *Law and Development*, Reading, Mass, Addition Wesley, 1972. hlm. 12.

pembicaraan-pembicaraan dalam lembaga legislatif, tampak bahwa pembuatan RUU untuk mengawasi penggunaan dan distribusi obat bius di Amerika Serikat diliputi oleh kenyataan bahwa para anggota legislatif tidak mau menandatangani suatu RUU yang berlawanan dengan kepentingan-kepentingan industri farmasi, kendatipun dihadapkan pada bukti-bukti bahwa industri inilah yang sesungguhnya harus bertanggung jawab atas penyebaran obat-obat bius.

Peranan mereka yang berkepentingan dengan industri farmasi dalam pembuatan RUU itu terlihat jelas melalui lobi-lobi mereka kepada anggota parlemen. Akhirnya yang memperoleh penekanan dalam RUU itu adalah heroin, dan marijuana, yang tidak merupakan bagian dari sistem keuntungan perusahaan-perusahaan farmasi. Karena itu menurut Chambliss, RUU ini merupakan perlindungan bagi industri-industri farmasi tertentu dari saingan-saingan mereka, yaitu pengusaha-pengusaha tidak terorganisir yang memperjualbelikan jenis barang dagangan yang sama; obat bius.

Pandangan Chambliss ini dibangun berdasarkan perspektif dialektika Karl Marx yang memandang konflik-konflik, atau kontradiksi-kontradiksi dalam hubungan-hubungan ekonomi merupakan akibat dari adanya kesenjangan dalam pemilikan sumber daya-sumber daya ekonomi sehingga kesempatan untuk survival secara ekonomis, serta kemampuan mengendalikan produksi akan jatuh ke tangan pemilik modal, termasuk dalam menentukan proses produksi dan penentuan pola konsumsi.

Kritik-kritik tajam Marx terhadap hukum positif, atau dalam istilah lain sering disebut dengan hukum modern, terkait dengan dominannya peran negara di dalam perumusan dan pelaksanaan penegakan hukum positif, sesuatu yang menurut Marx pasti menyembunyikan anasir-anasir kepentingan kekuasaan atau kepentingan kapital, baik di level konstruksi hipotetis pasal-pasal dalam undang-undang maupun di dalam pelaksanaannya. Apalagi kata Marx, kebangkitan negara

modern itu sebenarnya merupakan kemenangan kaum bangsawan atas kekuasaan yang dekadent.⁸ Dengan demikian, apakah ide atau gagasan-gagasan tentang kepentingan-kepentingan pelbagai pihak terhadap substansi dari undang-undang akan diatur dalam suatu undang-undang atau tidak, akan sangat dipengaruhi oleh kekuatan-kekuatan non hukum; terutama kepentingan politik kekuasaan, dan kekuatan-kekuatan lain yang mempengaruhi pemerintah. Melalui undang-undang, politik kekuasaan dapat dijalankan karena undang-undang merupakan salah satu alat yang penting untuk menyalurkan dan mewujudkan tujuan-tujuan kebijakan pemerintah⁹.

Dalam perspektif politik, perjumpaan kepentingan politik dan hukum positif yang makin kuat pada negara-negara modern, terutama negara-negara yang merdeka setelah perang dunia ke-II, telah melahirkan apa yang disebut Roberto Mangabeira Unger dengan *bureaucratic law*¹⁰, yaitu model hukum yang menempatkan hukum tersubordinasi di bawah kepentingan birokrasi kekuasaan, serta kepentingan dan institusi kapital. Kepentingan-kepentingan birokrasi untuk mewujudkan modernisasi secara cepat, telah mendorong kekuasaan menjadi superordinan di atas hukum.

Dalam konteks Indonesia, Soetandyo Wignjosebroto juga menilai, bahwa konsep berpikir kita tentang hukum tidak pernah mengalami kemajuan yang berarti, kecuali mengubah pola "politik sebagai panglima" pada era Orde Lama, menjadi

⁸ Pandangan-Pandangan Marx tentang hukum dalam konteks politik ekonomi dalam diskripsi yang berbeda dapat dibaca dalam, Dragan Milovanovic, *A Primer in the Sociology of Law* (second edition), Harrow and Heston Published, New York, 1994.

⁹ Esmi Warasiih, *Pranata Hukum sebuah Telaah Sosiologi*, PT. Suryandaru Utama, 2005, hlm. 48.

¹⁰ Roberto Mangabeira Unger, *Law op.cit*, hlm. 49.

lebih Kelsenian pada era Orde Baru. Dampak dari hal tersebut tidaklah terlalu signifikan karena keduanya tetap menjadikan hukum mengabdikan pada kepentingan-kepentingan politik¹¹.

Dalam kerja operasionalisasi hukum, peran eksekutif justru lebih dominan dibanding legislatif. Resultante yang demikian itu menurut Soetandyo tidak hanya terjadi karena terlanjur besarnya kekuatan dan kekuasaan riil eksekutif dalam era Orde Baru dihadapan badan perwakilan, akan tetapi juga karena dua alasan lain¹², yaitu:

Pertama, selalu didayagunakannya wewenang konstitusional badan-badan eksekutif untuk terlibat dan melibatkan diri ke dalam perancangan dan pembuatan undang-undang yang dalam praktik karena dikuasainya sumber-sumber daya yang relatif berlebih, menyebabkan eksekutif mampu lebih banyak berprakarsa.

Ide dan kebijakan yang diprakarsai lembaga-lembaga perwakilan yang seharusnya didahulukan, dalam banyak peristiwa justru ide-ide dan prakarsa eksekutif itulah yang lebih banyak merintis dan mengontrol perkembangan. Kontrol eksekutif di dunia perundang-undangan pun menjadi tampak lebih besar lagi manakala orang juga mau memperhatikan keleluasaan eksekutif dalam hal *regulatory laws*, seperti Peraturan Pemerintah, Keputusan Presiden, Instruksi Presiden, Keputusan Menteri, dan sebagainya. *Regulatory Laws* ini kendati sebenarnya hanya bertaraf peraturan pelaksanaan, akan tetapi dalam praktik dapat menerbitkan efek-efek pola kehidupan yang jauh.

¹¹ Soetandyo Wignjosebroto, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Suatu Kajian tentang Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum Selama Satu Setengah Abad di Indonesia (1840-1990)*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994, hlm. 247.

¹² *Ibid*, hlm. 247. Baca juga Khudzaifah Dimiyati, *Teorisasi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, Muhammadiyah University Press, Surakarta, Cet. 4, 2005, hlm. 26-27.

Kedua, kenyataan bahwa dalam perkembangan politik yang terjadi pada zaman Orde Baru, kekuatan politik yang berkuasa di seluruh jajaran eksekutif ternyata juga mampu bermanuver dan mendominasi Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dan Majelis Perwakilan Rakyat (MPR). Dalam konstelasi dan konstruksi seperti itu, hukum di Indonesia dalam perkembangannya di akhir abad 20 ini benar-benar secara sempurna menjadi "*government social control*" dan berfungsi sebagai "*tool of social engineering*".

Hukum perundang-undangan sepanjang sejarah perkembangan Orde Baru, telah menjadi kekuatan kontrol di tangan pemerintah yang terlegitimasi secara formal yuridis dan tidak selamanya merefleksikan konsep keadilan, asas-asas moral, dan wawasan kearifan yang sebenarnya, sebagaimana yang sesungguhnya hidup di dalam kesadaran hukum masyarakat awam. Itu semua karena kekuasaan Politik memiliki akses langsung pada institusi hukum sehingga tata hukum praktis identik dengan negara, dan hukum di subordinasi pada "*rasson d'etat*"¹³. Oleh sebab itu, pengaruh politik, terutama kekuasaan otoritarian terhadap hukum dan penegakan hukum telah menjadi problem serius di era modern sekarang ini karena tidak saja institusi penegakan hukum gagal menjadi kekuatan mandiri menegakkan hukum dan keadilan bagi masyarakat, tetapi juga menjadi perpanjangan tangan pemerintah yang memberikan arahan-arahan politis dan ideologis bagi kepentingan-kepentingan kekuasaan.¹⁴ Intervensi kekuasaan terhadap penegakan hukum bahkan akan semakin keras dan intensif pada kasus-kasus yang menyinggung langsung atau tidak langsung kepentingan penguasa seperti kasus pelanggaran HAM.

¹³ Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition, Toward Responsive Law*, Harper Colophon Books, 1978, hlm 33.

¹⁴ A Muhammad Asrun, *op.cit*, hlm. 21.

Konfigurasi politik demokratis adalah susunan sistem politik yang membuka kesempatan (peluang) bagi partisipasi rakyat secara aktif, penuh menentukan kebijaksanaan hukum. Partisipasi ini ditentukan atas dasar mayoritas oleh wakil-wakil rakyat dalam pemilihan-pemilihan berkala yang didasarkan atas prinsip kesamaan politik, dan diselenggarakan dalam suasana terjadinya kebebasan politik.²¹ Sementara konfigurasi politik otoriter adalah susunan sistem politik yang lebih memungkinkan negara berperan sangat aktif, serta mengambil hampir seluruh inisiatif dalam pembuatan kebijaksanaan negara. Konfigurasi ini ditandai oleh dorongan elit kekuasaan untuk memaksakan persatuan, penghapusan oposisi terbuka, dominasi pimpinan negara untuk menentukan kebijaksanaan negara dan dominasi kekuasaan politik oleh elite politik yang kekal, serta di balik semua itu ada satu doktrin yang membenarkan konsentrasi kekuasaan.²²

Untuk mengkualifikasikan apakah konfigurasi politik itu demokratis atau otoriter, indikator yang digunakan Moh. Mahfud MD adalah bekerjanya tiga pilar demokrasi, yaitu peranan partai politik dan badan perwakilan, kebebasan pers, dan peranan eksekutif. Pada konfigurasi politik demokratis, partai politik dan lembaga perwakilan rakyat aktif berperan menentukan hukum negara atau politik nasional. Kehidupan pers relatif bebas, sedangkan peranan lembaga eksekutif (pemerintah) tidak dominan dan tunduk pada kemauan-kemauan rakyat yang digambarkan lewat kehendak lembaga perwakilan rakyat. Pada konfigurasi politik otoriter yang terjadi sebaliknya.²³

Sementara itu, Bintan Saragih menyatakan bahwa konfigurasi politik adalah kekuatan-kekuatan politik yang riil

(nyata) dan eksis dalam suatu sistem politik. Konfigurasi politik ini biasanya tergambar dalam wujud partai-partai politik. Bila partai-partai politik ini berperan nyata dalam sistem politik yang berlaku dalam mengambil kebijakan (keputusan) seperti pembentukan hukum atau kebijakan lainnya maka disebutkan bahwa konfigurasi politik itu adalah konfigurasi politik demokratis, sedang bila partai-partai politik yang ada tidak berperan dalam pengambilan keputusan atau kebijakan dalam sistem politik, maka konfigurasi politik yang ada itu adalah konfigurasi politik non-demokratis.²⁴

Dengan menggunakan partai politik sebagai indikator, Bintan menyatakan bahwa politik hukum dalam konfigurasi politik yang demokratis adalah untuk menciptakan hukum yang mendekatkan tata hukum dengan realitas sosial, sedang pada konfigurasi politik yang non-demokratis umumnya menciptakan hukum untuk mempertahankan kekuasaan dari rezim penguasa sehingga menjauhkan tata hukum dengan realitas sosial.²⁵

Mendahului pandangan Moh. Mahfud dan Bintan Saragih, Afan Gaffar mengemukakan bahwa pada rezim demokratis, karakteristik produk hukumnya bersifat populis, progresif dan terbatas untuk ditafsirkan. Sementara mekanisme pembuatannya bersifat pluralistik atau kompetitif. Sedangkan pada negara non-demokratis, karakter produk hukumnya elitis, konservatif dan terbuka untuk ditafsirkan; mekanisme pembuatannya sentralistik dan non kompetisi.²⁶

²¹ *Ibid*, hlm. 24.

²² *Ibid*, hlm. 25.

²³ *Ibid*.

²⁴ Bintan Saragih, *Politik Hukum*, CV. Utomo, Bandung, 2006, hlm. 33.

²⁵ *Ibid*, hlm. 33-34.

²⁶ Afan Gaffar, "Pembangunan Hukum dan Demokrasi", dalam buku, *Politik Pembanguna Hukum Nasional*, UII Press, Yogyakarta, 1992, hlm. 108-109.

Konfigurasi politik dan produk hukum yang dikemukakan ketiga pakar hukum dan politik itu pada dasarnya sama, yaitu sama-sama mengkatagorikan dua sistem politik dan produk hukum yang berbeda secara deamtral. Teori konfigurasi dan indikator yang mereka digunakan, tepat untuk menggambarkan produk-produk hukum yang dibuat di era pemerintahan Orde Lama dan Orde Baru.²⁷ Moh. Mahfud MD telah dengan meyakinkan menyajikan data-data sejumlah produk perundang-undangan di kedua era tersebut yang mencerminkan hasil dari proses politik yang berbeda.

Disamping konfigurasi kekuatan dan kepentingan dalam badan pembuat undang-undang, intervensi dari luar juga tidak dapat diabaikan dalam pembentukan undang-undang. Intervensi tersebut dilakukan terutama oleh golongan yang memiliki kekuasaan dan kekuatan, baik secara sosial, politik maupun ekonomi.²⁸ Di Indonesia intervensi pemerintah dalam bidang politik sudah lazim, begitu pula di negara-negara berkembang lainnya. Sejak zaman penjajahan Belanda sampai saat ini pemerintah sangat dominan di dalam mewarnai politik hukum di Indonesia.²⁹

Aktor-aktor yang berkepentingan terhadap undang-undang tidak hanya aktor negara, tetapi juga non-negara, antara lain pemilik modal. Dalam masa transisi politik, aktor non-negara sangat berkepentingan dengan sistem ekonomi yang akan dirancang oleh penguasa baru, terutama orientasi kebijakan makro dan mikro ekonomi. Dalam situasi transisi,

²⁷ Terdapat kekecualian dari teori ini, antara lain negara Singapura. Sekalipun negara tetangga Indonesia ini tergolong bukan negara demokratis, tetapi produk-produk hukum yang dibuat secara umum bersifat responsif, atau berorientasi kepada kesejahteraan rakyat.

²⁸ Jazuni, *Legislasi Hukum Islam di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005, hlm. 9-10.

²⁹ Tjuk Wirawan, *Politik Hukum di Indonesia*, UPT Unej, Jember, 2004, hlm. 8.

para pemilik modal tentu berkepentingan untuk menjadi bagian dari perubahan sosial yang sedang dirancang, dan berkepentingan untuk memperoleh keuntungan dalam memanfaatkan dan mendesakkan kepentingan-kepentingan politik dan hukum yang akan dibuat.

Dalam sejarah perubahan sosial, faktor ekonomi acapkali memainkan peran penting dalam perubahan sosial, ekonomi, politik dan hukum. Bahkan perubahan-perubahan sosial yang secara historis didorong atau dipicu oleh konflik ekonomi, seringkali pula menempatkan hukum sebagai pengemban amanat kepentingan ekonomi para pemilik modal. Hukum kata Marx tidak lain adalah efiphenomena, atau gejala sampingan yang berasal dari infrastruktur, dan fungsi-fungsinya tidak lain adalah untuk menjaga kelangsungan cara produksi yang ada. Dengan demikian hukum dipandang berguna bagi kelas yang berkuasa sebagai sarana penindasan dan sarana penipuan untuk menciptakan dan mempertahankan ilusi-ilusi yang mencitrakan seolah-olah nilai tatanan masyarakat yang ada lebih berharga daripada sebenarnya.

Perspektif Marx terhadap hukum sebagai konstruksi kepentingan kapital ini, secara lebih jelas dapat diikuti dalam sejumlah artikel Marx dalam menanggapi perdebatan di parlemen Rhein di Jerman mengenai undang-undang baru tentang pencurian kayu yang termuat dalam surat kabar *Rheinische Zeitung* pada tahun 1842 sebagaimana dikemukakan secara ringkas oleh Peters dan Koesriani³⁰. Pandangan Marx yang disajikan kembali oleh ahli sosiologi hukum Belanda ini memperlihatkan kurang lebih sebagai berikut:

Pertama, kepemilikan pribadi sebagai alat pengucilan. Berdasarkan hak milik si pemilik tanah, orang miskin tidak diperbolehkan menikmati hasil tanah tersebut. Hak-hak adat tradisional seperti mengumpulkan kayu bakar dan memungut buah, kini ditafsirkan sebagai pelanggaran hak milik si

³⁰ *Ibid*, hlm. 200 – 205.

pemilik, dan secara resmi disebut tindak pencurian. Padahal pencuri yang sesungguhnya adalah mereka yang merebut dari kaum miskin hak untuk melakukan itu³¹.

Kedua, undang-undang kapitalis melindungi nilai tukar di atas nilai pakai. Ilustrasi Marx tentang hal tersebut dikemukakan dalam buku Peters sbb:

"seorang wakil dari kota menaruh keberatan atas pasal-pasal dalam undang-undang baru yang menyatakan tindakan mengambil buah-buahan sebagai suatu pencurian. Ia khususnya membela anak-anak kaum miskin yang mengumpulkan buah-buahan itu untuk menambah sedikit pendapatan orang tua mereka. Ia mengemukakan bahwa tindakan ini sejak dulu kala diizinkan oleh pemiliknya dan telah menjadi suatu hak tradisional rakyat kecil, tetapi kenyataan ini kemudian disangkal oleh seorang wakil lain dengan alasan: di daerah tersebut buah-buahan itu telah dijualbelikan dan diekspor ke negeri Belanda dalam jumlah besar"³².

Ketiga, UU kapitalis melanggar hak tradisional kaum miskin. Menurut Marx perumusan kembali hak-hak pemilikan tradisional dari mereka yang tidak memiliki harta benda, ditafsirkan oleh Marx sebagai suatu tindakan ketidakadilan sosial yang historis.

Keempat, hukum berdasarkan klas. Dalam konteks ini Marx menilai bahwa UU mengenai pencurian kayu mengorbankan kepentingan-kepentingan umum demi

kepentingan mereka yang mempunyai privelese. Di sini tidak terwujud "kekuasaan hukum" yaitu asas yang memperlakukan semua orang sederajat di muka hukum dan mengatur ketetapan-ketetapan bagi percaturan sosial antar mereka. Yang terjadi adalah bahwa hukum itu sendiri ditandai dengan ketimpangan sosial yang ada, dan telah dibuat menjadi sarana bagi kaum berada untuk mengamankan dan melegalisasi kedudukan mereka dengan merugikan kedudukan yang lain.

Kelima, penyamaan yang keliru antara pengistimewaan orang kaya dan hak-hak kaum miskin dalam adat. Penghapusan aturan-aturan adat yang melimpahkan hak bagi kaum miskin pernah dianggap dapat dibenarkan, karena di bawah kekuasaan hukum, privelese kaum bangsawan dalam tradisi adat juga dihapus. Jadi hal itu dikemukakan sebagai suatu penerapan asas kesederajatan di muka hukum. Tetapi, seperti ditunjukkan oleh Marx, dari sudut kekuasaan hukum, antara hak-hak kaum bangsawan dan hak-hak kaum miskin dalam tradisi adat, terdapat suatu perbedaan yang mendasar. Yang pertama merupakan anitesa dari konsep kekuasaan hukum itu sendiri dan rasionalitas hukum, sedang yang kedua tidak menyerupai kekuatan hukum, karena tidak mendapat pengakuan hukum formal. Dengan menyamakan kedua macam adat tersebut dan dengan menganggap adat kaum bangsawan dan adat kaum miskin sama-sama bertentangan dengan asas hukum yang rasional, maka perundang-undangan modern menjadi sangat berat sebelah.

Philippe Nonet dan Philip Selznick³³ yang juga banyak dipengaruhi perspektif kritis menggolongkan tipologi hukum dalam tiga kecenderungan, yaitu, hukum represif, hukum

³¹ Dalam perspektif sosiologi kritis apa yang disebut kejahatan dan apa yang bukan kejahatan, atau dalam bahasa hukum pidana, apa yang harus dikriminalisasi dan de-kriminalisasi adalah konstruksi kekuasaan. Jadi apa yang kejahatan dan apa yang bukan kejahatan adalah apa yang ditentukan oleh negara (state), bukan apa yang dinyatakan masyarakat.

³² A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto (Buku I), *Hukum dan Perkembangan Sosial Buku Teks Sosiologi Hukum*, Sinar Harapan, Jakarta, 1988, hlm. 205.

³³ Philippe Nonet & Philip Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, London: Harper and Row Publisher, 1978, hlm. 8 dst. Lihat juga H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961. hlm. 29-52.

otonom, dan hukum responsif. Hukum represif adalah hukum yang mengabdikan kepada kekuasaan dan tertib sosial yang represif yang mengandalkan penggunaan kekuasaan paksaan. Hukum otonom adalah hukum yang berorientasi pada pengawasan kekuasaan, dan hukum responsif yaitu hukum yang berorientasi pada kepentingan masyarakat.

Dengan mengembangkan teori tiga keadaan dasar hukum tersebut dalam konteks sistem politik dan produk hukum di Indonesia, Moh. Mahfud, MD berhasil mengintrodusir teori konfigurasi politik dan produk hukum, yang pada intinya menyatakan bahwa sistem politik otoritarian telah melahirkan hukum-hukum (undang-undang) represif; sementara sistem politik demokratis memproduksi hukum-hukum (undang-undang) responsif³⁴.

Pengaruh sistem politik otoriter terhadap produk hukum dan penegakan hukum sesungguhnya memiliki sejarah yang panjang. Bahkan secara objektif semua undang-undang (hukum positif) atau hukum modern jelas merupakan produk politik, sehingga paling tidak ada korelasi positif antara politik dan hukum³⁵, dan bukan mustahil kepentingan-kepentingan politik mewarnai keseluruhan undang-undang, atau paling tidak dimuat dalam pasal-pasal materiil atau formil dalam undang-undang bersangkutan.

Dalam sejarah juga tercatat bahwa kekuasaan absolut Raja Luis XIV telah menyebabkan tidak berfungsinya peradilan yang dibutuhkan untuk memberikan keadilan bagi yang membutuhkannya. Dalam konteks itulah, kalangan

³⁴ Lebih luas baca Moh. Mahfud MD, *Perkembangan Politik Hukum, Studi Tentang Pengaruh Konfigurasi Politik Terhadap Produk Hukum di Indonesia*, Disertasi untuk Memperoleh Derajat Doktor dalam Ilmu Hukum pada Universitas Gadjah Mada Yogyakarta, 199.

³⁵ Michel Rosenfeld & Andrew Arato, eds, *Habermas on Law and Democracy, Critical Exchange*, University of California Press, Berkeley, 1998, hlm. 2.

mazhab hukum kritis (*critical legal studies*) yang intensif menyorot hukum-hukum liberal dengan tegas menyatakan bahwa hukum dapat jatuh ke pengaruh politik, dan norma-norma hukum dijadikan sejalan dengan kepentingan pemegang kekuasaan politik³⁶.

a. Konfigurasi Politik Paska Soeharto

Secara normatif konfigurasi politik paska kejatuhan Soeharto adalah konfigurasi politik Orde Baru, yang tidak demokratis hasil dari proses politik Pemilu 1997. Golkar masih menduduki dan mendominasi DPR, dengan 400 kursi (325 kursi Fraksi Golkar dan 75 kursi Fraksi ABRI) atau sebesar 80 persen; dan di MPR mengendalikan 829 kursi (576 kursi Fraksi Golkar, 113 kursi Fraksi Abri, dan 149 kursi Utusan Daerah) atau sebesar 83 persen. Militer masih dalam struktur, posisi dan peran yang belum berubah, jumlah Partai Politik masih dua, yaitu PPP dan PDI serta Golkar yang menjelma menjadi Partai Politik; lembaga eksekutif dan yudikatif belum berubah; masih dalam kerangka hukum dan politik yang sama. Begitu juga dengan Media Massa belum dalam kerangka hukum dan politik yang demokratis.

Kendatipun—sekali lagi—konstelasi politik masih merupakan warisan politik non demokratis, tetapi kejatuhan Soeharto sebagai simbol dan penyangga utama struktur politik otoritarian Orde Baru telah membuat mesin-mesin politik kekuasaan kehilangan keseimbangan. Arus besar perubahan yang didesakkan rakyat melalui isu reformasi memaksa MPR-DPR, Golkar, eksekutif dan Militer merubah watak kekuasaannya; yang semula sepenuhnya penyangga kekuasaan, kemudian mengikuti tuntutan reformasi berupa demokratisasi, keterbukaan, penegakan supremasi hukum, penegakan HAM, pemberantasan KKN, dan perubahan UUD 1945.

³⁶ *Ibid.*

Ketua DPR/MPR, Harmoko yang notabene adalah Ketua Umum Golkar, pendukung utama Orde Baru berbalik arah, menerima desakan rakyat ikut mendesak Soeharto, ikon, simbol sekaligus "God Father" dari rezim otoritarian Orde Baru untuk mengundurkan diri sebagaimana dinyatakannya dalam keterangan Pers pada hari Senin, 18 Mei 1998. Secara lengkap Ketua DPR/MPR Harmoko menyatakan:

"Pimpinan dewan dalam Rapat Pimpinan (Rapim) telah mempelajari dengan cermat dan sungguh-sungguh perkembangan dan situasi nasional yang sangat cepat yang menyangkut aspirasi masyarakat tentang reformasi, termasuk Sidang Umum MPR dan pengunduran diri Presiden. Untuk membahas masalah tersebut, direncanakan esok harinya, tanggal 19 Mei 1998, pimpinan dewan akan melaksanakan pertemuan dengan pimpinan fraksi-fraksi, dan hasilnya akan disampaikan kepada Presiden Soeharto. Mekanisme tersebut ditempuh sesuai dengan peraturan Tata Tertib DPR karena mengambil keputusan pimpinan dewan harus bersama-sama pimpinan fraksi-fraksinya. Dalam menanggapi situasi tersebut di atas, pimpinan dewan, baik ketua maupun wakil-wakil ketua, mengharapkan demi persatuan dan kesatuan bangsa agar Presiden secara arif dan bijaksana sebaiknya mengundurkan diri. Pimpinan dewan menyerukan kepada seluruh masyarakat agar tetap tenang, menahan diri, menjaga persatuan dan kesatuan serta mewujudkan keamanan dan ketertiban supaya segala sesuatu dapat berjalan secara konstitusional".

Permintaan atau lebih tepat desakan mundur dari Ketua DPR/MPR tersebut jelas dilakukan atas dasar pertimbangan situasi politik nasional,³⁷ desakan kuat massa rakyat yang telah menguasai gedung MPR-DPR, dan bukan karena kesadaran penuh untuk melakukan reformasi, sebagaimana digagas sejumlah tokoh politik, intelektual, Pers dan LSM. Begitu juga dengan sikap ABRI yang kendatipun tidak secara terang memihak kepada gagasan reformasi atau secara jelas mau mempertahankan *status quo*, tetapi ABRI tidak melakukan langkah-langkah ekstra represif untuk mempertahankan kekuasaan, atau melakukan kudeta yang berlawanan dengan gerakan reformasi, sekalipun kesempatan untuk itu (menurut Wiranto sendiri) terbuka setelah ia mendapat instruksi Presiden No. 16 Tahun 1998 tentang penunjukan dirinya sebagai Panglima Komando Operasi Kewaspadaan dan Keselamatan Nasional (KOPKKN) tanggal 18 Mei 1998.³⁸ Sementara respon dan sikap Soeharto sendiri, sesungguhnya masih ingin mempertahankan kekuasaannya,³⁹ tetapi karena desakan rakyat, Soeharto pada akhirnya terpaksa menerima

³⁷ Ketika Harmoko mendesak penguasa Orde Baru itu untuk mundur, gedung DPR/MPR sudah dan sedang diduduki puluhan ribu massa, terutama mahasiswa.

³⁸ Tentang pernyataan dan sikap Wiranto terhadap Inpres No. 16 Tahun 1998 dapat dibaca dalam buku Wiranto, *Bersaksi Di Tengah Badai*, IDe Indonesia, 2003., dan Bachruddin Jusuf Habibie, *Detik-Detik yang Menentukan: Jalan Panjang Indonesia Menuju Demokrasi*, THC. Mandiri, Jakarta, 2006, hlm. 61-62.

³⁹ Indikasinya sangat kuat, selain tercermin dari dikeluarkannya instruksi Presiden No. 16 Tahun 1998, juga dinyatakannya secara ekspelisit, baik dalam pernyataan-pernyataan resminya di depan wartawan, maupun di hadapan sejumlah tokoh nasional bahwa ia berencana mengubah susunan Kabinet Pembangunan VII menjadi Kabinet Reformasi, dan membentuk Komite Reformasi yang terdiri dari unsur masyarakat, perguruan tinggi, dan para pakar. Tugas Komite Reformasi menurutnya adalah

keinginan rakyat sebagaimana disampaikan dalam sejumlah kesempatan di depan Pimpinan MPR/DPR serta sejumlah tokoh nasional tanggal 19 Mei 1998.⁴⁰

Hal penting yang patut dicatat sepanjang tahun 1997, khususnya setelah Pemilu 1997 hingga 21 Mei 1998 adalah terjadi pergeseran konfigurasi politik serius dikalangan pendukung Orde Baru. Setidaknya terjadi pergeseran komitmen dan karakter mesin politik rezim Orde Baru, baik Golkar, ABRI, maupun kroni-kroni Soeharto. Mereka mulai mengambil "posisi aman" dengan memberikan pernyataan-pernyataan yang tidak lagi secara tegas dan keras mendukung Soeharto, kemudian menjauhi Soeharto lalu meninggalkannya.

Pernyataan Wiranto selaku Menhankam/Pangab,⁴¹ sikap Harmoko selaku Ketua Umum Golkar dan Ketua MPR/DPR, serta penolakan sejumlah Menteri dari Kabinet Pembangunan VII untuk bergabung dengan Kabinet

menyelesaikan UU Pemilu, UU Kepartaian, UU Susunan dan Kedudukan MPR, DPR, dan DPRD, UU Anti Monopoli, dan UU Anti Korupsi, sesuai dengan keinginan rakyat. Soeharto juga berjanji akan melaksanakan Pemilu secepatnya berdasarkan UU Pemilu yang baru, dan dia tidak akan bersedia dicalonkan sebagai Presiden.

⁴⁰ Tokoh-tokoh nasional yang diundang Soeharto di Istana Merdeka adalah: K.H. Abdurahman Wahid (PB NU); Emha Ainun Najib (budayawan); Nurcholish Majid; K.H. Ali Yafie (Ketua MUI); H. Abdul Malik Fajar dan H. Sutrisno Muhsam (Muhamadiyah); K.H. Cholil Baidawi (DDII); K.H. Ma'ruf Amin dan H. Ahmad Bagja (NU); serta Pembantu Asisten Khusus Mensesneg Yusril Ihza Mahendra.

⁴¹ Sekalipun terdapat rumor adanya perpecahan atau perbedaan sikap sejumlah petinggi ABRI atas situasi nasional saat itu, tetapi pernyataan resmi Wiranto selaku Menhankam/Pangab mengkonfirmasi kecenderungan ABRI mengambil posisi tidak resisten terhadap gerakan reformasi. Sebagian dari pernyataan resmi ABRI: ".....Terhadap pernyataan pimpinan DPR RI yang

Reformasi yang akan dibentuk Soeharto⁴² adalah wujud nyata perubahan sikap pendukung utama Soeharto. Oleh sementara pihak hal tersebut bahkan dinilai perpecahan dalam tubuh elite sipil dan militer⁴³ sehingga jalan perubahan politik menuju demokrasi makin terbuka. Dengan demikian dapat ditegaskan

baru saja kita mendengarkan bersama, maka ABRI berpendapat dan memahami bahwa pernyataan DPR RI agar Presiden Soeharto mengundurkan diri adalah sikap dan pendapat individual, meskipun disampaikan secara kolektif. Sesuai dengan konstitusi, pendapat seperti itu tidak memiliki ketetapan hukum. Pendapat DPR harus diambil oleh seluruh anggota dewan melalui Sidang Paripurna DPR. ABRI masih berpendapat bahwa tugas dan kewajiban mendesak pemerintah yang menjadi tanggung jawab Presiden adalah melaksanakan reshuffle kabinet, melaksanakan reformasi secara menyeluruh, dan mengatasi krisis. Ini penting dilakukan agar bangsa Indonesia segera dapat keluar dari masa krisis ini. Agar reformasi yang hendak dilakukan dapat berjalan dengan baik, ABRI menyarankan agar dibentuk Dewan Reformasi yang beranggotakan unsur pemerintah dan masyarakat, terutama kampus dan tokoh-tokoh kritis. Dewan ini akan berdampingan dengan DPR dan bekerja sama secara intensif.

⁴² 15 Menteri yang berkumpul di Gedung Bapenas, Jl. Taman Surapati, membuat pernyataan lalu tidak berkenan bergabung dalam Kabinet Reformasi yang akan dibentuk Soeharto. Hanya empat belas Menteri yang menandatangani penolakan bergabung, yaitu: Akbar Tandjung, A.M. Hendropriyono, Ginandjar Kartasasmita, Giri Suseno Hadihardjono, Haryanto Dhanutirto, Justika S. Baharsjah, Kuntoro Mangunsubroto, Rachmadi Bambang Sumadhijo, Rahardi Ramelan, Subianto Tjakraerdaya, Sanyoto Sastrowardoyo, Sumahadi, Theo L. Sambuaga, dan Tantri Abeng. Sementara Ary Mardjono, orang yang dikenal dekat dengan keluarga Cendana menolak ikut tanda tangan. Baca Bachruddin Jusuf Habibie, *Detik....op.cit.*, hlm. 33-34, dan *Majalah Mingguan Tempo*, Edisi 10 Februari 2008, hlm. 44.

⁴³ Setelah Pemilu 1997, faksi-faksi di tubuh elite militer mulai

bahwa konfigurasi politik semenjak Pemilu 1997 hingga kejatuhan Soeharto sudah tidak lagi kokoh dalam konstelasi rezim non-demokratis, tetapi transisi kejatuhan rezim otoritarian menuju rezim demokratis.

Tumbangnya rezim otoritarian yang diikuti oleh proses menuju demokratis mulai lebih nyata di era Presiden B.J. Habibie ketika dia melakukan kebijakan politik dan hukum sekaligus. Pada pidato pertamanya setelah dilantik menjadi Presiden, B.J. Habibie mengemukakan komitmennya untuk melakukan reformasi secara bertahap dan konstitusional di segala bidang, meningkatkan kehidupan politik demokratis, menyusun kabinet yang sesuai tuntutan zaman, aspirasi dan kehendak rakyat, yaitu kabinet profesional, memiliki dedikasi dan integritas tinggi.⁴⁴

Kabinet yang ia sebut dengan Kabinet Reformasi Pembangunan mengagendakan reformasi politik, ekonomi dan hukum: (1) di bidang politik, memperbaharui berbagai perundang-undangan dalam rangka lebih meningkatkan kualitas kehidupan berpolitik, kebebasan pers, kebebasan berpendapat, dan menyiapkan Pemilu; (2) di bidang ekonomi dengan mempercepat penyelesaian Undang-Undang yang menghilangkan praktik-praktik monopoli dan persaingan yang tidak sehat;⁴⁵ (3) di bidang hukum antara lain menggagas

terlihat jelas, dan semakin jelas menjelang kejatuhan Soeharto. Agus Wirahadikusumah dan Agus Wijoyo merupakan faksi progresif dalam militer yang setuju dengan konsep supremasi sipil atas militer. Susilo Bambang Yudoyono adalah faksi moderat yang tidak seradikal Agus Wirahadikusumah. Sementara Wiranto, Subagyo Hadisiswoyo dan Sugiono adalah kelompok perwira yang terfasilitasi oleh Soeharto, namun dalam perkembangannya, Wiranto mendekat kepada faksi moderat. Baca Valina Singka Subekti, *Menyusun.....op.cit.*, hlm. 53.

⁴⁴ Bachruddin Jusuf Habibie, *op.cit.*, hlm. 69-71.

⁴⁵ *Ibid.*

perubahan UUD 1945,⁴⁶ meninjau kembali Undang-Undang Subversi, ratifikasi instrumen internasional HAM, dan menyiapkan UU tentang HAM.

Kebijakan kabinet reformasi pembangunan di atas menjadi landasan dari disusunnya konfigurasi politik demokratis, yang kelak akan menjadi kerangka dan prosedur terbentuknya hukum-hukum responsif, atau hukum-hukum yang berorientasi kepada kepentingan rakyat, menggantikan hukum-hukum represif yang berorientasi pada penguatan negara atau kekuasaan. Parlemen yang masih dihuni oleh mayoritas pendukung rezim Orde Baru,⁴⁷ serta Kabinete Reformasi Pembangunan yang juga masih diisi oleh elite-elite pendukung rezim yang sama,⁴⁸ mengeluarkan kebijakan-kebijakan hukum, baik berupa Tap MPR, Undang-Undang

⁴⁶ B.J. Habibie telah memikirkan perlunya amandemen UUD 1945 dan pemilihan Presiden secara langsung. Pada bulan Mei 1999 B.J. Habibie membentuk Tim Nasional Reformasi Menuju Masyarakat Madani untuk merancang reformasi bidang politik, ekonomi, dan hukum. Salah satu kelompok kerja yang dibentuk, yaitu Kelompok Reformasi Hukum dan Perundang-Undangan yang bertugas menyusun konsep amandemen UUD 1945 dan pemilihan Presiden langsung. Kelompok ini menghasilkan dua hal, yaitu pertama, Pokok-Pokok Usulan Amandemen UUD 1945 dan Pemilihan Presiden Secara Langsung Hasil kerjanya dipresentasikan dan disampaikan ke berbagai kalangan DPR, dan DPA, pimpinan partai politik, pimpinan ormas dan pimpinan perguruan tinggi. Kedua, mengusulkan perlunya dibentuk suatu Komisi Negara untuk melakukan pengkajian mendalam tentang materi apa saja dari UUD 1945 yang perlu diamandemen secara menyeluruh. Valina Singka Subekti, *op.cit.*, hlm. 64.

⁴⁷ 83 persen anggota MPR/DPR adalah pendukung Orde Baru dari unsur Golkar, TNI-Polri, dan Utusan Daerah. Belum lagi Utusan Golongan.

⁴⁸ Dari 36 orang Menteri pada Kabinet Reformasi Pembangunan B.J. Habibie, terdapat sekitar 20 orang mantan Menteri atau

ataupun Keppres yang akan menjadi landasan bangunan konfigurasi politik demokratis.

Kebijakan reformasi B.J. Habibie adalah persetujuannya dengan kehendak publik untuk melaksanakan Pemilu secepatnya di tahun 1999 yang didahului Sidang Istimewa MPR guna mencabut TAP MPR No. III Tahun 1998 tentang GBHN yang menyatakan bahwa Pemilu berikutnya dilaksanakan tahun 2002. Sidang Istimewa yang digelar November 1998 itu menghasilkan dua belas TAP MPR yang menjadi landasan reformasi politik, hukum, dan ekonomi.⁴⁹

Diantara produk-produk hukum bidang politik yang dibuat di era kekuasaan B.J. Habibie itu, UU No. 2 Tahun 1999 tentang Partai Politik telah berimplikasi luas pada penguatan kesadaran politik rakyat karena dalam waktu yang sangat singkat, Mei hingga Oktober 1998, berdiri sekitar 80 partai politik baru, yang kemudian melonjak menjadi 181 buah menjelang April 1999. 48 Parpol diantaranya dinyatakan sebagai Partai Politik yang memenuhi syarat mengikuti

pejabat setingkat Menteri di era Soeharto, seperti: Faisal Tanjung, Ginandjar Kartasasmita, Haryono Suyono, Syarwan Hamid, Ali Alatas, Wiranto, M. Yunus Yosfiah, Rahardi Ramelan, Kuntoro Mangkusubroto, Giri Suseno Hadihardjono, Marzuki Usman, Fahmi Idris, AM. Hendropriyono, Akbar Tanjung, Hasan Basri Durin, Theo L. Sambuaga, Tanri Abeng, HR. Agung Laksono, Ida Bagus Oka, dan Muladi.

⁴⁹ (1) Ketetapan MPR No. I/MPR/1998; (2) Ketetapan MPR No. I/MPR/1998; (3) Ketetapan MPR No. VIII/MPR/1998; (4) Ketetapan MPR No. IX/MPR/1998; (5) Ketetapan MPR NO.X/MPR/1998 ; (6) Ketetapan MPR No. XI/MPR/1998 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme; (7) Ketetapan MPR No. XII/MPR/1998; (8) Ketetapan MPR No. XIII/MPR/1998; (9) Ketetapan MPR No. XIV/MPR/1998; (10) Ketetapan MPR No. XV/MPR/1998; (11) Ketetapan MPR No. XVI/MPR/1998, dan (12) Ketetapan MPR No. XVII/MPR/1998.

Pemilu 1999.⁵⁰ Hasil penelitian Demos⁵¹ menunjukkan terjadinya perbaikan dalam hak dan kelembagaan masyarakat dalam urusan kebebasan politik. 79 persen responden setuju bahwa kini kebebasan berbicara, berserikat, dan berorganisasi lebih baik.

**Tabel 1. Hak dan Lembaga Demokrasi
Paska Pemilu 1999⁵²**

Hak dan Institusi Demokrasi	Lebih Baik
Kebebasan berbicara, berserikat, dan berorganisasi	79%
Kebebasan mendirikan serikat buruh	70%
Kebebasan beragama, menggunakan bahasa, dan melestarikan kebudayaan	64%
Kesetaraan dan emansipasi gender	63%
Kebebasan membentuk partai, merekrut anggota, dan berkampanye	74%
Jaminan bagi pers, seniman, akademisi, untuk menyuarakan kritik	66%
Akses yang luas kepada media untuk mendapatkan perspektif yang berbeda	68%
Partisipasi warga negara dalam organisasi independen, kelompok kewargaan, gerakan sosial	72%
Transparansi, akuntabilitas, dan demokratis-tidaknya organisasi masyarakat sipil	58%
Partisipasi dan akses kaum perempuan dan semua kelompok sosial	64%

⁵⁰ Pemilu 1999 berlangsung damai, demokratis tanpa tekanan dan keterlibatan militer dan menghasilkan komposisi pemenang Pemilu yang mencerminkan Pemilu yang demokratis.

⁵¹ Lihat hasil penelitian Demos, dalam *Tempo* 19 Desember 2004.

⁵² Hasil Penelitian Demos yang dimuat Majalah Mingguan *Tempo* 19 Desember 2004

Konfigurasi politik era B.J. Habibie yang hanya 16 bulan, belum merupakan konfigurasi politik demokratis sebagaimana konsepsi dan indikator Moh. Mahfud MD,⁵³ yang menempatkan sistem politik sebagai variabel independen. Kebijakan pencabutan, pembuatan atau revisi pelbagai hukum yang tidak sejalan dengan prinsip negara hukum, demokrasi dan HAM di era tersebut, dilahirkan bersamaan dengan penataan politik itu sendiri. Dengan kata lain, bahwa produk-produk hukum responsif bisa saja lahir dalam konstelasi politik yang belum dalam tatanan struktur politik demokratis sepenuhnya, atau masih dalam proses menuju demokrasi. Bahkan dalam kasus transisi demokrasi paska Soeharto, struktur politik utama penyangga Orde Baru (Golkar dan TNI) dipaksa merubah karakter politiknya menjadi pendukung gagasan dan kebijakan demokratisasi, sekalipun fase antara runtuhnya rezim otoriter dan konsolidasi demokrasi merupakan masa yang rentan pada kemungkinan kembalinya otoritarianisme baru.

Pada era B.J. Habibie, kegembiraan atas jatuhnya Soeharto jelas sangat mewarnai suasana politik dan psikologis kekuatan-kekuatan pro demokrasi selama periode Presiden B.J. Habibie. Energi kekuatan pro demokrasi diorientasikan pada penataan sistem politik menuju demokrasi, sehingga isu-isu perubahan UUD 1945, pelepasan tahanan politik, kebebasan pers dan kebebasan berorganisasi mendominasi isu politik pada masa tersebut; sementara reformasi hukum, khususnya reformasi lembaga peradilan menjadi agak terabaikan. Mungkin karena trauma politik serta hipotesis teoritik bahwa sistem politik-lah yang menentukan (faktor determinan) sistem hukum (struktur, substansi dan kultur), sehingga seluruh kekuatan diarahkan pada reformasi politik,

⁵³ Sebagaimana telah dijelaskan pada bagian lain dari disertasi ini, Moh. Mahfud MD menyatakan bahwa konfigurasi politik demokratis melahirkan hukum-hukum responsif, sementara konfigurasi non-demokratis melahirkan hukum-hukum represif.

dengan membelakangkan reformasi sistem hukum. Pencabutan, pembuatan dan atau perubahan berbagai UU atau Keppres yang betentangan dengan demokrasi, adalah bagian dari reformasi politik itu sendiri.

B.J. Habibie lebih banyak menghabiskan waktunya untuk membenahi ekonomi, demeliterisasi, mengkonsolidasikan pemerintahan serta meletakkan kerangka hukum dan politik bagi demokratisasi, antara lain hukum Pemilu untuk reformasi yang lebih luas. Di era tersebut tidak satupun UU atau Keppres yang secara khusus menyinggung prihal penyelesaian Pelanggaran HAM yang berat masa lalu, kecuali tindakan nyata penghormatan pada HAM, antara lain berupa pelepasan tahanan politik sebagaimana telah disinggung sebelumnya.

b. Konfigurasi Politik Setelah Pemilu 1999

Konfigurasi politik setelah Pemilu 1999 semakin mengentalkan warna konfigurasi politik demokratis. Peta kekuatan Politik di MPR, DPR dan DPRD berimbang; tidak ada satu partai pun yang menguasai mayoritas sederhana. Suara TNI-Polri di Parlemen menurun menjadi hanya 38 kursi, seiring dengan menurunnya peran ABRI melalui dwifungsinya. Komposisi perolehan kursi Parpol di DPR RI hasil Pemilu 1999 menunjukkan tidak saja terjadi perimbangan kekuasaan antar Partai Politik, tetapi juga mengakhiri dominasi Golongan Karya (Partai) yang menempati terbanyak kedua setelah Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan⁵⁴ (PDIP), meskipun tidak terlalu signifikan bila dibandingkan dengan perolehan PDIP sebagai pemenang Pemilu. (lihat tabel 2).

⁵⁴ Peningkatan Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan menjadi PDI-P dilakukan sesuai dengan peningkatan dari sumber resmi penelitian, yang dipergunakan dalam disertasi ini, sekalipun peningkatan tersebut tidak sesuai dengan Tata Tertib DPR dan ketentuan internal partai bersangkutan.

Tabel 2. Perolehan Kursi DPR RI pada Pemilu 1999

No.	Nama Partai	Kursi Tanpa SA	Kursi dengan SA
1	PDI Perjuangan (PDI-P)	153	154
2	Partai Golongan Karya (GOLKAR)	120	120
3	Partai Persatuan Pembangunan (PPP)	58	59
4	Partai Kebangkitan Bangsa (PKB)	51	51
5	Partai Amanat Nasional (PAN)	34	35
6	Partai Buian Bintang (PBB)	13	13
7	Partai Keadilan (PK)	6	6
8	Partai Keadilan dan Persatuan (PKP)	4	6
9	Partai Nahdatul Ulama (PNU)	5	3
10	Partai Demokrasi Kasih Bangsa (PDKB)	5	3
11	Partai Bhineka Tunggal Ika (PBTI)	1	3
12	Partai Demokrasi Indonesia (PDI)	2	2
13	Partai Persatuan (PP)	1	1
14	Partai Daulat Rakyat (PDR)	1	1
15	Partai Syarikat Islam Indonesia (PSII)	1	1
16	PNI Front Marhaenis (PNI-FM)	1	1
17	PNI Massa Marhaen (PNI-MM)	1	1
18	IPKI (IPKI)	1	1
19	Partai Keadilan Ummat (PKU)	1	1
20	Masyumi (MASYUMI)	1	-
21	Partai Kristen Demokrat (PKD)	1	-

SA = Stambus Accord

Sumber: Diolah dari Sekretariat Jenderal MPR RI yang diakses 2007

Melalui tabel 2 di atas dapat dilihat bahwa beberapa partai baru yang berdiri di era reformasi, seperti PKB, PAN, PBB mendapat kursi cukup signifikan jika dilihat dari perspektif transisi demokrasi yang baru saja dimulai. Kompetisi dan dinamika politik semakin terbuka dan dinamis yang menunjukkan bahwa sistem Pemilu yang dibangun oleh UU No. 3 Tahun 1999 memberi peluang dan kesempatan yang fair, adil dan transparan bagi setiap Partai Politik untuk bersaing memenangkan Pemilu.

Hasil Pemilu 1999 menggambarkan dan merubah juga peta kekuatan politik di DPR. Sekalipun Partai Golkar memiliki 182 anggota (26,18%), tetapi jika dibanding dengan PDI-P, PPP, dan Parpol-Parpol yang lahir di era reformasi, yang seluruhnya berjumlah 402 anggota, posisi politik Golkar, bukan lagi kekuatan dominan, sekalipun ditambah 38 anggota TNI-Polri dan 73 anggota Utusan Golongan).⁵⁵ Lihat Tabel 3.

⁵⁵ Dari 500 anggota DPR, 23 atau 116 orang, adalah anggota lama. 77% sisanya anggota baru. Sebagian besar anggota baru itu adalah wirausahawan, birokrat, dan guru. Itu menunjukkan perubahan radikal pada latar belakang profesi mereka. Jumlah birokrat dan pensiunan perwira-perwira militer merosot tajam, digantikan oleh mereka yang berlatarkan wirausaha. Lihat Denny Indrayana....*op.cit.*, hlm. 176

Tabel 3. Komposisi Keanggotaan MPR 1999-2004⁵⁶

No.	Fraksi	Jumlah Anggota	%
1	Fraksi PDI-P	185	26,62
2	Fraksi Golkar	182	26,18
3	Fraksi PPP	69	9,93
4	Fraksi PKB	58	8,35
5	Fraksi Reformasi*	48	6,91
6	Fraksi PBB	14	2,01
7	Fraksi Partai Kebangsaan Indonesia**	14	2,01
8	Fraksi PDU***	9	1,30
9	Fraksi PDKB	5	0,72
10	Fraksi TNI-POLRI	38	5,47
11	Utusan Golongan	73	10,50
	Jumlah	695	100,00

* Fraksi Reformasi adalah gabungan dari PAN dan Partai Keadilan

** Kesatuan Kebangsaan Indonesia adalah gabungan dari PKP, PDI, PKD, PBI, IPKI, PNI, FM, dan PP.

*** Perserikatan Daulatul Ummah adalah gabungan dari Partai NU, PSII, Masyumi, PDR dan PKU.

Dengan adanya heterogenitas politik, Pemilu yang fair, adil dan terbuka yang dibuktikan dengan hasil Pemilu sebagaimana terlihat dalam Tabel, Kebebasan Pers, Kebebasan akademik (kampus), serta keleluasaan gerak dari LSM dalam menyuarakan gagasan-gagasan dan aksi-aksi kongkritnya di lapangan (demonstrasi), maka secara teoritik konfigurasi politik di Indonesia setelah Pemilu 1999, adalah konfigurasi politik demokratis.

⁵⁶ Dambil dari Kumpulan TAP MPR 1999 yang diterbitkan Sekreariat MPR, hlm. 28. Lihat juga Bintang Saragih, *op. cit.*, hlm. 135.

Keberhasilan melakukan perubahan terhadap UUD 1945 adalah ujian terpenting, sekaligus bukti adanya konfigurasi politik baru yang kuat dan demokratis di DPR, sekalipun perubahan UUD 1945 bersifat elitis dan kecilnya pengaruh masyarakat dalam perubahan tersebut.⁵⁷ Dalam rentang waktu 1999-2003, DPR dan Pemerintah telah memproduksi berbagai undang-undang, baik yang sifat ratifikasi terhadap konvensi-konvensi HAM internasional, perubahan UU, Peraturan Pemerintah (PP) yang tidak sejalan dengan HAM, maupun produk-produk hukum yang berorientasi pada penguatan penghormatan, perlindungan dan penegakan HAM.⁵⁸

Dia era pemerintahan Gus Dur, program reformasi kehidupan politik, hukum dan HAM sebagai upaya mewujudkan formal dan substansi negara hukum dan demokrasi terus dilakukan. Pada era inilah muncul desakan untuk mengusut dan menyelesaikan Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di era Orde Baru yang kemudian direspon oleh Pemerintah dengan disahkannya UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM, UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang di dalamnya mengatur mekanisme penyelesaian Pelanggaran HAM yang berat masa lalu, serta Keputusan Presiden (Keppres) No. 53 Tahun 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM ad hoc pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pada tanggal 23 April 2001.⁵⁹

⁵⁷ Baca Bali King, *Empowering The President: Interest And Perception in Indonesias Constitutional Reform 1999-2002*, Ohio State University, 2004, hlm. 42-43.

⁵⁸ Rincian dan penjelasan tentang produk-produk hukum HAM akan dimuat pada bab tersendiri.

⁵⁹ Pembentukan Keppres ini dilakukan sebagai pelaksanaan Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 tentang "Pengadilan Hak Asasi Manusia", yang menentukan bahwa pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum berlakunya UU tersebut diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc. Dalam Keppres tersebut dinyatakan bahwa pengadilan HAM yang

Konfigurasi politik demokratis era Gus Dur yang tidak secara optimal menjadi konteks politik demokratis yang produktif bagi agenda menyelesaikan pelanggaran HAM, tidak saja karena hal-hal yang telah disebutkan di atas, tetapi juga karena kerapuhan rezim demokratis sipil itu sendiri. Gaya dan prilaku politik Gus Dur yang seringkali kontroversial, serta dukungan Parlemen yang lemah karena PKB (basis politik Gus Dur) hanya menguasai 51 kursi membuat konfigurasi politik demokratis era Gus Dur tidak stabil. Instabilitas politik demikian itu, tentu saja menguntungkan militer, setidaknya membuat agenda pengusutan kejahatan HAM terabaikan, serta memungkinkan militer melakukan langkah-langkah rahasia untuk melemahkan agenda pengusutan.

Soliditas rezim demokratis yang baru muncul, terutama rezim sipil hasil negosiasi atau kompromi politik pada umumnya memang lemah, baik karena rumus negosiasi atau kompromi tentulah kesediaan kedua belah pihak untuk memberi dan menerima, maupun karena secara empiris struktur birokrasi eksekutif, legislatif dan terutama yudikatif yang tidak dilakukan perombakan apapun, akan membuat langkah-langkah pembaharuan dan penegakan hukum yang digagas dan diprakarsai rezim demokratis menjadi tersendat.

Demokrasi yang muncul kemudian adalah demokrasi yang layu sebelum berkembang, atau demokrasi beku (*frozen democracies*)⁶⁰ atau demokrasi lemah, demokrasi tidak solid atau demokrasi yang rentan (*fragile democracy*)⁶¹. Orde yang tua sudah ambruk, tetapi yang baru tidak kunjung lahir. Jadi

dibentuk di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tersebut berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Timor Timur paska jajak pendapat dan yang terjadi di Tanjung Priok pada tahun 1984.

⁶⁰ Georg Sorensen, *Demokrasi... op.cit.*, hlm. Xiii.

⁶¹ Lihat "Menuju Pemilihan Umum Transformatif, IRE, *Annual Report 2003/2004*, hlm. 16.

ada suasana kekosongan yang menakutkan. Inilah warisan paling mengerikan dari suatu masyarakat sipil yang *disorganised* yang dihasilkan oleh Orde Baru sepanjang sejarah kekuasaannya.

Respon pihak militer sendiri terhadap agenda perubahan politik telah mereka tunjukkan semenjak 1998 dengan merumuskan apa yang disebut sebagai "Paradigma Baru TNI" yang di dalamnya terkandung serangkaian doktrin yang mengubah peranan sosial politik TNI. TNI akan mengubah peranan sehingga tidak lagi perlu tampil di garis depan; mengubah posisinya dari "menduduki" ke "mempengaruhi;" dengan cara menjadi "pengaruh tak langsung." TNI juga siap "membagi kekuasaan" kepada kekuatan-kekuatan politik lainnya.

Dengan doktrin baru ini, perubahan memang terjadi. Ruang dominasi militer dalam domain sosial-politik menjadi mengecil secara signifikan. Tetapi ini tidak berarti pengaruh politiknya hilang sama sekali. Menurut ICG,⁶² sekurang-kurangnya ada tiga sumberdaya utama yang menjadikan militer tetap memiliki pengaruh secara politik. *Pertama*, adalah penguasaannya yang tidak tergoyahkan atas struktur teritorialnya di seluruh wilayah negara. *Kedua*, representasinya yang kuat dalam dinas intelijen negara dan militer. *Ketiga*, aksesnya yang kuat pada pendanaan melalui perusahaan-perusahaan bisnisnya, atau melalui cara-cara lain, termasuk bisnis gelap. Bahkan di sektor terakhir ini, dominasi mereka hampir-hampir tidak tersentuh oleh reformasi.⁶³ Karena penguasaannya di tiga sektor strategis itu masih kuat maka

⁶² ICG (International Crisis Group), *Indonesia: Keeping The Military Under Control*, www.crisisweb.org/projects/asia/indonesia/reports/A400054_05092000.pdf (19 April 2001).

⁶³ Untuk menunjukkan betapa besarnya keterlibatan militer dalam dunia bisnis, lihat hasil riset ICW (*Indonesian Corruption Watch*), *Bisnis Militer Mencari Legitimasi*, ICW & NDI (National Democratic Institute), Jakarta, 2003.

secara langsung menjadi sumber kekuatan mereka, sehingga logis apabila sejumlah pengamat mulai menaruh perhatian dengan rasa was-was akan munculnya kembali tentara dalam panggung politik. Isu remiliterisasi kembali menguat.⁶⁴

Dengan menggunakan skema Alfred Stepan tentang "hak prerogatif" militer masih berlaku, walaupun skalanya rendah.⁶⁵ Sekalipun proses demokratisasi di Indonesia telah menghasilkan pemerintahan sipil melalui pemilihan umum yang demokratis. Proyek demiliterisasi menjadi pekerjaan yang berat, untuk menata ulang hubungan sipil-militer sesuai dengan format demokratis. Dalam situasi di mana pemerintahan sipil yang terbentuk melalui proses demokratis paska otoritarianisme mengidap banyak kelemahan, repolitisasi militer atau remiliterisasi, akan berulang kembali

⁶⁴ Untuk kajian mutakhir mengenai menguatnya gejala remiliterisasi, lihat "Negeri Tentara, Membongkar Politik Ekonomi Militer," *Wacana, Jurnal Ilmu Sosial Transformatif*, Edisi 17, Th. II, 2004, INSIST, Yogyakarta. Isu remiliterisasi juga muncul menjadi kekhawatiran publik menyusul ketika RUU TNI dibahas di DPR. Banyak kalangan menilai RUU itu cenderung dipaksakan pengesahannya, khususnya untuk beberapa pasal yang jelas-jelas ingin mengembalikan peranan dwi-fungsi ABRI. Lihat misalnya laporan *Kompas*, 21 Juli, 2004.

⁶⁵ Stepan menggunakan sebelas parameter untuk menentukan apakah dimensi hak prerogatif militer berskala rendah, moderat, atau tinggi. Kesebelas parameter itu antara lain, peranan militer dalam sistem politik; hubungan militer dengan kepala eksekutif; fungsi koordinasi sektor pertahanan; partisipasi militer dinas aktif dalam kabinet; peranannya dalam proses legislasi, mesin birokrasi, dan dinas intelijen; peranannya dalam perusahaan negara, kepolisian, dan promosi militer; serta peranannya dalam sistem hukum. Lihat Alfred Stepan, *Rethinking Military Politics, Brazil and Southern Cone*, Princeton University Press, New Jersey, 1988, khususnya chapter 7, hlm. 93-127.

baik melalui kontestasi maupun tanpa kontestasi yang berarti.⁶⁶

Keberhasilan militer melakukan konsolidasi dipengaruhi juga oleh pemerintahan Gus Dur, dan lebih-lebih pemerintahan Megawati Soekarnoputri yang tidak konsisten mengkonsolidasikan sipil. Di era Megawati, Militer bahkan memperoleh ruang dan kesempatan melakukan *recovery* seiring dengan kebijakan pemerintahan Megawati yang kembali menghidupkan pendekatan keamanan dalam pemerintahannya. Peristiwa 11 September 2001, kasus-kasus peledakan bom di pelbagai daerah, kerusuhan di Ambon, Pontianak, Gerakan Aceh Merdeka (GAM), Organisasi Papua Merdeka (OPM), dan seterusnya menjadi faktor-faktor situasional yang mengkondisikan urgensi pendekatan keamanan oleh pemerintahan Megawati.

Pendekatan dialogis untuk menangani masalah Aceh dan Papua pada era Gus Dur tidak dilanjutkan di era pemerintahan Megawati. Penangannya berubah drastis menjadi pendekatan keamanan yang militeristik. Pembunuhan terhadap Theys Eluay diduga banyak pihak sebagai jawaban dalam menyelesaikan tuntutan masyarakat Papua. Di Aceh kebijakan yang diambil yang terjadi adalah dilaksanakannya darurat militer yang berkepanjangan, yang berakibat konflik senjata yang berkepanjangan dan jatuhnya korban masyarakat sipil.

c. Konfigurasi Politik Setelah Pemilu 2004

Konfigurasi politik setelah Pemilu 2004 tidak dapat dilepaskan dari bangunan konfigurasi politik setelah Pemilu 1999. Rentang waktu antara 1999-hingga menjelang Pemilu

⁶⁶ Untuk ulasan mengenai yang terjadi di era pemerintah Gus Dur, lihat Dewi Fortuna Anwar et.al, *Gus Dur versus Militer: Studi tentang Hubungan Sipil Militer di Era Transisi*, Gramedia Widiasarana, Jakarta, 2002.

tahun 2004 telah terjadi banyak perubahan politik dan hukum yang sangat signifikan, antara lain yang penting perubahan UUD 1945.⁶⁷

Perubahan pertama terfokus pada pengaturan kewenangan Presiden, diantaranya yang penting adalah mengatur masa jabatan Presiden yang hanya diperbolehkan menjabat sebanyak dua kali masa jabatan. Perubahan kedua mengatur dua hal penting lainnya, yaitu tentang pemerintahan daerah, pembagian kewenangan pusat dan daerah, kewenangan DPR dan DPRD, serta HAM. Perubahan ketiga mengatur Pemilu, kekuasaan kehakiman, Mahkamah Konstitusi, Komisi Yudisial, dan Dewan Perwakilan Daerah. Sedangkan perubahan keempat mengatur tentang pendidikan, kebudayaan, dan perekonomian.

Dari empat kali perubahan UUD 1945, perubahan ketiga merupakan perubahan yang paling besar pengaruhnya terhadap konfigurasi politik setelah Pemilu 2004, karena merubah ketentuan mengenai Pemilu dan kekuasaan kehakiman; dua elemen penting demokrasi. Perubahan sistem Pemilu meliputi: (a) penyelenggara pemilu adalah komisi yang bersifat nasional, tetap, dan mandiri; (b) peserta pemilu tidak hanya Partai Politik, tetapi juga perseorangan (DPD); (c) pemilihan Presiden dilakukan secara langsung oleh rakyat. Sedangkan perubahan lembaga kekuasaan kehakiman memberikan jaminan konstitusional yang lebih jelas dan tegas terhadap kemandirian kekuasaan kehakiman.

Pemilu 2004, diselenggarakan dengan format sama sekali berbeda dengan yang pernah dijalankan sebelumnya. Ini menunjukkan kemajuan dalam demokrasi prosedural kita. Selama ini yang terjadi adalah aspirasi politik rakyat pemilih tidak musti berbanding lurus dengan hasil dari proses politik

⁶⁷ Perubahan UUD 1945 terjadi 4 (empat) kali sepanjang tahun 2000-2002. Perubahan pertama berlangsung dalam Sidang Umum MPR pada 14-21 Oktober 1999; perubahan kedua, 7-18 Agustus 2000; perubahan ketiga, 1-9 November 2001, dan perubahan keempat, 1-11 Agustus 2002.

yang dimainkan oleh para elit. Pada Pemilu 2004 rakyat menjadi "hakim tertinggi" dalam menentukan calon presiden dan wakil presiden secara langsung.

Berdasarkan hasil penghitungan resmi Komisi Pemilihan Umum (KPU), terdapat tujuh partai politik yang mendapatkan suara terbanyak yaitu Partai Golkar 21,58 % suara; PDI-P 18,53%; PKB 10,57%; PPP 8,15%; PD 7,45%; PKS 7,34%; dan PAN (6,44%). Sedangkan partai-partai politik lainnya tidak mampu melewati ambang yang ditetapkan oleh KPU sebesar 3% suara pemilih secara nasional tersebut. Selengkapnya lihat Tabel 4.

Tabel 4. Urutan Perolehan Suara Partai Politik pada Pemilu 2004⁶⁸

No.	Nama Partai Politik	Jumlah Suara	%
1	Partai Golkar	24,480,757	21,58%
2	Partai Demokrasi Indonesia Perjuangan	21,026,629	18,53%
3	Partai Kebangkitan Bangsa	9,248,764	10,57%
4	Partai Persatuan Pembangunan	9,248,764	8,15%
5	Partai Demokrat	8,455,225	7,45%
6	Partai Keadilan Sejahtera	8,325,020	7,34%
7	Partai Amanat Nasional	7,303,324	6,44%
8	Partai Bulan Bintang	2,970,487	2,62%
9	Partai Bintang Reformasi	2,764,998	2,44%
10	Partai Damai Sejahtera	2,414,254	2,13%
11	Partai Karya Peduli Bangsa	2,399,290	2,11%
12	Partai Keadilan dan Persatuan Indonesia	1,424,240	1,26%
13	Partai Persatuan Demokrasi Kebangsaan	1,313,654	1,16%
14	Partai Nasional Banteng Kemerdekaan	1,230,455	1,08%
15	Partai Patriot Pancasila	1,073,139	0,95%
16	PNI Marhaenisme	923,159	0,81%
17	Partai Persatuan Nahdatu Ummah Indonesia	1895,610	0,79%
18	Partai Pelopor	878,932	0,77%
19	Partai Penegak Demokrasi Indonesia	855,811	0,75%
20	Partai Merdeka	842,541	0,74%
21	Partai Sarikat Indonesia	679,292	0,60%
22	Partai Perhimpunan Indonesia Baru	672,952	0,59%
23	Partai Persatuan Daerah	657,916	0,58%
24	Partai Buruh Sosial Demokrat	636,397	0,56%
	Jumlah	113,462,414	100%

⁶⁸ Data KPU hasil Pemilu 2004 diakses tahun 2007

Dari sudut komposisi Partai, Pemilu 2004 secara umum tidak berbeda jauh dibanding hasil Pemilu 1999. Hanya saja Partai Golkar kembali menjadi pemenang Pemilu, setelah pada 1999 menempati urutan kedua. Fakta ini menggambarkan bahwa lingkungan politik Indonesia memang masih berada pada fase transisional. Tatanan lama telah runtuh namun konfigurasi baru yang secara kontras memperlihatkan perbedaan besar belum kunjung tiba. Transisi demokrasi di Indonesia lebih merupakan *open signifier* (ruang penanda yang terbuka), tidak stabil, dan tidak mudah terprediksi daripada suatu lokomotif bagi gagasan politik baru, ketika proses perubahan politik yang berlangsung tidak serta merta menghadirkan kekuatan-kekuatan politik baru yang menggantikan kekuatan politik lama secara konsisten.

Sekalipun Pemilu 2004 menjadi arena demokrasi yang lebih terbuka dibanding Pemilu 1999; tetapi Pemilu menjadi ruangan bebas atau arena kontestasi dari berbagai kekuatan politik yang bertarung. *Survival* dari setiap aktor politik (khususnya partai politik) dalam tatanan politik demokrasi tidak mudah ditentukan oleh klaim yang mereka tampilkan sebagai elemen politik reformis-demokratik, namun ketahanan politik mereka sepenuhnya ditentukan oleh kemampuan yang mereka miliki untuk merespons setiap kondisi dan lingkungan politik yang terus berubah.

Pemilu 2004 menggambarkan betapa sulitnya perjuangan melawan lupa, ketika secara sadar maupun tidak sadar struktur kekuasaan yang baru mereplikasi kembali spirit masa lalu dengan bentuk yang lebih halus dan canggih. Suksesi kepemimpinan nasional dan pergantian sistem politik menuju era demokrasi setelah pemerintahan Soeharto tidaklah menghancurkan kekuatan-kekuatan patronase yang telah dibangun sedemikian lama selama puluhan tahun. Tumbang payung politik pemerintahan Soeharto dan terbangunnya nomenklatur baru bernama demokrasi justru memberikan kesempatan bagi tiap ikatan-ikatan patronase ekonomi politik yang ada untuk beradaptasi dengan suasana

politik baru dan membangun aliansi-aliansi yang berumahan partai politik.

Dari 24 Partai yang lolos dan ikut Pemilu 2004, sebagian besar bersisi aktor-aktor lama, dari kalangan sipil dan purnawirawan yang pernah menjadi bagian dari Orde Baru. Menjelang Pemilu 2004 yang lalu, banyak pengamat khawatir militer akan kembali memegang kendali, apalagi setelah terbukti dalam pemilihan Presiden 5 Juli 2004, dua kandidat dari lima pasangan yang bersaing adalah tentara, yaitu Jenderal SBY, mantan Kepala Staf Teritorial ABRI pada masa Orde Baru yang dicalonkan oleh sebuah partai kecil yang baru; dan Jenderal Wiranto, mantan Panglima TNI, yang dicalonkan Golkar. Kenyataan pada akhirnya membuktikan bahwa calon yang berlatar belakang militer (SBY) terpilih menjadi Presiden.

Kalangan aktivis yang bergerak dalam isu demiliterisasi sama-sama melihat bahwa pemerintahan transisi paska Orde Baru gagal menjalankan mandat untuk mengendalikan kekuatan militer di bawah pengawasan sipil secara total, dan bersamaan dengan itu mengeliminasi sama sekali peranan militer kehidupan politik. Gerakan demiliterisasi sejauh ini hanya efektif menjadi kekuatan penekan di luar negara dalam bentuk tekanan publik.

Wacana anti-militerisme memang mempengaruhi opini publik secara efektif, tetapi tidak sepenuhnya dikonversi menjadi kebijakan yang mengubah secara total hubungan sipil-militer dalam format politik demokratis. Gagalnya pemerintahan sipil paska Orde Baru melakukan kontrol ketat terhadap militer diperburuk oleh kenyataan bahwa kekuatan-kekuatan politik sipil sendiri masih sangat terfragmentasi; juga oleh makin kecilnya pengaruh faksi-faksi reformis di parlemen—yang juga semakin mengidap komplikasi korupsi.

Di tengah-tengah situasi seperti itu, sebaliknya, pengaruh politik tentara masih sangat kuat, dengan atau tanpa kontestasi sipil. Sebagaimana tercermin dalam doktrin "paradigma baru" TNI, militer Indonesia masih tetap merumuskan peranannya sebagai punggawa politik, walaupun

menyatakan ingin berbagi kekuasaan dengan kekuatan sipil. Tidak ada jaminan bahwa melalui paradigma barunya itu TNI akan melepaskan diri sama sekali dari percaturan politik. Dengan sumberdayanya yang masih sangat besar dalam struktur kepemimpinan teritorial, dinas-dinas intelijen, dan aksesnya yang tidak terkontrol pada sumber dana, tidak bisa dipastikan bahwa mereka akan tunduk sepenuhnya di bawah pengawasan sipil.

Pemilu 2004, sekalipun dilakukan dengan sistem yang lebih baik, tetapi menghasilkan konfigurasi politik yang tidak lebih baik dibanding hasil Pemilu 1999. Koalisi Partai Golkar dan Demokrat beserta Partai pendukung pemerintah lainnya di DPR tidak banyak menghasilkan produk-produk hukum responsif, dibandingkan dengan DPR hasil Pemilu 1999. Sepanjang 2004 hingga sekarang ini, produk hukum bidang HAM, seperti ratifikasi konvensi internasional HAM, serta UU yang terkait dengan penghormatan dan perlindungan HAM, tidak banyak yang dihasilkan. Bahkan UU KKR yang menjadi dasar pembentukan lembaga KKR sesuai amanat UU No. 26 Tahun 2000, dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi (MK), yang berujung batalnya pembentukan lembaga KKR. Termasuk dalam katagori lemahnya respon DPR dan Pemerintah terhadap HAM adalah tertundanya pembentukan Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK).

Konfigurasi Politik paska Pemilu 2004, peran DPR memang lebih besar dibanding sebelumnya sebagai konsekuensi dari menguatnya posisi hukum dan politik DPR yang dijamin UUD 1945 hasil perubahan. Karena itu wajar apabila konfigurasi politik di Indonesia sangat diwarnai oleh menonjolnya peran DPR dalam perbincangan publik. DPR tidak saja memiliki kewenangan besar dalam pembuatan UU, tetapi juga dalam penentuan jabatan di lembaga-lembaga independen, termasuk hakim agung pada Mahkamah Agung.

Dalam konfigurasi politik paska Pemilu 2004, kekuatan pro demokrasi yang makin terpinggir, berada dalam posisi

yang lemah untuk ikut mengembangkan instrumen demokrasi, seperti keterwakilan, *rule of law*, hak-hak sosial-ekonomi warga negara, kontrol pemerintahan sipil terhadap militer, perlindungan hak anak, pemerintahan yang bersih (*good and clean governance*) dan pemberantasan korupsi, atau partai politik yang *articulated*.

Para aktor demokrasi yang muncul paska Orde Baru gagal memanfaatkan struktur-struktur kesempatan politik untuk mencari dukungan populer yang lebih besar. Mereka hanya berkutat di domain masyarakat sipil sebagai *lobbyist*. Posisi mereka secara umum lemah justru dalam hubungannya dengan serangkaian agenda penguatan instrumen-instrumen representasi. Semua itu telah menyebabkan mereka semakin terisolasi dari proses politik elitis. Lebih dari itu, mereka sulit mentransformasikan sumber-sumber kekuasaan yang mereka miliki menjadi kekuatan yang bermakna secara politik. Misalnya, memanfaatkan jaringan sosial mereka yang terbatas menjadi kerja sama antar-sektor dan antar-isu dalam gerakan yang lebih luas. Maka, mereka menjadi gagal pula dalam mendapatkan dukungan publik yang signifikan.

Dalam konfigurasi politik yang tidak menentu itu, perlawanan para aktor pro demokrasi akhirnya sama sekali tidak berfungsi di tengah-tengah situasi dimana hampir seluruh elite politik merampas demokrasi. Secara internal, mereka masih terfragmentasi, dan dalam proses politik besar di luarnya mereka terus terisolasi dan teralienasi. Hal ini disebabkan menguatnya peranan para aktor dominan dalam proses politik paska-Orde Baru. "Perlawanan" dilakukan, tetapi hanya oleh segelintir aktor gerakan prodemokrasi saja.

C. Politik Hukum HAM

Politik hukum HAM adalah kebijakan hukum HAM (*human rights legal policy*) tentang penghormatan (*to respect*), pemenuhan (*to fulfill*) dan perlindungan HAM (*to protect*). Kebijakan ini bisa dalam bentuk pembuatan, perubahan,

pemuatan pasal-pasal tertentu, atau pencabutan peraturan perundang-undangan. Dalam pandangan Moh. Mahfud, implementasi politik hukum dapat berupa⁶⁹: (a) pembuatan hukum dan pembaruan terhadap bahan-bahan hukum yang dianggap asing atau tidak sesuai dengan kebutuhan dengan penciptaan hukum yang diperlukan; (b) pelaksanaan ketentuan hukum yang telah ada, termasuk penegasan fungsi lembaga dan pembinaan para anggota penegak hukum.

Politik hukum HAM pada aspek penghormatan adalah kebijakan yang mengharuskan negara untuk tidak mengambil langkah-langkah yang akan mengakibatkan individu atau kelompok gagal meraih atau memenuhi hak-haknya. Sementara pemenuhan adalah negara harus mengambil tindakan legislatif, administratif, anggaran, yudisial atau langkah-langkah lain untuk memastikan terealisasinya pemenuhan hak-hak. Sedangkan perlindungan adalah bagaimana negara melakukan kebijakan guna mencegah dan menanggulangi dilakukannya pelanggaran sengaja atau pembiaran.

Bagaimana politik hukum HAM di Indonesia? Akan ditelusuri bagaimana politik hukum HAM pemerintah semenjak awal kemerdekaan, era Orde Lama, Orde Baru, dan paska Orde Baru. Penelusuran ini diperlukan untuk melihat benang merah komitmen negara terhadap HAM.

a. Perdebatan dalam BPUPKI

Perdebatan tajam tentang perlu tidaknya HAM dicantumkan dalam UUD dalam rapat besar *Dokuritu Zyunbi*

⁶⁹ Moh. Mahfud, *Disertasi.....opc.cit.*, hlm. 74. Abdul Hakim Garuda Nusantara, "Politik Hukum Nasional", *Makalah*, September 1985; baca juga Nurhadiantomo, *Konflik-Konflik Sosial Pri dan Non Pri dan Hukum Keadilan Sosial*, Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2004, hlm. 53-54.

Tyoosakai (Badan Usaha-Usaha Persiapan Kemerdekaan Indonesia atau BPUPKI) tanggal 15 juli 1945 telah menjadi bagian dari sejarah tentang adanya perbedaan pandangan antara politik hukum HAM Soekarno dan Supomo di satu sisi serta M. Yamin dan M. Hatta di sisi yang lain. Inti perbedaan pandangan mereka adalah menyangkut substansi HAM dan eksistensi negara yang oleh masing-masing pihak dikonstruksikan diantara paham individualisme, yang notabene dinilai sebagai karakter yang bersifat Barat dan kolektivitas yang dinilai sebagai karakter yang bersifat Timur.

Bagi Supomo, negara tidak perlu menjamin HAM karena menurutnya: (i) HAM dianggap berlebihan; (ii) dibayangkan berdampak negatif; dan (iii) sebagai hak-hak perorangan, selalu berada di bawah kepentingan bersama. HAM, kata Supomo tidak membutuhkan jaminan *Grund- und Freiheitsrechthe* dari individu *contra staat*, oleh karena individu tidak lain ialah bagian organik dari *staat* yang menyelenggarakan kemuliaan *staat*, dan sebaliknya oleh politik yang berdiri di luar lingkungan suasana kemerdekaan seseorang.⁷⁰

Menurut pengertian "negara" yang integralistik, sebagai bangsa yang teratur, sebagai persatuan rakyat yang tersusun, maka pada dasarnya tidak akan ada dualisme "*staat*" dan individu, tidak akan ada pertentangan antara susunan *staat* dan susunan hukum individu, tidak akan ada dualisme "*staat und staatsfreier Gesellschaft*" (negara dan masyarakat bebas dari campur tangan negara). Negara kata Supomo adalah susunan masyarakat yang integral, anggota-anggota dan bagian-bagiannya merupakan persatuan masyarakat yang organis, persatuan yang tidak mementingkan perseorangan dan mengatasi semua golongan, persatuan hidup berdasarkan kekeluargaan.⁷¹

⁷⁰ Muhammad Yamin, *Naskah Persiapan Undang-Undang Dasar 1945* (jilid I), Yayasan Prapanca, 1959, hlm. 114.

⁷¹ *Ibid.*

Senada dengan Supomo, Soekarno juga menganggap HAM akan berdampak negatif karena memiliki kaitan dengan individualisme. Memberikan hak-hak kepada warga negara, bertentangan dengan kebebasan negara yang berdaulat. Soekarno bahkan dengan meyakinkan menyatakan bahwa jika negara ini dibangun dengan filsafat individualisme-liberalisme, maka yakinlah bahwa kita akan penuh dengan konflik. Lebih jauh Soekarno menegaskan:

Tuan-tuan yang terhormat! Kita menghendaki keadilan sosial. Buat apa *grondwet* menuliskan, bahwa manusia bukan saja mempunyai hak kemerdekaan suara, mengadakan persidangan dan berapat, jikalau misalnya tidak ada *sociale rechtaardigheid* yang demikian itu? Buat apa kita membikin *grondwet*, apa guna *grondwet* itu kalau ia tidak dapat mengisi perut orang yang hendak mati kelaparan. *Grondwet* yang berisi "*droit de l'homme et du citoyen*" itu, tidak bisa menghilangkan kelaparannya orang yang miskin yang hendak mati kelaparan. Maka oleh karena itu, jikalau kita betul-betul hendak mendasarkan negara kita kepada paham kekeluargaan, paham tolong menolong, paham gotong royong dan keadilan sosial, enyahkanlah tiap-tiap pikiran, tiap-tiap paham individualisme dan liberalisme daripadanya.⁷²

Pandangan dan pendirian Soekarno dan Supomo terhadap HAM tidak dapat menyembunyikan kentalnya sentimen ideologis anti Barat pada di satu sisi, serta kecenderungan paham kolektivisme kebudayaan di sisi lain,

⁷² *Ibid.*, hlm. 296-297. Lihat juga Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003, hlm. 8.

dan dengan argumen itu, secara pragmatis, Soekarno lalu menakar dan mempertentangkan arti penting gagasan HAM dengan dapat tidaknya gagasan itu mengatasi kelaparan; suatu argumen yang sangat dipaksakan dan berbahaya sebab sama artinya menempatkan manusia tidak berbeda jauh dengan hewan, yang penting kenyang meskipun dirampas kemerdekaannya.

Pandangan Soekarno dan Supomo yang tidak khawatir negara akan menyalahgunakan kekuasaannya, atau paling tidak, tidak selalu akan menggunakan kekuasaannya dengan bijaksana, berangkat dari anggapan bahwa para pejabat negara dianggap sebagai manusia yang baik dan bijaksana yang dengan sungguh-sungguh memikirkan kepentingan rakyat sebagai keseluruhan, tidak pernah memperhatikan kepentingan sendiri, dan karena itu tidak perlu UUD membatasi kekuasaan negara dan mengatur dan menjamin hak-hak perseorangan.

Berbeda dengan Soekarno, Hatta berpendapat sebaliknya, dengan menyatakan:

Paduka Tuan Ketua, sidang yang terhormat! Pokok-pokok yang dikemukakan oleh Syusa Panitia Kecil Perancang Undang-Undang Dasar setuju. Memang kita harus menentang individualisme dan saya sendiri boleh dikatakan lebih dari 20 tahun berjuang untuk menentang individualisme. Kita mendirikan negara baru di atas dasar gotong-royong dan hasil usaha bersama. Tetapi satu hal yang saya kuatirkan, kalau tidak ada satu keyakinan atau satu pertanggungan kepada rakyat dalam Undang-Undang Dasar yang mengenai hak untuk mengeluarkan suara, yaitu bahwa nanti di atas Undang-Undang Dasar yang kita susun sekarang ini, mungkin terjadi suatu bentukan negara yang kita tidak setuju....Kita menghendaki negara pengurus, kita membangunkan masyarakat baru yang berdasar kepada gotong-royong, usaha bersama; tujuan kita

ialah membarui masyarakat. Tetapi di sebelah itu janganlah kita memberikan kekuasaan yang tidak terbatas kepada negara untuk menjadikan di atas negara baru itu suatu negara kekuasaan.⁷³

Pada bagian lain dari penjelasannya, Hatta menyatakan:⁷⁴

"Tetapi satu hal yang saya kuatirkan kalau tidak ada satu keyakinan atau satu pertanggungan kepada rakyat dalam hukum dasar yang mengenai haknya untuk mengeluarkan suara, saya kuatir mengkhianati di atas Undang-Undang Dasar yang kita susun sekarang ini, mungkin terjadi satu bentukan negara yang tidak kita setuju". "Sebab itu ada baiknya dalam satu fasal, misalnya fasal yang mengenai warga negara disebutkan di sebelah hak yang sudah diberikan juga kepada misalnya tiap-tiap warga negara rakyat Indonesia, supaya tiap-tiap warga negara itu jangan takut mengeluarkan suaranya. Yang perlu disebut disini hak buat berkumpul dan bersidang atau menyurat dan lain-lain. Tanggungan ini perlu untuk menjaga supaya negara kita tidak menjadi negara kekuasaan, sebab kita dasarkan negara kita kepada kedaulatan rakyat".

Hal yang sama disampaikan oleh Moh. Yamin yang menolak keras argumen-argumen yang membela tidak dicantumkannya hak warga negara dalam Undang-Undang

Dasar. Dalam pidatonya di sidang BPUPKI, Yamin menegaskan bahwa:⁷⁵

"Supaya aturan kemerdekaan warga negara dimasukkan dalam Undang-Undang Dasar seluas-luasnya. Saya menolak segala alasan-alasan yang diajukan untuk tidak memasukkannya. Aturan dasar tidaklah berhubungan dengan liberalisme, melainkan semata-mata satu kesemestian perlindungan kemerdekaan, yang harus diakui dalam Undang-undang Dasar."

Pendapat kedua pendiri bangsa ini didukung oleh anggota BPUPKI lainnya, Liem Koen Hian, yang mengusulkan perlunya dimasukkan hak kemerdekaan buat *drukpers, onschendbaarheid van woorden* (pers cetak, kebebasan mengeluarkan pikiran dengan lisan).⁷⁶ Mereka sangat menyadari bahaya otoritarianisme, sebagaimana yang mereka lihat terjadi di Jerman menjelang Perang Dunia II, apabila dalam negara yang mau didirikan itu tidak diberikan jaminan terhadap hak warga negara.

Hatta dan Yamin pada akhirnya memang berhasil mendesak beberapa pasal mengenai perlindungan hak-hak sipil dalam batang tubuh UUD 1945,⁷⁷ tetapi perdebatan yang berakhir dengan kompromi itu menorehkan tiga catatan sejarah penting tentang politik hukum HAM yang digariskan BPUPKI.

Pertama, HAM yang masuk dalam UUD 1945 adalah HAM yang dicurigai atau diprasangkai sebagai Barat yang individualistik, dan karena itu harus diwaspadai.

⁷³ *Ibid.*, hlm. 209. Lihat juga Satya....., *op.cit.*, hlm. 9.

⁷⁴ Dikutip dari pidato Hatta tanggal 15 Juli 1945 di BPUPKI, berdasarkan naskah yang dihimpun oleh RM A.B. Kusuma, *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004, hlm. 345-355.

⁷⁵ Dikutip dari pidato Muhammad Yamin tanggal 15 Juli 1945 di BPUPKI, berdasarkan naskah yang dihimpun oleh RM A.B. Kusuma, *ibid.*, hlm. 380.

⁷⁶ Lihat RM A.B. Kusuma, *op.cit.*, hlm. 392.

⁷⁷ Pasal 27 ayat (1) dan (2); Pasal 28, dan Pasal 29 ayat (2), Pasal 30 dan 31.

Kedua, pencantuman HAM dalam UUD 1945 bersifat terbatas. Keterbatasan itu bukan hanya dalam arti bahwa hak-hak tersebut lebih lanjut akan diatur oleh undang-undang, tetapi juga dalam arti konseptual.⁷⁸ Konsep yang digunakan adalah Hak Warga Negara (*rights of the citizens*) bukan Hak Asasi Manusia (*human rights*). Penggunaan konsep Hak Warga Negara itu berarti bahwa secara implisit tidak diakui paham *natural rights* yang menyatakan bahwa HAM adalah hak yang dimiliki oleh manusia karena ia lahir sebagai manusia. Sebagai konsekuensi dari konsep itu, maka negara ditempatkan sebagai *regulator of rights*, bukan sebagai *guardian of human rights*—sebagaimana ditempatkan oleh sistem Perlindungan Internasional HAM.

Ketiga, Soekarno, yang kemudian menjadi Presiden Indonesia pertama, sejak awal memang kurang memiliki komitmen dasar yang jelas dan tegas untuk memenuhi, menghormati dan melindungi HAM, termasuk hak-hak warga negara, dan terbukti di era kekuasaannya, terutama setelah Demokrasi Terpimpin, Soekarno melakukan pelbagai praktek pelanggaran HAM, khususnya hak berorganisasi, berpendapat dan bereskeperesi.

Pada bagian ini patut diketengahkan pandangan lain yang menilai bahwa perbedaan pandangan para pendiri bangsa itu sesungguhnya hanya pada bagian tertentu saja dari HAM. Menurut hasil penelitian Tim dari Universitas Padjadjaran (Unpad) Bandung, perdebatan antara Soekarno dan Supomo dengan Hatta dan Yamin tidak sebagaimana digambarkan selama ini.⁷⁹ Dari semua ketentuan yang diatur dalam nasakah UUD 1945, hanya ada satu ketentuan yang tidak tercantum yang kemudian dimasukkan dalam UUD 1945 yaitu: hak

berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan yang notabene dimuat dalam Pasal 28 UUD 1945. Jadi tidak tepat kalau Supomo tidak menghendaki dicantumkannya HAM dalam UUD. Yang ditolak Supomo terletak pada konsepsi HAM yang hanya semata-mata mencerminkan pandangan liberalisme-individualisme.⁸⁰ Inti perbedaan pandangan mereka terletak pada pemahaman Supomo bahwa usul Hatta dan Yamin untuk mencantumkan hak berserikat, berkumpul dan mengeluarkan pikiran cermin dari paham liberalisme-individualisme; yang sebenarnya juga ditolak oleh Hatta dan Yamin yang ruhnya terdapat dalam *droit de l'homme de du citoyen*.⁸¹

Dalam risalah sidang BPUPKI tanggal 13 Juli disebutkan bahwa panitia kecil yang notabene diketuai oleh Supomo telah dimuat pasal-pasal tentang HAM yang mencakup hak persamaan kedudukan di muka hukum, hak atas pekerjaan dan penghidupan yang layak, hak untuk memeluk agama dan kepercayaan dan lain-lain yang mencakup hak sipil dan hak politik.⁸²

Lepas dari kontroversi sejarah perdebatan dalam BPUPKI, yang dapat direkam adalah bahwa proses legalisasi HAM dalam Konstitusi Indonesia terdapat tarik menarik pandangan, serta terjadi pasang surut pengaturan yang tidak bisa dibantah. Konstitusi Republik Indonesia Serikat (RIS) 1949 dan UUDS 1950 yang pernah berlaku selama sekitar 10 tahun (1949-1959) memuat pasal-pasal tentang HAM yang lebih banyak dan lebih lengkap dibandingkan dengan UUD 1945. Bahkan kedua UUD tersebut mendasarkan ketentuan tentang HAM pada deklarasi universal HAM

⁷⁸ Lihat T. Mulya Lubis, *In Search of Human Rights Legal Political Dilemmas of Indonesia's New Order, 1966-1990*, Gramedia, Jakarta, 1993.

⁷⁹ Tim Unpad, "Konsepsi Bangsa Indonesia tentang Hak Asasi Manusia ditinjau dari Segi Hukum", *Makalah*, 1993, hlm. 4.

⁸⁰ *Ibid.*, hlm. 6.

⁸¹ *Ibid.*, hlm. 8.

⁸² Sekretariat Negara Republik Indonesia, *Risalah Sidang Badan dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI)*, Sekretariat Negara, Jakarta, 1998, hlm. 246-256.

(*Universal Declaration of Human Rights*) 1948.⁸³ Tetapi sejarah bergerak mundur. Melalui Keppres No. 150 Tahun 1959 tanggal 5 Juli 1959, Soekarno menyatakan UUD 1945 berlaku kembali, yang berarti memberlakukan ketentuan tentang HAM yang berlaku di dalamnya.

Perdebatan tentang perlu tidaknya HAM dimuat dalam UUD (1945), yang kemudian berakhir dengan kompromi menjadi bukti sejarah bahwa usaha menjamin perlindungan HAM dalam sistem hukum Indonesia memiliki jejak sejarah kesulitan yang signifikan. Konsep universalitas dan partikularistik dengan pelbagai variasi argumen di dalamnya masih terus muncul sebagai pangkal perdebatan setiap kali ada gagasan yang "berbau" HAM dalam undang-undang. Akhir dari debat yang panjang itu adalah kompromi, dan rumusan undang-undang hasil kompromi dipastikan mengabaikan substansi.

b. Era Orde Lama

Pada periode 1945 hingga 1950-an kekuasaan Soekarno berada dalam jalur kekuasaan yang demokratis dan menghormati HAM. Maklumat-maklumat yang ia keluarkan sebagai jawaban terhadap tuduhan Belanda akan eksistensi pemerintahan Indonesia merdeka sebagai pemerintahan yang tidak demokratis dan boneka Jepang, di dalamnya memuat kebijakan yang demokratis dan penghormatan pada HAM.

Tiga langkah yang merupakan paradigma baru di bidang ketatanegaraan yang diambil oleh pemerintahan Soekarno, yaitu:⁸⁴ Pertama, mengeluarkan maklumat politik pemerintah tanggal 1 November 1945 antara lain menyatakan:

⁸³ Satya....., *op.cit.*, hlm. 11.

⁸⁴ Bagir Manan, *Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia*, Yayasan Hak Asasi Manusia, Demokrasi dan Supremasi Hukum, Bandung, 2001, hlm. xiii-xiv.

"....sedikit hari lagi kita akan mengadakan pemilihan umum sebagai bukti bahwa cita-cita kita dan dasar kerakyatan itu benar-benar dasar dan pedoman penghidupan masyarakat dan negara kita. Mungkin sebagai akibat pemilihan itu pemerintah akan berganti dan UUD kita akan disempurnakan menurut kehendak rakyat kita yang terbanyak."

Kedua, mengeluarkan maklumat pemerintah 3 November 1945 yang berisi antara lain menegaskan bahwa pemerintah menyukai timbulnya partai-partai politik, karena dengan adanya partai politik itulah dapat dipimpin ke jalan yang teratur segala aliran paham yang ada dalam masyarakat, dan partai-partai itu telah tersusun sebelum dilaksanakan pemilihan anggota badan-badan perwakilan rakyat pada bulan Januari 1946.

Ketiga, melakukan perubahan mendasar dan signifikan terhadap sistem pemerintahan yang semula presidensial menjadi parlementer, sebagaimana tertuang dalam maklumat pemerintah 14 November 1945, yang isinya antara lain berbunyi:

"Pemerintah Republik Indonesia setelah mengalami ujian-ujian yang ketat dengan selamat, dalam tingkatan pertama dari usahanya menegakkan diri, merasa bahwa saat sekarang sudah tepat untuk menjalankan macam-macam tindakan darurat guna menyempurnakan tata negara kepada susunan demokrasi. Yang terpenting dalam perubahan-perubahan susunan kabinet baru itu ialah tanggungjawab adalah di dalam tangan menteri".

Dengan keluarnya maklumat pemerintah 3 November 1945 itu, maka anjuran pembentukan partai-partai politik menjadi lebih jelas dan bermakna. Bahkan kedua maklumat

pemerintah tersebut yang sama-sama meletakkan kebebasan ataupun keleluasaan, menjadi pangkal tolak tumbuh dan berkembangnya demokrasi liberal atau demokrasi parlementer selama sekitar 10 tahun pertama kekuasaan Presiden Soekarno.

Perkembangan politik pada tahun-tahun berikutnya, terutama setelah dekrit Presiden 5 Juli 1959 yang menandai demokrasi terpimpinnya Soekarno, pemerintahan Orde Lama mengalami degradasi politik yang luar biasa, derita rakyat tidak saja pada aspek ketidakmerataan ekonomi dan kemiskinan, tetapi juga pengekangan pada kebebasan hak sipil dan hak politik. Sekitar 7 (tujuh) tahun, antara tahun 1959-1966, sistem politik dan bangunan negara hukum Indonesia yang berdiri di atas pondasi UUD 1945 yang rapuh dan sangat minim menjamin HAM, terbukti menjadi sebab utama terjadinya kesewenang-wenangan kekuasaan.

Partai-partai politik yang marak pada era demokrasi liberal, secara perlahan melemah dan tidak berdaya kecuali Partai Komunis Indonesia (PKI) yang memperluas pengaruhnya dengan berlindung di bawah kekuasaan Soekarno; sementara Angkatan Darat dapat memperluas peran dan kekuasaan politiknya,⁸⁵ dan dari sana militer terus menerus memperlemah kekuatan Partai Politik (Parpol) sehingga keberadaan Parpol tidak berfungsi sebagaimana mestinya kecuali memberi dukungan kepada Soekarno.⁸⁶ Partai-partai yang tidak mendukung Soekarno dibubarkan tanpa alasan yang jelas, dan bahkan mengada-ada, sebagaimana alasan pembubaran Partai Masyumi yang disebut Soekarno karena pimpinan partai itu terlibat pemberontakan PRRI; suatu alasan yang oleh Syafii Maarif

disebut tidak didukung oleh dokumen otentik.⁸⁷ Alih-alih mau menegakkan demokrasi, dalam Demokrasi Terpimpin Soekarno justru hilangnya demokrasi, dan yang tinggal terpimpinnya saja.⁸⁸

Sifat anti kritik Soekarno diwujudkan dalam bentuk tindakan penangkapan dan penahanan tanpa proses hukum terhadap pimpinan media masa cetak, seperti Mochtar Lubis, serta pembredelan Pers yang mencapai 184 kasus, dan jika ditambah dengan sikap anti Pers lainnya berjumlah 244 tindakan.⁸⁹ Dengan mengutip Edward C. Smith, tindakan anti Pers selama kurun waktu 1957-1965, digolongkan oleh Moh. Mahfud MD kedalam tiga bentuk, yaitu penahanan berjumlah 30 kasus; pemenjaraan sebanyak 30 kasus, dan pembredelan berjumlah 184 kasus.⁹⁰

Pelanggaran-pelanggaran hak sipil dan hak politik dalam bentuk pembatasan dan bahkan pelarangan implementasi kebebasan berorganisasi, bereksperisi dan berpendapat melalui pelbagai keputusan Presiden⁹¹ di era Presiden Soekarno memang sangat menonjol. Pers yang terkena tindakan anti pers pada umumnya adalah Pers-Pers yang independen dan tidak menyatakan diri sebagai aliran atau

⁸⁵ Herbert Feith, *The Decline of Constitutional Democracy in Indonesia*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1962, hlm. 583-584.

⁸⁶ Mochtar Mas' oed, *Ekonomi dan Struktur Politik Orde Baru 1966-1971*, LP3ES, Jakarta, 1989, hlm. 43-44.

⁸⁷ Ahmad Syafii Maarif, *Islam dan Masalah Kenegaraan*, LP3ES, Jakarta, 1985, hlm. 187-191.

⁸⁸ Deliar Noer, "Islam dan Politik Mayoritas atau Minoritas", dalam *Prisma* Nomor 5 Tahun 1988, hlm. 13.

⁸⁹ Moh. Mahfud MD, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Gama Media, Yogyakarta, 1999, hlm. 170. Baca juga Rukmana Amanwinata, "kemerdekaan Mengeluarkan Pikiran Dengan Tulisan Dalam Pasal 28 Undang-Undang Dasar 1945, Tesis pada Fakultas Pasca Sarjana Unpad, Bandung, 1988, hlm. 171-172.

⁹⁰ Baca Moh. Mahfud MD, "Perkembangan" disertasi. *op. cit.*, hlm. 287.

⁹¹ Penetapan Presiden No. 7 Tahun 1959 tanggal 31 Desember 1959 yang mengatur tentang pembubaran partai politik; Kepres No. 200 Tahun 1960 tentang pembubaran Masyumi dan PSI.

pembawa politik yang diperkenankan oleh pemerintah.⁹² Motif dari kebijakan politik hukum demikian itu jelas diorientasikan pada penaklukan Pers untuk menjadi bagian dari kekuatan kekuasaan Soekarno dalam memasyarakatkan gagasan manifesto politik dan Demokrasi Terpimpin yang ia gagas.

c. Era Orde Baru

Pada era Orde Baru, keadaan HAM di Indonesia jauh lebih buruk dibanding era Soekarno. Di era ini, Soeharto menerapkan tiga kebijakan sekaligus. *Pertama*, mengekang hak berserikat, bereksepresi dan berpendapat. *Kedua*, melakukan eliminasi dan kebijakan reduksionis konsep-terhadap konsep HAM, dan *ketiga*, melakukan pembunuhan dan penghilangan orang secara paksa tanpa alasan hukum. Ketiga hal tersebut merupakan satu kesatuan tindakan pelanggaran HAM, sebagai bagian dari politik mempertahankan kekuasaan.

Semenjak dekade awal hingga akhir 1970-an, pemerintahan Soeharto mulai melakukan langkah-langkah politik depolitisasi dengan pertama-tama mengekang kebebasan berorganisasi dengan melakukan kebijakan penyederhanaan Partai Politik, yaitu melebur sejumlah Partai ke dalam dua Partai dan satu Golongan Karya (Golkar).⁹³

⁹² Amir Effendi Siregar, *Pers Mahasiswa Patah Tumbuh Hilang Berganti* (cet.1), PT. Karya Unipress, Jakarta, 1983, hlm. 44.

⁹³ Golkar adalah nama baru dari Sekretariat Bersama (Sekber) Golkar yang telah berdiri pada tanggal 19 Oktober 1964. Organisasi ini didirikan sebagai federasi dari organisasi-organisasi fungsional yang tidak bernaung di bawah partai tertentu. Golkar yang sebenarnya tidak disebut partai, walaupun peran dan fungsi yang dilakukannya persis seperti partai, semenjak awal Orde Baru sudah disiapkan untuk menjadi partai pemerintah yang diproyeksikan untuk menjadi tangan sipil

Partai-Partai Islam dilebur menjadi Partai Persatuan Pembangunan (PPP); Partai-Partai Nasionalis Sekuler dilebur menjadi Partai Demokrasi Indonesia (PDI).

Pada Pemilu tahun 1971, Golkar yang untuk pertama kalinya ikut Pemilu menang dengan angka mengejutkan, yaitu 62,8%. Begitu seterusnya hingga Pemilu 1997, Golkar selalu memenangkan Pemilu di atas 60 %. Kemenangan yang dicapai Golkar tentu saja bukan kemenangan pemilu dalam pengertian dan substansi pemilu sesungguhnya, tetapi kemenangan yang telah disiapkan sebagai bagian dari politik stabilitas kelangsungan kekuasaan di satu sisi, dan politik pemberangusan suara berbeda (kritis) di sisi lain.

Pemilu era Orde Baru tidak lebih sebagai ritual lima tahunan untuk mengisi formal demokrasi serta proyek legalisasi de-demokratisasi. Dengan sistem *un-predictable procedures* serta *predictable result*, kemenangan Golkar sudah bisa dipastikan jauh sebelum pemilu dilakukan, sebagaimana juga Soeharto sudah dapat dipastikan akan menjadi Presiden lagi sebelum pemilu digelar.

Guna mendukung proyek keberlangsungan kekuasaan, dan atas nama stabilitas politik sebagai syarat pencapaian pertumbuhan ekonomi, pemerintahan Soeharto juga mengontrol secara ketat media massa, kampus, mahasiswa, LSM, DPR dan lembaga yudisial. Siapa saja dari lembaga-lembaga atau orang dari lembaga tersebut melakukan tindakan kritis terhadap pemerintah, dipastikan akan dihadapkan pada persoalan. Jika yang melakukannya lembaga, seperti LSM atau Pers misalnya, dipastikan akan dibredel, atau dilarang atau dikekang aktivitasnya. Tetapi jika yang melakukannya personal, maka bisa dipastikan akan ditangkap, ditahan, dipenjara, dihilangkan atau minimal mengalami kematian perdata, seperti yang diberlakukan terhadap anggota Petisi 50, atau aktivis Lembaga Bantuan Hukum (LBH).

Angkatan Darat (AD) yang dulu secara efektif berhasil mengimbangi PKI.

Politik hukum HAM penguasa Orde Baru adalah melakukan eliminasi dan reduksi konsep-konsep HAM universal ke dalam konsep HAM politis partikular. Politik partikular yang dimaksud adalah: *Pertama* bahwa HAM Indonesia adalah apa yang terdapat dalam Pancasila dan UUD 1945. Menyatakan HAM yang keluar dari kerangka Pancasila dan UUD 1945, merupakan tindakan penghianatan dan mengancam ideologi dan konstitusi. *Kedua*, HAM universal adalah Barat yang jahat, intervensionis, individualistik yang juga bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945. Dengan dua cara pandang tersebut, tuduhan pihak luar mengenai pelanggaran HAM di suatu negara dikritik sebagai campuran ideologis yang tidak sah.

Kalangan intelektual, Pers dan aktivis LSM yang mengintrodusir konsep universal dalam forum ilmiah sekalipun, dikelompokkan sebagai perongrong ideologi negara yang membahayakan stabilitas politik nasional dengan bungkus tidak sesuai dengan budaya bangsa dan Pancasila. Cara pandang Orde Baru itu dapat dikategorikan sebagai pandangan yang oleh Jack Donnelly disebutnya pendirian relativisme budaya radikal yang menegaskan bahwa "budaya adalah satu-satunya sumber kesahihan hak moral atau kekuasaan."⁹⁴ Penguasa Asia yang otoriter, termasuk rezim Orde Baru selalu mengajukan argumen bahwa negara dan masyarakat yang ia pimpin memiliki konsep HAM tersendiri; suatu pandangan yang sama dengan penganut absolutisme budaya bahwa HAM pada masyarakat yang berbeda memiliki konsep HAM yang berbeda pula.⁹⁵

⁹⁴ Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, N.Y. Ithaca, 1989, hlm. 109.

⁹⁵ Baca Rhoda W. Howard, "Dignity, Community and Human Rights", dalam Abdullah Ahmed An-Naim (Ed), *Human Rights in Cross Cultural Perspective: A Quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992, hlm. 81-101.

Atas dasar pandangan politis partikular itu, pemerintahan Soeharto melakukan hegemonisasi dan dominasi paham melalui pendidikan formal dan informal. Materi mata pelajaran Pancasila, Kewiraan, Sejarah, Kewarganegaraan untuk Sekolah Dasar (SD), Sekolah Menengah Pertama (SMP), Sekolah Menengah Umum (SMU), dan Perguruan Tinggi diisi dengan doktrin-doktrin yang mengarahkan peserta didik menjauhi pengetahuan, pemahaman dan kesadaran HAM universal, serta menanamkan paham-paham HAM politis partikular.

Di luar pendidikan formal, dilakukannya juga penataran P4 yang sejatinya doktrinasi secara meluas dan sistematis. Dengan dua cara itulah Orde Baru melakukan pembelengguan kebebasan berpikir sebagai salah satu hak sipil yang penting, serta pada saat yang sama membangunkan pemahaman dan kesadaran tentang konsep HAM reduksionis, yang diorientasikan pada penumpukan daya kritis masyarakat.

Di samping dua kebijakan politik di atas, pelanggaran HAM era Orde Baru pada akhirnya mewujudkan dalam bentuk nyata, berupa pelanggaran HAM melalui *acts of commission* maupun *act of omission* karena kegagalan negara dan/atau pemerintah memenuhi kewajibannya sebagaimana yang disebutkan di dalam undang-undang.⁹⁶ Pelanggaran terhadap kewajiban untuk menghormati HAM berupa tindakan (aparatus) negara dalam hal:

⁹⁶ Pasal 8 UU No. 39 Tahun 1999 menyebutkan: 'perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia terutama menjadi tanggung jawab pemerintah (cetak miring dan garis bawah oleh MMB). Lihat juga pasal 71: "pemerintah wajib dan bertanggung jawab menghormati, melindungi, menegakkan, dan memajukan hak asasi manusia yang diatur dalam Undang-Undang ini ...dst"; dan pasal 72: "kewajiban dan tanggung jawab pemerintah...., meliputi langkah implementasi yang efektif di bidang hukum, politik, ekonomi, sosial, budaya, pertahanan keamanan negara, dan bidang lain'.

Pertama, Pembunuhan diluar hukum sebagai pelanggaran atas kewajiban menghormati hak untuk hidup,⁹⁷ seperti: (i) pembunuhan terhadap sejumlah besar orang yang dituduh PKI pada tahun-tahun awal Orde Baru, baik yang secara langsung dilakukan oleh aparat negara (*acts of commission*) maupun yang dilakukan oleh pelaku bukan-negara, tetapi (aparat) negara tidak mencegahnya (*act of omission*); (ii) pembunuhan diluar hukum sejumlah orang yang dituduh sebagai pelaku kejahatan pada paroh pertama tahun 1980-an, yang dikenal sebagai 'petrus' (penembakan misterius); (iii) pembunuhan di luar hukum dalam peristiwa Tanjung Priok, peristiwa Talangsari, pembunuhan yang terjadi dalam operasi militer di Aceh dan Papua sejak awal tahun 1990-an; serta (iv) pembunuhan dalam peristiwa Trisakti dan Semanggi pada paroh terakhir tahun 1990-an.

Kedua, Penghilangan secara paksa (*enforced disappearance*) atau penculikan⁹⁸ (pelanggaran atas kewajiban untuk menghormati hak hidup)⁹⁹ sejumlah aktivitas mahasiswa demokrasi oleh apa yang disebut sebagai "team Mawar Kopassus" pada paroh kedua tahun 1990-an.

Ketiga, Penyiksaan dan penganiayaan (pelanggaran atas hak untuk tidak disiksa)¹⁰⁰ yang dilakukan oleh (aparat) negara

⁹⁷ Lihat Pasal 4; hak untuk hidup...dst. adalah hak asasi manusia yang tidak dikurangi dalam keadaan apapun,' dan Pasal 9 ayat (1) UU. 39 Tahun 1999; 'setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan meningkatkan taraf kehidupannya'. Pasal 33 (1): 'setiap orang berhak untuk bebas dari penghilangan nyawa'.

⁹⁸ Lihat Pasal 33 ayat (2) UU.No. 39 Tahun 1999. 'setiap orang berhak untuk bebas dari penghilangan paksa dan penghilangan nyawa.'

⁹⁹ Lihat pasal 4 dan pasal 9 (1), pasal 33 (2)UU No. 39 Tahun 1999.

¹⁰⁰ Lihat pasal 4; 'hak untuktidak disiksa dst, adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apaun dan oleh siapapun', dan pasal 33 (1) UU No. 39 Tahun 1999; 'setiap

(satuan polisi/Brimob) terhadap sejumlah aktivis mahasiswa dalam kasus penculikan oleh Team Mawar Kopassus.

d. Paska Orde Baru

Berhentinya Soeharto sebagai Presiden Republik Indonesia pada 21 Mei 1998 menandai berhentinya secara formal rezim Orde Baru, sekaligus terbukanya harapan akan kehidupan hukum dan politik demokratis di Indonesia. B.J. Habibie yang menggantikan Soeharto di tengah-tengah ketidakpastian politik yang mencemaskan, mengambil langkah cepat dengan mengumumkan sekaligus menyebut kabinetnya dengan nama "Kabinet Reformasi Pembangunan". Sebutan "Kabinet Reformasi" sudah merupakan respon positif B.J. Habibie terhadap gerakan sejumlah tokoh, antara lain Amin Rais dan mahasiswa yang mengusung isu reformasi sebagai pengikat semua elemen gerakan untuk mengoreksi dan bahkan akhirnya menuntut Soeharto turun dari jabatannya.

Konsisten dengan nama kabinet yang ia bentuk, dan untuk memenuhi tuntutan reformasi, Presiden B.J. Habibie melakukan langkah awal yang strategis dalam bentuk membuka sistem politik yang selama ini tertutup, menunjukkan kemauan politik yang kuat untuk menjamin perlindungan HAM, menghentikan korupsi, kolusi dan nepotisme, menghapus dwi-fungsi ABRI, mengadakan pemilu secepatnya, dan sebagainya.

Masa-masa awal pemerintahan B.J. Habibie, isu tentang HAM sempat diwarnai oleh perdebatan mengenai konstitusionalitas perlindungan HAM. Perdebatannya tidak

orang berhak untuk bebas dari penyiksaan, penghukuman atau perlakuan yang kejam, tidak manusiawi, merendahkan derajat dan martabat kemanusiaannya,' dan pasal 34 UU No. 39 Tahun 1999; 'setiap orang tidak boleh ditangkap, ditahan, disiksa, dikucilkan, diasingkan, atau dibuang secara sewenang-wenang'.

saja berkaitan dengan teori HAM, tetapi juga dasar hukumnya, apakah ditetapkan melalui TAP MPR atau dimasukkan dalam UUD? Gagasan mengenai Piagam HAM yang pernah muncul di awal Orde Baru itu muncul kembali. Begitu pula gagasan untuk mencatulkannya ke dalam pasal-pasal Undang-Undang Dasar juga muncul kembali ke dalam wacana perdebatan HAM ketika itu.

Karena kuatnya tuntutan dari kelompok-kelompok reformasi, maka perdebatan bermuara pada lahirnya Ketetapan MPR No. XVII/MPR/1998 tentang HAM. Isinya bukan hanya memuat Piagam HAM, tetapi juga memuat amanat kepada presiden dan lembaga-lembaga tinggi negara untuk memajukan perlindungan HAM, termasuk mengamanatkan untuk meratifikasi instrumen-instrumen internasional HAM.¹⁰¹

Hasil Pemilu 1999 merubah peta kekuatan politik di MPR/DPR. Kekuatan politik pro-reformasi mulai memasuki gelanggang politik formal, yakni MPR/DPR. Selain berhasil mengangkat K.H. Abdurrachman Wahid sebagai Presiden, mereka juga berhasil menggulirkan terus isu perubahan terhadap Undang-Undang Dasar 1945. Tetapi perjuangan untuk membuat kerangka hukum perlindungan HAM dalam UUD 1945 berjalan alot.

Para pendukung HAM memandang bahwa perlindungan yang lebih besar terhadap HAM sangat diperlukan, untuk mencegah terjadinya berbagai pelanggaran seperti yang pernah terjadi pada zaman pemerintahan otoriter Soeharto.¹⁰² Menurut Harianto, kendati MPR sudah

mengundangkan Tap MPR No. XXVII Tahun 1998 tentang HAM dan pemerintahan B.J. Habibie sudah mengeluarkan UU No. 39 Tahun 1999 juga tentang HAM, perlindungan oleh Konstitusi masih tetap diperlukan.¹⁰³

Kelompok penentang berpendapat, bahwa orang tidak perlu mengadopsi aturan tentang HAM. Muhammad Ali (PDIP) beranggapan bahwa undang-undang dan Tap MPR tentang HAM sudah lebih dari cukup. Mengamini Muhammad Ali, Siti Hartati Murdaya dari FUG mengatakan bahwa usulan komprehensif tentang HAM akan menghancurkan karakter khusus dan semangat 1945 kemerdekaan Indonesia—tanpa merinci apa yang dimaksud dengan 'karakter' dan 'semangat' itu.¹⁰⁴

Meskipun perdebatan berlangsung alot, pada Sidang Tahunan MPR tahun 2000, perjuangan untuk memasukkan perlindungan HAM ke dalam Undang-Undang Dasar akhirnya berhasil dicapai. MPR sepakat memasukan HAM ke dalam Bab XA, yang berisi 10 Pasal HAM (dari pasal 28A-28J) pada Amandemen Kedua UUD 1945 yang ditetapkan pada 18 Agustus 2000, yang melengkapi dan memperluas Pasal 28.

Tolak tarik kepentingan antar elite di MPR/DPR mengenai luas lingkup perubahan UUD 1945, termasuk substansi HAM yang harus dimuat di dalamnya tidak saja dilatarbelakangi oleh perbedaan persepsi tentang konsep HAM di antara para elite politik di parlemen, yang nyaris menyerupai perdebatan para pendiri bangsa di BPUPKI, tetapi juga kepentingan politik pendukung *status quo* Orde Baru yang cemas akan kuatnya desakan untuk menyelesaikan pelanggaran HAM yang terjadi dan dilakukan oleh penguasa Orde Baru. Kuatnya tarik menarik itu, memaksa politik hukum HAM pada era reformasi terpaksa dinegosiasikan,

¹⁰¹ Presiden B.J. Habibie membuat Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia (RAN-HAM) 1998-2003, yang memuat agenda pemerintahannya dalam penegakan HAM, meliputi pendidikan dan sosialisasi HAM serta program ratifikasi instrumen internasional HAM.

¹⁰² Denny, *Amanademen*.....*op.cit.*, hlm 232.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Ibid.*

dan hasilnya memperlihatkan karakter politik hukum HAM kompromistik yang tercermin dalam substantif undang-undang; baik yang terdapat dalam UUD 1945 perubahan ke-II, khususnya pasal yang mengatur HAM; UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM, serta UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Politik hukum HAM di era reformasi, yang notabene adalah era awal demokrasi ditandai juga oleh pembentukan dan penguatan institusi-institusi perlindungan HAM, seperti penguatan Komnas HAM, pembentukan Mahkamah Konstitusi (MK), Komnas Perempuan, Komnas HAM Anak, dan Lembaga Perlindungan Saksi dan korban. Pembentukan dan penguatan institusi-institusi tersebut ditujukan agar penghormatan, perlindungan dan penegakan terhadap HAM dapat dilakukan lebih kuat dan lebih baik, terutama mencegah negara mengulangi kesalahan melakukan pelanggaran HAM sebagaimana terjadi pada era kekuasaan sebelumnya.

Ketentuan mengenai jaminan HAM dalam konstitusi, hanya mungkin dilakukan dalam sistem politik yang demokratis, karena demokratislah yang memberikan landasan dan mekanisme kekuasaan berdasarkan prinsip persamaan dan kesederajatan manusia. Demokrasi menempatkan manusia sebagai pemilik kedaulatan yang kemudian dikenal dengan prinsip kedaulatan rakyat.¹⁰⁵

Berdasarkan teori kontrak sosial,¹⁰⁶ untuk memenuhi hak-hak setiap manusia tidak mungkin dicapai oleh masing-

masing orang secara individual, tetapi harus bersama-sama. Maka dibuatlah perjanjian sosial yang berisi tentang apa yang menjadi tujuan bersama, batas-batas hak individual, dan siapa yang bertanggungjawab untuk pencapaian tujuan tersebut dan menjalankan perjanjian yang telah dibuat dengan batas-batasnya. Perjanjian tersebut diwujudkan dalam bentuk konstitusi sebagai hukum tertinggi di suatu negara (*the supreme law of the land*), yang kemudian dielaborasi secara konsisten dalam hukum dan kebijakan negara. Proses demokrasi juga terwujud melalui prosedur pemilihan umum untuk memilih wakil rakyat dan pejabat publik lainnya.

Prinsip demokrasi atau kedaulatan rakyat dapat menjamin peran serta masyarakat dalam proses pengambilan keputusan, sehingga setiap peraturan perundang-undangan yang diterapkan dan ditegakkan benar-benar mencerminkan perasaan keadilan masyarakat. Peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan atau hanya untuk kepentingan penguasa. Hukum tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan yang berkuasa, melainkan kepentingan keadilan bagi semua orang (*justice for all*). Dengan demikian negara hukum yang dikembangkan bukan *absolute rechtsstaat*, melainkan *demokratische rechtsstaat*.¹⁰⁷

Politik hukum HAM dalam negara hukum demokratis harus bersifat promotif, protektif dan implementatif terhadap HAM guna mencegah penyalahgunaan kekuasaan dalam bentuk pelanggaran HAM. Promotif, berarti undang-undang yang dibuat memiliki kekuatan moral dan hukum yang

¹⁰⁵ Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 Perubahan ketiga menegaskan bahwa "Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar". Sebelum perubahan, Pasal ini berbunyi, "kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan sepenuhnya oleh MPR". Makna perubahan itu menegaskan kedudukan undang-undang sebagai penjamin, sekaligus penjaga kedaulatan rakyat.

¹⁰⁶ Harus diingat bahwa paling tidak terdapat tiga macam teori kontrak sosial masing-masing dikemukakan oleh John Locke,

Thomas Hobbes, dan J.J. Rousseau yang masing-masing melahirkan konsep negara yang berbeda-beda. Lihat George H. Sabine, *A History of Political Theory*, Third Edition, New York-Chicago-San Francisco-Toronto-London; Holt, Rinehart and Winston, 1961, hlm. 517 – 596.

¹⁰⁷ *Ibid.*

memungkinkan setiap kebijakan, setiap orang dan kekuasaan menghormati dan menghargai HAM. Protektif, berarti undang-undang yang dibuat memiliki daya cegah terhadap pelbagai kemungkinan terjadinya pelanggaran HAM, sementara implementatif, berarti undang-undang yang dibuat harus bisa dilaksanakan atau diterapkan jika terjadi pelanggaran, dan bukan undang-undang yang tidak bisa dilaksanakan, baik karena rumusan pasalnya yang kabur, tidak jelas, duplikasi atau multi tafsir, maupun karena pelaksana undang-undang tidak independen.

Dalam konteks Indonesia paska Orde Baru, pemerintahan telah dibuat pelbagai produk aturan hukum, baik berupa perubahan UUD, pembuatan UU, Peraturan Pemerintah, dan Keputusan Presiden. Di samping itu, pemerintah juga telah meratifikasi sejumlah konvensi HAM internasional.

Dari pelbagai aturan hukum yang telah dibuat, pengaturan HAM dalam UUD 1945, hasil perubahan pertama, kedua, ketiga dan keempat merupakan produk hukum paling penting dan mendasar.¹⁰⁸ Penting karena substansi terekam lebih lengkap dan terperinci. Mendasar karena diatur di dalam hukum dasar (Konstitusi) pada semua aspek ketatanegaraan dalam negara hukum modern sehingga

¹⁰⁸ Hak Asasi Manusia yang diatur dalam Pasal 28, 28A-28J telah terlebih dahulu diatur dalam UU No. 39 Tahun 1999, yaitu antara lain: hak hidup, hak berkeluarga dan melanjutkan keturunan, hak untuk mengembangkan diri, hak untuk mendapatkan keadilan, hak atas kebebasan pribadi (al: hak untuk tidak diperbudak, bebas memeluk agama, bebas memilih dan dipilih, hak untuk berkumpul dan berserikat, hak untuk menyampaikan pendapat); hak atas rasa aman, hak atas kesejahteraan, hak untuk turut serta dalam pemerintahan).

memiliki jangkauan luas¹⁰⁹, terkait dan tidak terpisahkan sama lain.¹¹⁰

Politik hukum HAM di paska Orde Baru juga diwujudkan oleh kebijakan hukum penguatan dan pembuatan institusi perlindungan HAM sebagai upaya memajukan institusi penghormatan, perlindungan dan pemenuhan

¹⁰⁹ Penghormatan dan perlindungan HAM telah diatur formal dan terekam secara substansial pada hampir semua Pasal dalam perubahan pertama, kedua, ketiga dan keempat.

¹¹⁰ Pembatasan jabatan Presiden hasil perubahan pertama misalnya sudah merupakan pemaknaan terhadap arti pentingnya pembatasan kekuasaan bagi hak asasi manusia, karena kekuasaan yang tidak terbatas telah terbukti menimbulkan penyalahgunaan kekuasaan (*abuse of power*); salah satu wujudnya pelanggaran hak asasi manusia.

Bab V

Politik Hukum HAM

Era Reformasi

A. Pengantar

Salah satu agenda reformasi pemerintahan paska Soeharto adalah penguatan penghormatan, pemenuhan dan perlindungan HAM. Agenda tersebut direspon oleh DPR dan Pemerintahan B.J. Habibie, Gus Dur, Megawati, dan SBY dalam bentuk kebijakan hukum berikut: (a) mencabut peraturan perundang-undangan yang melanggar atau tidak sejalan dengan HAM; (b) merubah (mengamandemen) UUD 1945; (c) membuat peraturan perundang-undangan yang seluruhnya baru, yang ditujukan kepada perlindungan HAM, dan (e) meratifikasi konvensi HAM internasional. Pemerintah juga memperbaiki dan membentuk lembaga-lembaga baru yang didasarkan pada perspektif penghormatan dan perlindungan HAM.

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

Peraturan perundang-undangan tersebut menjadi satu kesatuan yang tidak bisa dipisahkan dalam menjelaskan politik hukum HAM. Menganalisis peraturan perundang-undangan HAM tanpa meletakkannya dalam kerangka hukum umum, akan kehilangan konteks tentang dimana dan mengapa suatu undang-undang dibuat, serta bagaimana hukum HAM ditegakkan. Sebaliknya, menganalisis peraturan perundang-undangan yang bersifat umum dengan mengabaikan peraturan perundang-undangan yang bersifat khusus (hukum HAM) akan sulit menjelaskan arah politik hukum HAM.

Berdasarkan cara pandang di atas, pada bab ini disajikan terlebih dahulu data-data produk hukum umum, hukum HAM dan institusi-institusi yang dibuat di empat pemerintahan di era reformasi secara berurutan, sesuai bentuk dan urutan peraturan perundang-undangannya. Kemudian dilakukan analisis guna mengetahui bagaimana konteks politik produk peraturan perundang-undangan itu dibuat dalam perspektif konfigurasi politik dan keadilan transisional, bagaimana kewenangan institusi-institusi pelaksana hukum HAM, serta bagaimana keseluruhan produk hukum HAM dan institusi tersebut dibuat di masa empat pemerintahan paska Soeharto.

B. Produk Hukum

a. Era B.J. Habibie

(a) Produk Hukum Umum

1. Ketetapan MPR

- (1) *TAP MPR No. X/MPR/1998 Tentang Pokok-Pokok Reformasi Pembangunan Dalam Rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional Sebagai Haluan Negara.*¹

¹ TAP MPR No. 1/MPR/2003 Pasal 6 TAP menyebutkan bahwa TAP ini termasuk TAP yang tidak perlu dilakukan tindakan

Ketetapan ini memuat pedoman penyusunan tatanan baru kehidupan berbangsa dan bernegara, yang bersifat terbuka, demokratis, menghargai, keragaman, menjunjung tinggi hukum dan keadilan, menghormati HAM, untuk mewujudkan kehidupan yang lebih sejahtera.² Reformasi politik sebagai salah satu agenda Ketetapan ini ditujukan pada usaha penegakan kedaulatan rakyat dan HAM sebagai jalan pemecahan krisis nasional di segala bidang yang berpangkal pada domain kekuasaan eksekutif yang terpusat dan tertutup di bawah kontrol lembaga kepresidenan di masa Orde Baru.

- (2) *TAP MPR No. XI/MPR/1998 Tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme.*

Ketetapan ini merupakan respon MPR terhadap tuntutan reformasi untuk membangun negara dan pemerintahan demokratis yang bebas dari KKN. Tap ini juga merupakan koreksi terhadap penyelenggaraan negara yang terpusat pada Presiden yang berakibat tidak berfungsinya Lembaga Tertinggi Negara, serta tidak berkembangnya partisipasi masyarakat dalam memberikan kontrol sosial.

- (3) *TAP MPR No. XIII/MPR/1998 Tentang Pembatasan Masa Jabatan Presiden dan Wakil Presiden Republik Indonesia.*³ Ketetapan ini memuat batasan masa jabatan Presiden untuk mengatasi Pasal 7 UUD 1945 yang telah

hukum lebih lanjut, baik karena bersifat *einmalig* (final), telah dicabut, maupun telah selesai dilaksanakan.

² Baca Tap, *Pengantar*, hlm. 2.

³ Melalui TAP MPR No. 1/MPR/2003 dinyatakan sudah tidak berlaku.

menimbulkan berbagai penafsiran yang merugikan kedaulatan rakyat dan kehidupan demokrasi.

- (4) *TAP MPR No. XIV/MPR/1998 Tentang Perubahan dan Tambahan atas TAP MPR No. III/MPR/1998 Tentang Pemilihan Umum.*⁴

Ketetapan ini memuat ketentuan tentang Pemilihan Umum yang harus diselenggarakan secara demokratis, jujur, langsung, umum, bebas, dan rahasia; dan diselenggarakan oleh badan penyelenggara Pemilu Umum yang bebas dan mandiri, yang terdiri atas unsur partai politik peserta Pemilihan Umum dan pemerintah, yang diawasi oleh badan pengawas yang mandiri. Ketetapan ini juga menentukan bahwa Pemilu berikutnya ditentukan bulan Mei 1999 atau paling lambat bulan Juni 1999, yang sedianya berlangsung Oktober tahun 2002.

- (5) *TAP MPR No. XVIII/MPR/1998 Tentang Pencabutan TAP No. II/MPR/1978 tentang Pedoman Penghayatan dan Pengamalan Pancasila (Ekaprasetya Pancakarsa) dan Penetapan tentang Penegasan Pancasila sebagai Dasar Negara.*

Ketetapan ini mengakhiri politik hukum dominasi dan hegemoni negara melalui ideologi yang telah berlangsung 20 tahun (1978-1998). Melalui Ketetapan inilah, penguasa otoriter Orde Baru mengekang dan membungkam rakyat dengan “borgol” ideologi Pancasila yang disalahgunakan.

⁴ *Ibid.*

2. Undang-Undang

- (1) *UU No. 2 Tahun 1999 Tentang Partai Politik.*⁵ *Mencabut UU No. 3 Tahun 1975 Tentang Parpol dan Golkar, Sebagaimana Telah Diubah Dengan UU No. 3 Tahun 1985 Tentang Parpol dan Golkar.*

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain: *Pertama*, untuk menumbuhkan dan memperkuat kemerdekaan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pikiran. *Kedua*, untuk memberi landasan hukum yang lebih baik bagi tumbuhnya kehidupan partai politik yang dapat lebih menjamin peran serta rakyat Indonesia dalam kehidupan berbangsa dan bernegara berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.

- (2) *UU No. 3 Tahun 1999 Tentang Pemilihan Umum.*⁶ *Mencabut UU No. 15 Tahun 1969 Tentang Pemilihan Umum Anggota-Anggota Permusyawaratan/Perwakilan Rakyat, Sebagaimana Telah Diubah Dengan UU No. 4 Tahun 1975, UU No. 2 Tahun 1980 Dan UU No. 1 Tahun 1985.*

UU dimaksudkan untuk lebih mewujudkan kedaulatan di tangan rakyat, sehingga perlu menata kembali penyelenggaraan pemilihan umum agar demokratis, transparan, jujur dan adil, langsung, umum, bebas, dan rahasia.

- (3) *UU No. 26 Tahun 1999⁷ Tentang Pencabutan UU No. II/PNPS/Tahun 1963 Tentang Pemberantasan Kegiatan Subversi.*⁸

⁵ LN Tahun 1999 No. 22, TLN No. 3809.

⁶ LN Tahun 1999 No. 23, TLN No. 3810.

⁷ LN Tahun 1999 No. 73, TLN No. 3849.

⁸ Sekalipun Pemerintahan Habibi menghapus UU Subversi, tetapi kemudian mengeluarkan UU No. 27 Tahun 1999 Tentang

Pertimbangan dicabut UU Subversif ini antara lain bahwa Undang-undang Subversi bertentangan dengan HAM dan prinsip negara hukum serta menimbulkan ketidakpastian hukum, ketidakadilan, pelanggaran HAM dan keresahan di dalam masyarakat.

- (4) *UU No. 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi, Dan Nepotisme.*⁹
Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain: bahwa praktik KKN tidak hanya dilakukan antar-Penyelenggara Negara melainkan juga antara Penyelenggara Negara dan pihak lain yang dapat merusak sendi-sendi kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara serta membahayakan eksistensi negara.
- (5) *UU No. 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.*¹⁰
UU ini dikeluarkan dengan pertimbangan bahwa akibat tindak pidana korupsi selain merugikan keuangan negara atau perekonomian negara, juga menghambat pertumbuhan dan kelangsungan pembangunan nasional yang menuntut efisiensi tinggi.

Perubahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana yang Berkaitan Dengan Kejahatan Terhadap Negara. Substansi dari UU ini adalah menggantikan UU Subversif, terutama larangan menyebarkan ajaran Komunisme, mendirikan organisasi yang berideologi komunisme, dan seterusnya. Selengkapnya baca UU No. 27 Tahun 1999.

⁹ LN Tahun 1999 No. 75, TLN No. 3851.

¹⁰ LN Tahun 1999 No. 140, TLN No. 3874.

- (6) *UU No. 35 Tahun 1999 Tentang Perubahan Atas UU No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman.*¹¹

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain adalah untuk mewujudkan kekuasaan Kehakiman yang mandiri dan terlepas dari kekuasaan Pemerintah sehingga dipandang perlu melaksanakan pemisahan yang tegas antara fungsi-fungsi yudikatif dan eksekutif.

3. Keputusan Presiden

- (1) *Keppres 16 Tahun 1999 Tentang Pembentukan Komisi Pemilihan Umum Dan Penetapan Organisasi Dan Tata Kerja Sekretariat Umum Komisi Pemilihan Umum.*
Dengan Keppres ini untuk pertama kali Pemilihan Umum diselenggarakan oleh badan penyelenggara Pemilihan Umum yang bebas dan mandiri, terdiri dari unsur Partai Politik peserta Pemilihan Umum dan Pemerintah.
- (2) *Keppres 18 Tahun 1999 Tentang Perubahan Atas Keppres No. 198 Tahun 1998 Tentang Pembentukan Tim Nasional Reformasi Menuju Masyarakat Madani.*
Pertimbangan keluarnya Keppres ini adalah untuk lebih meningkatkan efektifitas pelaksanaan tugas Tim Nasional Reformasi Menuju Masyarakat Madani sebagaimana ditetapkan dalam Keppres No. 198 Tahun 1998.
- (3) *Keppres 41 Tahun 1999 Tentang Perubahan Atas Keppres No. 198 Tahun 1998 Tentang Pembentukan Tim Nasional Reformasi Menuju Masyarakat Madani Sebagaimana Telah Diubah Dengan Keppres No. 18 Tahun 1999.*

¹¹ LN Tahun 1999 No. 147, TLN No. 3879.

Pertimbangan keluarnya Keppres ini adalah untuk lebih meningkatkan kontribusi pemikiran dan efektifitas pelaksanaan tugas Tim Nasional Reformasi Menuju Masyarakat Madani sebagaimana ditetapkan dalam Keppres No. 198 Tahun 1998 sebagaimana telah diubah dengan Keppres No. 18 Tahun 1999.

- (4) *Keppres Republik Indonesia No. 42 Tahun 1999 Tentang Perubahan Atas Keppres No. 21 Tahun 1999 Tentang Tim Kerja Terpadu Pengkajian Pelaksanaan TAP MPR No. X/MPR/1998 Berkaitan Dengan Pemisahan yang Tegas Antar Fungsi-Fungsi Yudikatif dari Eksekutif.*

Pertimbangan keluarnya Keppres ini adalah untuk meningkatkan pelaksanaan tugas Tim Kerja Terpadu Pengkajian Pelaksanaan TAP No. X/MPR/1998 tentang pemisahan yang tegas antar fungsi-fungsi Yudikatif dari Eksekutif agar dapat lebih berdaya guna dan berhasil guna.

- (5) *Keppres 198 Tahun 1998 Keppres Tentang Pembentukan Tim Nasional Reformasi Menuju Masyarakat Madani.*

Pertimbangan dikeluarkannya Keppres ini antara lain adalah respon terhadap perkembangan arus reformasi yang terus meluas ke berbagai aspek kehidupan bangsa dan negara, dan telah membawa dampak yang amat besar terhadap kehidupan ekonomi, politik, hukum, sosial dan budaya bangsa Indonesia.

(b) Produk Hukum HAM

1. Ketetapan MPR

- *TAP MPR No. XVII/MPR/1998 Tentang HAM.*¹²
Ketetapan ini menegaskan dimensi spiritual, kultural dan historis HAM di Indonesia. Dalam Ketetapan ini

¹² *Ibid.*

dinyatakan bahwa dalam sidang-sidang yang dilakukan di awal Orde Baru, MPRS telah berhasil merancang suatu dokumen yang diberi nama "Piagam Hak-HAM dan Hak-Hak Serta Kewajiban Warga Negara."¹³ Pimpinan MPRS ketika itu juga menyampaikan "Nota MPRS kepada Presiden dan DPR tentang Pelaksanaan Hak-hak Asasi".¹⁴ Karena berbagai latar belakang, Piagam tersebut tidak jadi diberlakukan.

Dalam perjalanan selanjutnya, Pemerintah Orde Baru seakan-akan anti terhadap eksistensi Piagam HAM. Setiap pertanyaan yang mengarah kepada perlunya Piagam HAM, cenderung dijawab bahwa Piagam semacam itu (pada saat itu) tidak dibutuhkan, karena masalah HAM telah diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan.¹⁵ Pendapat tersebut kemudian luruh dengan sendirinya semenjak diberlakukannya TAP MPR No. XVII/MPR/1998 tentang "HAM" sebagaimana disebutkan di muka, yang ditetapkan dalam Sidang Istimewa MPR tanggal 13 November 1998. Pemberlakuan TAP ini bisa dianggap sebagai semacam "penebus" kegagalan ditetapkannya "Piagam HAM dan Hak-Hak Serta Kewajiban Warga Negara" oleh MPRS sekitar 35 tahun sebelumnya.¹⁶

Ketetapan yang memuat Pandangan dan Sikap Bangsa Indonesia terhadap HAM serta Piagam HAM yang memuat 44 pasal sudah cukup mengandung pernyataan-pernyataan HAM yang dibutuhkan untuk

¹³ A.H. Nasution (b), *Memenuhi Panggilan Tugas, Jilid 7: Masa Konsolidasi Orde Baru*, CV Haji Masagung, Jakarta, 1989, hlm. 289 – 295.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 14.

menjamin pelaksanaan HAM di Indonesia. TAP MPR No. XVII/MPR/1998 tersebut menugaskan kepada Lembaga-lembaga Tinggi Negara dan seluruh Aparatur Pemerintah, untuk menghormati, menegakkan, dan menyebarkan pemahaman mengenai HAM kepada seluruh masyarakat.¹⁷ Ketetapan ini juga menegaskan kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat untuk meratifikasi berbagai instrumen Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang HAM, sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945.¹⁸

Ditegaskan pula bahwa penghormatan, penegakan, dan penyebaran HAM oleh masyarakat dilaksanakan melalui gerakan kemasyarakatan atas dasar kesadaran dan tanggung jawabnya sebagai warga negara dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.¹⁹ Pelaksanaan penyuluhan, pengkajian, pemantauan, penelitian dan mediasi tentang HAM, dilakukan oleh suatu komisi nasional HAM yang ditetapkan dengan UU.²⁰ Untuk dapat memperoleh kebulatan hubungan yang menyeluruh, ketetapan ini dilampiri pula dengan Pandangan dan Sikap Bangsa Indonesia Terhadap HAM serta Piagam HAM yang merupakan satu kesatuan tidak terpisahkan dengan Ketetapan itu sendiri.

Ketetapan juga menegaskan substansi HAM yang menggunakan pendekatan normatif, empirik, deskriptif, dan analitik, sebagaimana digariskan kedalam tiga huruf berikut:

- (i) Hak asasi manusia adalah hak dasar yang melekat pada diri manusia yang sifatnya kodrati dan

universal sebagai karunia Tuhan Yang Maha Esa dan berfungsi untuk menjamin kelangsungan hidup, kemerdekaan, perkembangan manusia dan masyarakat, yang tidak boleh diabaikan, dirampas, atau diganggu-gugat oleh siapapun.

- (ii) Masyarakat Indonesia yang berkembang sejak masih sangat sederhana sampai modern, pada dasarnya merupakan *masyarakat kekeluargaan*.²¹ Masyarakat kekeluargaan telah mengenal pranata sosial yang menyangkut hak dan kewajiban warga masyarakat yang terdiri atas pranata religius yang mengakui bahwa manusia adalah ciptaan Tuhan Yang Maha Esa dengan segala hak dan kewajibannya; pranata keluarga sebagai wadah manusia hidup bersama untuk mengembangkan keturunan dalam menjaga kelangsungan keberadaannya; pranata ekonomi yang merupakan upaya manusia untuk meningkatkan kesejahteraan; pranata pendidikan dan pengajaran untuk mengembangkan kecerdasan dan kepribadian manusia; pranata informasi dan komunikasi untuk memperluas wawasan dan keterbukaan; pranata hukum dan keadilan untuk menjamin ketertiban dan kerukunan hidup; pranata keamanan untuk menjamin keselamatan setiap manusia. Dengan demikian substansi HAM meliputi: hak untuk hidup; hak berkeluarga dan melanjutkan keturunan; hak mengembangkan diri; hak keadilan; hak kemerdekaan; hak berkomunikasi; hak keamanan; dan hak kesejahteraan.
- (iii) Bangsa Indonesia menyadari dan mengakui bahwa setiap individu adalah bagian dari

¹⁷ Lihat Pasal 1 TAP MPR No. XVII/MPR/1998.

¹⁸ *Ibid.*, Pasal 2.

¹⁹ *Ibid.*, Pasal 3.

²⁰ *Ibid.*, Pasal 4.

²¹ Penebalan dari penulis.

masyarakat dan sebaliknya masyarakat terdiri dari individu-individu yang mempunyai hak asasi serta hidup di dalam lingkungan yang merupakan sumber daya bagi kehidupannya. Oleh karena itu setiap individu di samping mempunyai hak asasi, juga mengemban **kewajiban dan tanggung jawab untuk menghormati hak asasi individu lain**,²² tata tertib masyarakat serta kelestarian fungsi, perbaikan tatanan dan peningkatan mutu lingkungan hidup.

Patokan tentang perumusan substansi HAM dengan pendekatan normatif, empirik, deskriptif, dan analitik menunjukkan upaya MPR untuk menegaskan cara pandang dan kebijakan yang mengawinkan prinsip-prinsip HAM universal dengan prinsip-prinsip partikularistik. Dengan menyebutkan masyarakat kekeluargaan (point a) serta kewajiban dan tanggung jawab untuk menghormati hak asasi individu lain (point b).

2. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah (UU/PP)

- (1) *UU No. 5 Tahun 1998 Tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan Dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia*²³.

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain: *Pertama*, untuk mencegah dan mengakhiri segala bentuk penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat

manusia. *Kedua*, sebagai langkah penyempurnaan perundang-undangan nasional guna meningkatkan perlindungan hukum secara lebih efektif, sehingga lebih menjamin hak-hak setiap warga negara bebas dari penyiksaan dan perlakuan atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi, atau merendahkan martabat manusia, demi tercapainya suatu masyarakat Indonesia yang tertib, teratur dan berbudaya.

- (2) *UU No. 9 Tahun 1998 Tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum*.²⁴

UU ini merupakan kebijakan hukum terhadap perlindungan hak sipil dan hak politik warganegara di era demokrasi. Pertimbangan disyiahkannya UU ini, antara lain: *Pertama*, kemerdekaan menyampaikan pendapat di muka umum adalah HAM yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar 1945 dan Deklarasi Universal HAM. *Kedua*, kemerdekaan setiap warga negara untuk menyampaikan pendapat di muka umum merupakan perwujudan demokrasi dalam tatanan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

- (3) *UU No. 13 Tahun 1998 Tentang Kesejahteraan Lanjut Usia*.²⁵

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain: bahwa, banyak di antara penduduk lanjut usia yang masih produktif dan mampu berperan aktif dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara, namun karena faktor usianya banyak menghadapi keterbatasan sehingga memerlukan bantuan peningkatan kesejahteraan sosialnya.

²² Penebalan dari penulis.

²³ LN Tahun 1998. No. 164, TLN. No. 3783.

²⁴ LN Tahun 1998 No. 182, TLN No. 3789.

²⁵ LN Tahun 1998 No. 190, TLN No. 3796.

- (4) *UU No. 8 Tahun 1999 Tentang Perlindungan Konsumen*²⁶
Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain: *Pertama*, agar masyarakat mendapatkan kepastian atas barang dan/atau jasa yang diperoleh dari perdagangan tanpa mengakibatkan kerugian konsumen, serta menjamin kepastian atas mutu, jumlah, dan keamanan barang dan/atau jasa yang diperolehnya di pasar. *Kedua*, untuk meningkatkan kesadaran, pengetahuan, kepedulian, kemampuan dan kemandirian konsumen melindungi dirinya serta menumbuhkembangkan sikap pelaku usaha yang bertanggung jawab.
- (5) *UU No. 19 Tahun 1999 Tentang Pengesahan ILO Konvensi ILO Mengenai Penghapusan Kerja Paksa*.²⁷
Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain: *Pertama*, kerja paksa adalah tindakan yang harus dihapuskan karena bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945, untuk menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia serta menjamin semua warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum.
- (6) *UU No. 20 Tahun 1999 Tentang Pengesahan ILO Konvensi ILO Mengenai Usia Minimum Untuk Diperbolehkan Bekerja*.²⁸
Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain, adalah untuk menjamin harkat dan martabat anak sebagai generasi penerus bangsa agar dapat tumbuh dan berkembang secara sehat dan wajar, baik jasmani dan rohani, maupun sosial dan intelektual.

²⁶ LN Tahun 1999 No. 42, TLN No. 3821.

²⁷ LN Tahun 1999 No. 55, TLN No. 3834.

²⁸ LN Tahun 1999 No. 56, TLN No. 3835.

- (7) *UU No. 21 Tahun 1999 Tentang Pengesahan ILO Konvensi ILO Mengenai Diskriminasi Dalam Pekerjaan Dan Jabatan*.²⁹
Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain untuk menghapus segala bentuk diskriminasi terhadap pekerja berdasarkan ras, warna kulit, jenis kelamin, agama, pandangan politik, kebangsaan atau asal usul keturunan karena bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945.
- (8) *UU No. 29 Tahun 1999 Tentang Pengesahan Konvensi Internasional Tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial 1965*.³⁰
Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain: untuk meningkatkan perlindungan hukum yang lebih efektif sehingga dapat lebih menjamin hak-hak setiap warga negara untuk bebas dari segala bentuk diskriminasi rasial.
- (9) *UU No. 39 Tahun 1999 Tentang HAM*.³¹
Jatuhnya kekuasaan Orde Baru merupakan momentum politik pembentukan UU baru cermin negara hukum dan demokrasi, serta penghormatan dan perlindungan pada HAM. Salah satu UU dimaksud adalah UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM yang lahir di era pemerintahan B.J. Habibie.
Dengan UU ini, maka terdapat jaminan hukum terhadap HAM sebagai hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia yang bersifat universal harus

²⁹ LN Tahun 1999 No. 57, TLN No. 3836.

³⁰ LN Tahun 1999 No. 83, TLN No. 3852.

³¹ LN Tahun 1999 No. 165, TLN No. 3886.

dilindungi, dihormati, dipertahankan, yang tidak boleh diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapapun.³²

Ditegaskan pula, bahwa perlindungan dan penegakan HAM merupakan kewajiban semua pihak, negara dan warga negaranya. HAM tidak hanya berbicara mengenai hak, tetapi berbicara pula mengenai kewajiban, yaitu kewajiban untuk saling menghormati dan menghargai HAM orang lain.

Perlindungan dan penegakan HAM terutama di bidang hukum harus didukung oleh para aparaturnya. Salah satu penunjang utama adalah adanya lembaga yang bersifat independen dan dipercaya oleh semua pihak sehingga upaya implementasi perlindungan HAM dapat berjalan efektif. UU No. 39 Tahun 1999 menunjuk Komnas HAM sebagai badan penyelidik dan penyidik kasus pelanggaran HAM berat, bersifat independen sebagai salah satu unsur penegak hukum dalam pelanggaran berat terhadap HAM, yang diberi kewenangan *Subpoena* (kewenangan memaksa seseorang yang menolak panggilan Komnas HAM untuk memberikan keterangan).³³

UU ini memberikan jaminan perlindungan dan pelaksanaan HAM bagi setiap warganegara berdasarkan asas-asas berikut:

Pertama, Negara Republik Indonesia mengakui dan menjunjung tinggi HAM dan kewajiban manusia sebagai hak kodrati yang melekat dan tidak dapat dipisahkan dari manusia. Hak ini harus dilindungi, dihormati dan ditingkatkan demi peningkatan martabat

³² Terdapat 10 (sepuluh) jenis hak yang dijamin secara ekspelisit yaitu: hak hidup, hak berkeluarga dan melanjutkan keturunan, hak mengembangkan diri, hak memperoleh keadilan, hak atas kebebasan pribadi, hak atas rasa aman, hak atas kesejahteraan, hak turut serta dalam pemerintahan, hak anak dan hak wanita.

³³ Pasal 95.

kemanusiaan, kesejahteraan, kebahagiaan dan kecerdasan serta keadilan.³⁴

Kedua, menegaskan prinsip Non diskriminasi (pasal 3, pasal 5). Setiap orang dilahirkan dengan harkat dan martabat yang sama dan sederajat, sehingga berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Ketiga, jaminan perlindungan atas hak-hak yang tidak dapat dikurangi dalam situasi apapun (pasal 4). Yang termasuk ke dalam kategori ini adalah; hak hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi, persamaan hukum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut (*retroactive*) merupakan hak-hak dasar yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun.

Keempat, Persamaan di hadapan hukum dan Imparsialitas (pasal 5). Setiap orang berhak menuntut dan diadili dengan memperoleh perlakuan dan perlindungan yang sama di depan hukum. Setiap orang berhak mendapat bantuan dan perlindungan yang adil dari pengadilan yang objektif dan tidak berpihak, hal ini termasuk bagi setiap orang yang termasuk dalam kelompok rentan tanpa kecuali.

Kelima, asas hukum tidak berlaku surut. Pasal 4 UU ini menegaskan bahwa "Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kebebasan pribadi, pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dan persamaan dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun".

³⁴ Pasal 2.

Keenam, asas upaya hukum nasional dan internasional. Dalam Pasal 7 ditegaskan bahwa "setiap orang berhak untuk menggunakan semua upaya hukum nasional dan forum internasional atas semua pelanggaran HAM yang dijamin oleh hukum Indonesia dan hukum internasional mengenai HAM yang telah diterima oleh Indonesia. Yang dimaksud dengan upaya hukum adalah jalan yang dapat ditempuh oleh setiap orang atau kelompok orang untuk membela dan memulihkan hak-haknya yang disediakan oleh hukum Indonesia".

Ketujuh, asas tanggung jawab pemerintah. Pasal 8 menyebutkan, "Perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan HAM menjadi tanggung jawab pemerintah".

Selain asas-asas yang telah disebutkan, UU No. 39 Tahun 1999 memuat beberapa prinsip, antara lain yang penting: (a) peradilan yang bebas serta tidak memihak (pasal 17);³⁵ (b) Praduga tak bersalah / *presumption of innocence* (pasal 18);³⁶ (c) *Nullem delictum siena previa lege poenale* (pasal 18 ayat (2));³⁷ (c) Ketentuan

³⁵ Setiap perkara yang diajukan ke pengadilan harus dilakukan dengan proses peradilan yang adil, bebas serta tidak memihak (*fair trial*) dengan mengacu pada hukum acara yang menjamin pemeriksaan yang objektif oleh hakim yang jujur dan adil serta tidak berpihak untuk memperoleh putusan yang adil dan benar (*impartial*). Jual beli putusan dalam penanganan suatu perkara jelas melanggar asas ini dan merupakan pelanggaran HAM maupun kode etik.

³⁶ Setiap orang yang ditangkap, ditahan dan dituntut karena disangka melakukan suatu tindak pidana berhak dianggap tidak bersalah sampai terbukti kesalahannya dan pengadilan memutuskan bahwa ia bersalah.

³⁷ Seseorang tidak dapat dituntut untuk dipidana kecuali berdasarkan peraturan perundangan yang telah ada sebelum dilakukannya tindak pidana itu dilakukannya. Prinsip ini

yang lebih menguntungkan (pasal 18 ayat (3));³⁸ (d) Hak untuk mendapat bantuan hukum (pasal 18 ayat (4));³⁹ (e) *Nebis in idem* (pasal 18 ayat (5)).⁴⁰

Selain aspek-aspek substansial di atas, UU No. 39 Tahun 1999 khususnya Pasal 104 adalah dasar hukum pembentukan pengadilan HAM untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat. Dalam pasal tersebut diatur: (1) Untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat di bentuk Pengadilan HAM dilingkungan peradilan umum. (2) Pengadilan sebagaimana yang dimaksud dalam ayat (1) dibentuk dengan undang-undang dalam waktu paling lama 4 tahun. (3) Sebelum terbentuk Pengadilan HAM sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), maka kasus-kasus pelanggaran HAM sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diadili oleh pengadilan yang berwenang.

Dalam penjelasan UU No. 39 Tahun 1999 tersebut dinyatakan bahwa "bertitik tolak dari perkembangan hukum baik yang dilihat dari sisi kepentingan nasional maupun dari sisi kepentingan hubungan antar bangsa, dan berdasarkan kondisi yang mendesak untuk menyelesaikan masalah pelanggaran HAM antara lain yang terjadi di wilayah Timor Timur, berdasarkan Pasal 22 ayat (1) UUD 1945 dan Pasal 104 UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM, maka perlu ditetapkan Perpu tentang Pengadilan HAM.

menegaskan asas legalitas yang dianut oleh hukum pidana kita, sebagaimana tertuang dalam pasal 1 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).

³⁸ Setiap ada perubahan peraturan perundang-undangan, maka berlaku ketentuan yang paling menguntungkan bagi tersangka.

³⁹ Setiap orang yang diperiksa berhak mendapat bantuan hukum sejak saat penyidikan sampai adanya putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap.

⁴⁰ Setiap orang tidak dapat dituntut untuk kedua kalinya dalam perkara yang sama atau atas suatu perbuatan yang telah

- (10) *UU No. 40 Tahun 1999 Tentang Pers*,⁴¹ Mencabut *UU No. 21 Tahun 1982 Tentang Perubahan Atas UU No. 11 Tahun 1966 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pers*. Pertimbangan Pembentukan UU ini antara lain bahwa kemerdekaan pers merupakan salah satu wujud kedaulatan rakyat dan menjadi unsur yang sangat penting untuk menciptakan kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang demokratis. Ditegaskan pula bahwa kemerdekaan menyatakan pikiran dan pendapat sesuai dengan hati nurani dan hak memperoleh informasi, merupakan HAM yang sangat hakiki, yang diperlukan untuk menegakkan keadilan dan kebenaran, memajukan kesejahteraan umum, dan mencerdaskan kehidupan bangsa.

3. PP, Keppres dan Inpres

- (1) *PP No. 1 Tahun 1999 Tentang Pengadilan HAM*⁴²
PP yang dikeluarkan pada 8 Oktober 1999, atau sekitar empat belas hari setelah diundangkannya UU No. 39 Tahun 1999 pada 23 September 1999 merupakan reaksi negara atas kondisi yang sangat mendesak untuk menyelesaikan pelanggaran HAM yang berat, terutama merespon desakan dunia internasional, khususnya PBB.

memperoleh putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

⁴¹ LN Tahun 1999 No. 166, TLN No. 3887.

⁴² Republik Indoensia, Perpu tentang Pengadilan HAM, Perpu No. 1 Tahun 1999, LN No. 191 Tahun 1999, TLN No. 3911.

- (2) Sejumlah Keppres tentang Pemberian Amnesti, Abolisi dan atau Rehabilitasi, antara lain sbb:

No.	Keppres	Tentang	Terhadap	Keterangan
1	No. 80/1998	Amnesti/ Abolisi	Muchtar P. dan Sri Bintang P.	Keppres ini dikeluarkan dalam upaya untuk mewujudkan tatanan kehidupan berbangsa dan bernegara yang lebih menjamin kelancaran penyelenggaraan pemerintahan negara, pembangunan nasional, memperkokoh hak azasi manusia, rekonsiliasi nasional, persatuan dan kesatuan bangsa serta reformasi di bidang politik, ekonomi, hukum dan khususnya untuk kepentingan rekonsiliasi nasional, diperlukan adanya upaya hukum yang berupa pemberian amnesti dan rehabilitasi.
2	No. 82/1998	Amnesti/ Abolisi	Nuku S. dan Andi S. & Karlina L.S., dll.	
3	No. 85/1998	Amnesti/ Abolisi	Cancio Antoni H.G. dll. & Juvinal Dos Santos Monis, dll.	
4	No. 105/1998	Amnesti/ Abolisi	Achmad Taufik bin Abu Bakar dll., & Asep Ilyas Fm bin KH. Jusuf Sidiq dll. sebanyak 44 orang	
5	No. 123/1998	Amnesti/ Abolisi	Pedro Da Luz, dll. & Moh. Arif, dll.	
6	No. 124/1998	Rehabilitasi	Hartono Rekso Dharsono	
7	No. 125/1998	Amnesti & Rehabilitasi	Abdul Qadir Djaelani	
8	No. 126/1998	Amnesti & Rehabilitasi	H.M. Sanusi	
9	No. 127/1998	Amnesti & Rehabilitasi	A.M. Fatwa	
10	No. 202/1998	Amnesti/ Abolisi	Alipio Pascoal Gusmao, dkk. & Alfonso Manuel, dll.	
11	No. 203/1998	Rehabilitasi	Abdul Gani Mansyur, dll.	
12	No. 68/1999	Amnesti	Dita Indah Sari	
13	No. 108/1999	Amnesti	Xanana Gusmao	
14	No. 131/1999	Rehabilitasi	Hasbi Abdullah	

- (3) *Keppres 83 Tahun 1998 Tentang Pengesahan Konvensi No. 87 Tentang Kebebasan Berserikat Dan Perlindungan Hak Untuk Berorganisasi*.

Pertimbangan keluarnya Keppres ini adalah respon atas hasil sidang *Government Body International Labour Organisation* di San Francisco, Amerika Serikat, pada tanggal 17 Juni 1948, dan telah diterimanya *Convention (Number 87) concerning Freedom of Association and*

Protection of the Right to Organise, (Konvensi No. 87 tentang Kebebasan Berserikat dan Perlindungan Hak Untuk Berorganisasi).

- (4) *Keppres 129 Tahun 1998 Tentang Rencana Aksi Nasional HAM Indonesia.*
Pertimbangan dikeluarkannya Keppres ini antara lain untuk lebih menjamin upaya pemajuan dan perlindungan HAM sesuai dengan dinamika perkembangan dan kebutuhan masyarakat Indonesia. Dalam Keppres ini dimuat empat hal yang akan dilakukan: yaitu ratifikasi instrumen internasional, pelaksanaan instrumen yang sudah diratifikasi, perumusan tindakan prioritas untuk mempromosikan dan melindungi HAM serta pendidikan atau penyebaran informasi tentang HAM.
- (5) *Keppres 181 Tahun 1998 Tentang Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan.*
Pertimbangan dikeluarkannya Keppres ini antara lain: mencegah terjadinya dan menghapus segala bentuk kekerasan terhadap perempuan.
- (6) *Keppres No. 88 Tahun 1999 Tentang Komisi Independen Pengusutan Kekerasan di Aceh.*
Pertimbangan keluarnya Keppres ini adalah untuk mengusut secara tuntas kekerasan di Aceh; mengusut sebab akibat, latar belakang, pelaku, provokator, aktor intelektual, maupun dampak ikutannya, sesuai ketentuan perundang-undangan yang berlaku.
- (7) *Keppres No. 102 Tahun 1999 Tentang Perubahan Atas Keppres Nomo 198 Tahun 1998 Tentang Pembentukan Tim Nasional reformasi Menuju Masyarakat Madani Sebagaimana Telah Diubah Dengan Keppres No. 41 Tahun 1999.*

- (8) *Instruksi Presiden No. 26 Tahun 1998 Penghentian Istilah Pribumi dan Non Pribumi.*

Instruksi Presiden ini dikeluarkan untuk lebih meningkatkan perwujudan persamaan kedudukan di dalam hukum dan pemerintahan, persamaan hak atas pekerjaan dan penghidupan, hak dan kewajiban warga negara, dan perlindungan HAM, serta lebih memperkokoh persatuan dan kesatuan bangsa, menghentikan penggunaan istilah pribumi dan non pribumi dalam semua perumusan dan penyelenggaraan kebijakan, perencanaan program, ataupun pelaksanaan kegiatan penyelenggaraan pemerintahan.

(c) Institusi Perlindungan HAM

1. Komnas HAM

Kelembagaan Komnas HAM sesungguhnya telah dibentuk tahun 1993 melalui Keppres No. 50 Tahun 1993; tetapi setelah Orde Baru jatuh, lembaga ini mendapat landasan hukum yang lebih kuat sekaligus perluasan dan penguatan tugas dan kewenangan melalui UU No. 39 Tahun 1999 sebagaimana disebutkan dalam Prinsip-Prinsip Paris. Dengan UU ini, Komnas HAM ditempatkan sebagai salah satu lembaga negara setingkat dengan lembaga negara lainnya yang berfungsi melaksanakan pengkajian, penelitian, penyuluhan, pemantauan, dan mediasi HAM. Selain itu wewenang Komnas HAM dalam melakukan fungsi pemantauan terhadap kasus pelanggaran HAM juga diperluas dengan adanya kewenangan untuk memanggil saksi secara paksa (*subpoena*).⁴³

⁴³ Lihat Pasal 95 UU No. 39 Tahun 1999 yang menyebutkan 'Apabila seseorang yang dipanggil tidak datang menghadap atau menolak memberikan keterangannya, Komnas HAM dapat meminta bantuan Ketua Pengadilan untuk pemenuhan panggilan secara paksa sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan'.

2. Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan

Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan adalah lembaga independen yang didirikan tanggal 15 Oktober 1998, berdasarkan Keppres No. 181 Tahun 1998. Komnas Perempuan lahir dari tuntutan masyarakat sipil, terutama kaum perempuan, kepada pemerintah untuk mewujudkan tanggung jawab negara dalam menanggapi dan menangani kekerasan terhadap perempuan. Tuntutan tersebut berakar dari tragedi kekerasan seksual yang dialami terutama perempuan etnis Tionghoa dalam kerusuhan Mei 1998 di berbagai kota besar di Indonesia.

3. Dewan Pers

Dewan Pers sudah ada sejak era Orde Lama, tetapi melalui UU No. 40 Tahun 1999 Tentang Pers yang diundangkan 23 September 1999 dan ditandatangani oleh Presiden B.J. Habibie, Dewan Pers berubah menjadi Dewan Pers (yang) Independen. Pasal 15 ayat (1) UU Pers menyatakan "Dalam upaya mengembangkan kemerdekaan pers dan meningkatkan kehidupan pers nasional, dibentuk Dewan Pers yang independen".

Fungsi Dewan Pers Independen tidak lagi menjadi penasehat pemerintah tetapi pelindung kemerdekaan Pers. Hubungan struktural antara Dewan Pers dengan pemerintah diputus, terutama sekali dipertegas dengan pembubaran Departemen Penerangan oleh Presiden Gus Dur. Tidak lagi ada wakil pemerintah dalam keanggotaan Dewan Pers seperti yang berlangsung selama masa Orde Baru.

4. Lembaga Koordinasi dan Pengendalian Peningkatan Kesejahteraan Sosial Penyandang Cacat

Lembaga ini dibentuk melalui Keppres No. 83 Tahun 1999 sebagai pelaksanaan ketentuan Pasal 70, Pasal 71, Pasal 72, dan Pasal 73 Peraturan Pemerintah No. 43 Tahun 1998 tentang Upaya Peningkatan Kesejahteraan Sosial Penyandang Cacat (LN Tahun 1998 Nomor 70, TLN 3754).

(d) Analisis

Konfigurasi politik di MPR dan DPR era B.J. Habibie, secara formal masih dikuasai Fraksi Golkar, Fraksi TNI/Polri, Utusan Daerah dan Utusan Golongan hasil Pemilu 1997. Tetapi kejatuhan Soeharto dan kuatnya tekanan nasional dan internasional, memaksa konfigurasi politik Orde Baru itu mengeluarkan peraturan perundang-undangan sebagai koreksi atas rezim Orde Baru, sekaligus memuat langkah-langkah hukum dan politik yang menjadi faktor kondisional lahirnya peraturan perundang-undangan berikutnya, termasuk perundang-undangan bidang HAM.

Dari keseluruhan peraturan perundang-undangan yang dibuat di era B.J. Habibie,⁴⁴ produk peraturan perundang-undangan yang langsung maupun tidak langsung merupakan kebijakan penghormatan dan perlindungan HAM dapat dikuantifikasi dalam bentuk tabel berikut:

⁴⁴ Sepanjang pemerintahan B.J. Habibie, Mei 1998-15 September 1999, bersama DPR, telah berhasil menetapkan: 68 UU baru, 3 Perpu, 109 Peraturan Pemerintah, 249 Keppres, 31 Instruksi Presiden, dan 17 Rancangan UU yang diserahkan ke DPR untuk dibahas. Baca B.J. Habibie, *Detik-Detik...op.cit.*, hlm. 477-478.

Tabel 5. Produk Hukum 1998-1999⁴⁵

No.	Produk Hukum	Tahun & Jumlah	
		1998	1999
1	Ketetapan MPR	6	---
2	Undang-Undang & Perpu	3	14
3	Instruksi Presiden	1	---
4	Keppres	15	9
5	Institusi Pertindungan HAM	---	4

Dari tabel di atas terlihat bahwa tahun 1998 terdapat 6 Ketetapan MPR yang merupakan politik hukum korektif terhadap kebijakan rezim Soeharto. Tap MPR No. X/MPR/1998 Tentang Pokok-Pokok Reformasi Pembangunan Dalam Rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional Sebagai Haluan Negara dapat dikatakan sebagai ketetapan utama, dan menjadi landasan hukum Pemerintahan B.J. Habibie mengeluarkan kebijakan-kebijakan hukum lebih lanjut. Langkah-langkah strategis yang digariskan ketetapan ini dan harus dilakukan pemerintahan B.J. Habibie antara lain yaitu:⁴⁶

Pertama, melakukan reformasi politik yang ditujukan pada usaha penegakan kedaulatan rakyat. *Kedua*, pembuatan dan atau pembaharuan peraturan perundang-undangan untuk pemerintahan yang bersih (*good governance*). *Ketiga*, melaksanakan gagasan dan ketentuan HAM kedalam kehidupan nyata.

Politik hukum untuk tujuan yang pertama, diikuti lahirnya TAP MPR No. XIII/MPR/1998 Tentang Pembatasan Masa Jabatan Presiden dan Wakil Presiden

Republik Indonesia; TAP MPR No. XIV/MPR/1998 Tentang Perubahan dan Tambahan atas Tap MPR No. III/MPR/1998 Tentang Pemilihan Umum; UU No. 2 Tahun 1999 Tentang Partai Politik; dan UU No. 3 Tahun 1999 Tentang Pemilihan Umum.

Politik hukum untuk tujuan yang kedua, diikuti dengan TAP MPR No. XI/MPR/1998 Tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme; dan UU No. 28 Tahun 1999 Tentang Penyelenggaraan Negara Yang Bersih Dan Bebas Dari Korupsi, Kolusi, Dan Nepotisme.

Sedangkan politik hukum untuk tujuan ketiga diikuti lahirnya TAP MPR No. XVII/MPR/1998 Tentang HAM; UU No. 9 Tahun 1998 Tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum; Mengeluarkan 14 (empat belas) Keppres tentang Pelepasan tahanan dan narapidana Politik;⁴⁷ UU No. 39 Tahun 1999 Tentang HAM; Meratifikasi sejumlah kovenan HAM internasional.⁴⁸

Dengan mencermati produk-produk hukum pemerintahan B.J. Habibie tersebut dapat dikemuakan tiga hal.

⁴⁷ Antara lain yang dibebaskan: AM. Fatwa, Abdul Qodir Djaelani, H.H. Sanusi (narapidana politik kasus Tanjung Priok); Xanana Gosmao (kasus Timor Timur).

⁴⁸ Antara lain: Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan Atau Penghukuman Lain Yang Kejam, Tidak Manusiawi, Atau Merendahkan Martabat Manusia Dengan Undang No. 5 Tahun 1998; Konvensi No. 87 Tentang Kebebasan Berserikat Dan Perlindungan Hak Untuk Berorganisasi dengan Keppres 83 Tahun 1998; Konvensi ILO Mengenai Diskriminasi Dalam Pekerjaan Dan Jabatan; dan Konvensi Internasional Tentang Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial 1965 Undang-Undang No. 29 Tahun 1999.

⁴⁵ Diolah sendiri oleh penulis

⁴⁶ *Ibid.*

Pertama, produk hukum bidang reformasi politik dalam bentuk Tap MPR dan UU dapat disebut sebagai lokomotif politik hukum, karena diikuti dan menjadi kerangka umum bagi produk hukum berikutnya. Kendatipun pengaruh dari produk-produk hukum bidang Partai Politik dan Pemilu misalnya belum memberi inspirasi atau pengaruh secara signifikan terhadap konfigurasi politik di Parlemen dan di eksekutif, tetapi pemahaman dan kesadaran terhadap substansi kedua UU yang tidak demokratis dan melanggar hak sipil dan hak politik warganegara dari kalangan elite politik dan kekuatan pro demokrasi telah membangun "kesadaran diam" elite politik sisa rezim Orde Baru dengan segenap penyangganya bahwa perubahan adalah keniscayaan sejarah.

Pemahaman dan "kesadaran diam" tersebut telah menciptakan suasana psikologi politik yang menguntungkan bagi proses lahirnya pelbagai kebijakan hukum dan politik selanjutnya; termasuk di dalamnya merubah, mengganti dan membuat aturan hukum baru yang sepenuhnya sejalan dengan demokrasi dan HAM.

Kedua, dengan mencermati jumlah produk peraturan perundang-undangan serta kualitas substansi yang termuat di dalamnya, tidak dapat disangkal bahwa politik hukum HAM Pemerintahan B.J. Habibie cukup responsif yang mencerminkan produk-produk hukum yang lahir dari sistem politik demokratis, sekalipun sistem politiknya masih dalam tatanan sistem politik otoritarian.

Kejatuhan Soeharto, krisis ekonomi yang berat, hilangnya keseimbangan kekuasaan TNI akibat livalitas di kalangan elite TNI, terutama Angkatan Darat pada periode tersebut⁴⁹, serta berpalingnya DPR kepada kekuatan rakyat

⁴⁹ Baca antara lain: Wiranto, *Bersaksi....*; Erros Djarot (dkk), *Prabowo Sang Kontroversi: Kisah Penculikan, Isu Kudeta, dan Tumbangnya Seorang Bintang*, Media Kita, Jakarta, 2006, dan A. Pambudi, *Kontroversi Judeta Prabowo*, Media Pressindo, Yogyakarta, 2007.

menjadi kondisi yang kondusif (mamaksa) bagi tingginya kuantitas, cepatnya respon dan proses pembuatan peraturan perundang-undangan, serta kuatnya substansi HAM yang dimuat dalam peraturan perundang-undangan tersebut.

Pemerintahan B.J. Habibie juga melengkapi politik hukumnya dengan pembentukan tiga institusi perlindungan HAM yaitu: Dewan Pers, Komisi Perlindungan Kekerasan Terhadap Perempuan, dan Komnas HAM yang mengalami penguatan kewenangan.

Politik hukum HAM bidang kebebasan Pers, UU tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum, pelepasan puluhan tahanan dan narapidana politik, pencabutan UU Subversif, ratifikasi sejumlah konvensi HAM bidang hak sipil dan hak politik, serta percepatan Pemilu merupakan politik hukum HAM paling menonjol di era tersebut. B.J. Habibie menyebut kebijakannya itu sebagai *relaxation process*⁵⁰, yang diyakininya berdampak positif terhadap proses perubahan keadaan dari *unpredictable* (tidak menentu) menjadi *predictable* (menentu).⁵¹

Dominannya produk hukum HAM bidang hak sipil dan hak politik di era B.J. Habibie itu merupakan tuntutan realitas politik yang wajar, sebagaimana dilakukan rezim-rezim demokratis yang baru muncul paska rezim otoritarian, karena selama kekuasaan otoriter berlangsung, hak sipil dan hak politik inilah yang dikekang dan dirampas. Sementara hak-hak ekonomi (terutama) pada beberapa rezim otoritarian justru mendapat perhatian maksimal yang dimaksudkan untuk (pertama-tama) menjaga stabilitas kekuasaan otoritarian itu sendiri, contoh Singapura dan China.

Regulasi-regulasi dengan kuantitas dan kualitas substansi yang mengesankan di era B.J. Habibie itu, baru satu tahap dalam konstruksi penegakan hukum, dan baru

⁵⁰ Lihat *Detik Detik...op.cit.* hlm. 474.

⁵¹ *Ibid.*

bermakna sebagai politik hukum kondisional, atau dalam istilah B.J. Habibe *relaxation process*. Pada negara-negara demokrasi transisional, seperti yang dialami Indonesia, pasti terjadi pergulatan kepentingan antara kekuatan sisa-sisa rezim lama dengan kekuatan pro demokrasi di dalam atau diluar struktur politik formal, untuk mempengaruhi kebijakan hukum dan politik dengan agendanya masing-masing. Secara hipotetis, sisa-sisa rezim lama dipastikan akan mendorong pemerintah dan DPR melahirkan kebijakan hukum yang tidak merugikan mereka; sementara kekuatan pro demokrasi sebaliknya, mendukung agenda reformasi yang tegas terhadap rezim lama.

Sangat disayangkan, reformasi institusi peradilan di era Habibie kurang mendapat perhatian. Hanya terdapat satu perubahan UU, yaitu UU No. 35 Tahun 1999 tentang perubahan atas UU No. 14 Tahun 1970 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman, yang kemudian dirubah dengan UU No. 4 Tahun 2004. Inti perubahan tersebut adalah menempatkan kekuasaan yudisial sepenuhnya dibawah Mahkamah Agung. Sedangkan institusi Kejaksaan sama sekali tidak tersentuh, padahal institusi inilah salah satu "pintu gerbang" peradilan pidana selain Kepolisian yang banyak dikeluhkan masyarakat.

Sumbangan terpenting Habibie adalah membuka tiga kebebasan, yaitu kebebasan berekspresi, kebebasan berorganisasi dan kebebasan berpendapat. Tiga kebebasan dasar manusia itu pada hakekatnya adalah reformasi politik yang menjadikan hukum sebagai instrumen pembebasan dengan mencabut atau mengganti hukum-hukum otoritarian agar proses demokratisasi bisa dijalankan. Jika kebijakan itu diletakkan dalam kerangka perdebatan kubu realis dan idealis, maka pemerintahan B.J. Habibie cenderung pada golongan kaum realis yang mengedepankan penyelamatan proses politik.

Bagian akhir dari analisis ini, yang patut diberi catatan kritis terhadap produk-produk hukum HAM yang secara

umum responsif di era B.J. Habibe itu adalah, adanya kebijakan konseptual HAM yang tidak lazim dalam konspesi HAM internasional, yaitu adanya konsep Kewajiban Asasi Manusia. Konsep ini jelas dinyatakan B.J. Habibie dalam pandangan-pandangannya,⁵² serta tertulis dalam TAP MPR No. XVII/MPR/1998 Tentang HAM dan UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM.

Prinsip B.J. Habibie tentang HAM adalah bahwa kendati manusia memiliki nilai-nilai HAM yang melekat secara perseorangan, tetapi manusia tidak dapat menghindari dari kodrat sebagai makhluk sosial. Karena itu, sesuai dengan kodrat manusia sebagai makhluk individu dan sosial, maka harus dijaga keseimbangan dan keselarasan antara kebebasan individu dan tanggungjawab sosial.⁵³

Prinsip lainnya yang harus dipegang adalah keseimbangan antara nilai-nilai HAM universal dan pengakuan atas kondisi nasional. Itu artinya masyarakat internasional harus juga mengakui dan menyepakati bahwa pelaksanaan nilai-nilai HAM merupakan wewenang dan tanggungjawab pemerintah atau negara bersangkutan.⁵⁴ Karena itu B.J. Habibie menegaskan pentingnya penanaman dan kebijakan hak asasi dan Kewajiban Asasi Manusia (KAM) dilakukan secara bersama-sama.⁵⁵

Dalam TAP MPR No. XVII/MPR/1998 di atas konsep KAM juga tertulis jelas. Disitu disebutkan bahwa bangsa Indonesia menyadari dan mengakui bahwa setiap individu adalah bagian dari masyarakat dan sebaliknya masyarakat terdiri dari individu-individu yang mempunyai hak asasi serta hidup di dalam lingkungan yang merupakan sumber daya bagi kehidupannya. Oleh karena itu tiap individu di samping mempunyai hak sasi, juga mengemban kewajiban dan

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, hlm. 479.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ *Ibid.*, hlm. 480.

tanggung jawab untuk menghormati hak asasi individu lain,⁵⁶ tata tertib masyarakat serta kelestarian fungsi, perbaikan tatanan dan peningkatan mutu lingkungan hidup.

Konsep KAM yang dikemukakan B.J. Habibie, serta muatan KAM dalam ketetapan MPR itu, menunjukkan adanya polarisasi pemikiran dan bahkan pertentangan ideologis anggota MPR RI era reformasi, baik karena perbedaan kemampuan memahami HAM, pengalaman, bahkan kecurigaan terhadap konsep HAM. Era reformasi baru berhasil mengakhiri kekuasaan Orde Baru secara normatif, tetapi tidak secara merta mengakhiri, atau paling tidak merubah cara pandang sebagian anggota MPR-DPR dan B.J. Habibie tentang HAM yang memahami HAM sebagai subjektivitas hak individu yang dicemaskan melahirkan individu-individu yang tidak memahami dan melaksanakan kewajiban, bahkan anti sosial.

b. Era Abdurrahman Wahid

(a) Produk Hukum Umum

1. Ketetapan MPR

- (1) *TAP MPR No. IV/MPR/1999 Tentang Garis-Garis Besar Haluan Negara Tahun 1999-2004.*⁵⁷
Ketetapan MPR ini menggariskan 10 (sepuluh) arahan GBHN tentang kebijakan reformasi hukum, antara lain yaitu:

- (i) Mengembangkan budaya hukum di semua lapisan masyarakat untuk terciptanya kesadaran dan kepatuhan hukum dalam kerangka supremasi hukum dan tegaknya negara hukum.

⁵⁶ Penebalan dari penulis.

⁵⁷ Lihat Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Ketetapan-Ketetapan Majelis Permusyawaratan Republik Indonesia*

- (ii) Menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaiannya dengan tuntutan reformasi melalui program legislasi.
- (iii) Menegakkan hukum secara konsisten untuk lebih menjamin kepastian hukum, keadilan dan kebenaran, supremasi hukum, serta menghargai HAM.
- (iv) Melanjutkan ratifikasi konvensi internasional, terutama yang berkaitan dengan HAM sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan bangsa dalam bentuk undang-undang.
- (v) Meningkatkan pemahaman dan penyadaran, serta meningkatkan perlindungan, penghormatan, dan penegakan HAM dalam seluruh aspek kehidupan.
- (vi) **Menyelesaikan berbagai proses peradilan terhadap pelanggaran hukum dan HAM yang belum ditangani secara tuntas.**⁵⁸

- (2) *TAP MPR No. VI/MPR/2000 Tentang Pemisahan Tentara Nasional Indonesia dan Kepolisian Republik Indonesia.*
Pertimbangan dikeluarkannya Ketetapan ini antara lain: *Pertama*, bahwa salah satu tuntutan reformasi dan tantangan masa depan adalah dilakukannya demokratisasi sehingga diperlukan reposisi dan restrukturisasi Angkatan Bersenjata Republik

Hasil Sidang Umum MPR RI Tahun 1999, Sekretariat Jenderal MPR RI, 199, Jakarta, hlm. 64.

⁵⁸ Penebalan dari penulis.

Indonesia. Kedua, bahwa peran sosial politik dalam dwifungsi ABRI menyebabkan terjadinya penyimpangan peran dan fungsi TNI dan Polri yang berakibat tidak berkembangnya sendi-sendi demokrasi dalam kehidupan berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat.

- (3) *TAP MPR No. VII/MPR/2000 Tentang Peran Tentara Nasional Indonesia dan Peran Kepolisian Negara Republik Indonesia.*

Pertimbangan dikeluarkannya Ketetapan ini antara lain bahwa kebijakan pemisahan antara TNI dan Polri oleh TAP MPR No. VI/MPR/2000 serta tuntutan demokratisasi, globalisasi, dan masa depan, maka perlu dilakukan peningkatan kinerja dan profesionalisme aparat pertahanan dan aparat keamanan melalui penataan kembali Peran Tentara Nasional Indonesia dan Peran Kepolisian Negara Republik Indonesia.

- (4) *TAP MPR No. VIII/MPR/2000 tentang Laporan Tahunan Lembaga-Lembaga Tinggi Negara pada Sidang Tahunan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Tahun 2000.*

Dalam Ketetapan ini, khususnya yang berkaitan dengan HAM, MPR memberikan catatan⁵⁹, bahwa "penyelesaian kasus-kasus pelanggaran HAM masih terkesan lamban, diskriminatif, dan belum tuntas sementara praktik-praktik pelanggaran HAM tetap berlangsung, bahkan seringkali terjadi penyalahgunaan upaya penegakan HAM. Sehubungan dengan penilaian

tersebut, MPR kemudian menugaskan kepada Presiden untuk segera menyelesaikan kasus-kasus pelanggaran HAM secara serius dan adil.⁶⁰

2. Perubahan UUD 1945

- (1) Perubahan Pertama

Perubahan pertama merubah 9 (sembilan) pasal, yaitu Pasal 5, 7, 9, 13, 14, 15, 17, 20, dan 21. Perubahan yang penting adalah perubahan Pasal 7 yang menegaskan masa jabatan presiden yang hanya bisa menjabat sebanyak 2 (dua) kali, dan Pasal 20 tentang kekuasaan pembentukan UU yang berada di tangan Dewan Perwakilan Rakyat (DPR).

- (2) Perubahan Kedua

Perubahan kedua telah mengubah Pasal 18, 18A, 18B, 19, 20, 20A, 22A, 22B, 25E, 26, 27; 30; 36A, 36B dan 36C.

3. Undang-Undang

*UU No. 4 Tahun 2000 Tentang Perubahan atas UU No. 3 Tahun 1999 tentang Pemilihan Umum.*⁶¹

Dikeluarkannya UU ini didasarkan pada realitas perkembangan dan tuntutan politik, agar penyelenggaraan pemilihan umum dilakukan lebih berkualitas dengan partisipasi rakyat seluas-luasnya atas dasar prinsip-prinsip demokrasi, langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, adil dan beradab serta dilaksanakan oleh badan penyelenggara yang independen dan non-partisan. Perubahan mendasar dalam UU ini adalah

⁵⁹ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, Putusan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia: Sidang Tahunan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia 7 - 18 Agustus 2000, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta, 2000, hlm. 100.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ LN Tahun 2000 No. 71, TLN No. 3959.

eksistensi Penyelenggaraan Pemilihan Umum yang dilaksanakan oleh Komisi Pemilihan Umum yang independen dan non-partisan.

4. Keppres

- (1) *Keppres No. 15 Tahun 2000 Tentang Komisi Hukum Nasional.*
Pertimbangan dikeluarkannya Keppres ini antara lain:⁶² bahwa dalam rangka mewujudkan sistem hukum nasional yang menjamin tegaknya supremasi hukum dan HAM berdasarkan keadilan dan kebenaran, maka perlu dilakukan pengkajian masalah-masalah hukum dan penyusunan rencana pembaharuan di bidang hukum.
- (2) *Keppres No. 22 Tahun 2000 Tentang Pencabutan Keppres No. 198 Tahun 1998 Tentang Pembentukan Tim Nasional Reformasi Menuju Masyarakat Madani.*
Pertimbangan keluarnya Keppres ini antara lain,⁶³ bahwa untuk mengantisipasi perkembangan arus reformasi di berbagai aspek kehidupan bangsa dan negara.
- (3) *Keppres No. 44 Tahun 2000 Tentang Komisi Ombudsman Nasional.*
Pertimbangan dikeluarkannya Keppres ini, antara lain⁶⁴ bahwa pemberdayaan pengawasan oleh masyarakat terhadap penyelenggaraan negara merupakan implementasi demokratisasi yang perlu dikembangkan serta diaplikasikan agar penyalahgunaan kekuasaan, wewenang ataupun jabatan oleh aparatur dapat diminimalisasi.

⁶² Lihat Konsideran.

⁶³ Lihat Konsideran.

⁶⁴ Lihat Konsideran.

- (4) *Keppres No. 89 Tahun 2000 Tentang Kedudukan Kepolisian Negara Republik Indonesia.*

Pasal 1 Keppres ini ditegaskan bahwa Kepolisian Negara Republik Indonesia merupakan lembaga pemerintah yang mempunyai tugas pokok menegakkan hukum, ketertiban umum dan memelihara keamanan dalam negeri. Sedang dalam Pasal 2 disebutkan bahwa Kepolisian Negara Republik Indonesia berkedudukan langsung di bawah Presiden, dan dipimpin oleh Kepala Kepolisian Republik Indonesia yang dalam pelaksanaan tugasnya bertanggung jawab langsung kepada Presiden.

- (5) *Keppres No. 70 Tahun 2001 Tentang Pembentukan Komisi Pemilihan Umum.*

Komisi Pemilihan Umum (KPU) yang dibentuk dengan Keppres 70 ini adalah KPU yang sepenuhnya beranggotakan individu-individu independen, yang berbeda dengan institusi penyelenggara Pemilu 1999. Harapannya adalah agar Pemilu diselenggarakan lebih bermutu dan demokratis sehingga hak sipil dan hak politik (hak pilih) warganegara dapat dilaksanakan secara langsung, umum, bebas dan rahasia.

(b) Produk Hukum HAM

1. Ketetapan MPR

*TAP MPR No. V/MPR/2000 tentang Pemantapan Persatuan dan Kesatuan Nasional, agar diadakan pembentukan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (KKR).*⁶⁵ Dalam Ketetapan ini MPR menugaskan kepada pemerintah untuk membentuk KKR sebagai lembaga ekstra-yudisial. Komisi ini bertugas untuk menegakkan

⁶⁵ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, Putusan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia: Sidang

kebenaran dengan mengungkapkan penyalahgunaan kekuasaan dan pelanggaran HAM pada masa lampau, sesuai dengan ketentuan hukum dan perundang-undangan yang berlaku, dan melaksanakan rekonsiliasi dalam perspektif kepentingan bersama sebagai bangsa.

Langkah-langkah setelah pengungkapan kebenaran, dapat dilakukan pengakuan kesalahan, permintaan maaf, pemberian maaf, perdamaian, penegakan hukum, amnesti, rehabilitasi, atau alternatif lain yang bermanfaat untuk menegakkan persatuan dan kesatuan bangsa dengan sepenuhnya memperhatikan rasa keadilan dalam masyarakat.⁶⁶ Ketetapan ini juga menugaskan kepada Presiden agar Presiden bersama DPR membentuk UU tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi.⁶⁷

2. Perubahan UUD 1945 dan UU

(1) *Perubahan Kedua.*

Menambah Pasal 28 menjadi 11 Pasal, yaitu Pasal (28A-28J). Perubahan kedua tersebut merupakan perubahan pada pasal-pasal yang langsung berkaitan dengan jaminan perlindungan HAM, khususnya hak sipil politik.

(2) *UU No. 1 Tahun 2000 Pengesahan Konvensi ILO No. 182 Mengenai Pelarangan dan Tindakan Segera Penghapusan Bentuk-Bentuk Pekerjaan Terburuk Untuk Anak.*⁶⁸

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini adalah untuk melindungi anak dari eksploitasi dan mempekerjakan

mereka pada pekerjaan-pekerjaan yang merendahkan harkat dan martabat manusia atau pekerjaan yang tidak manusiawi.⁶⁹

(3) *UU No. 21 Tahun 2000 Tentang Serikat Pekerja/Serikat Buruh.*⁷⁰

Pertimbangan keluarnya UU ini antara lain⁷¹ sebagai respon atas arti penting kemerdekaan berserikat, berkumpul, mengeluarkan pikiran baik secara lisan maupun secara tulisan, memperoleh pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan, serta mempunyai kedudukan yang sama dalam hukum merupakan hak setiap warga negara. Dalam kaitan tersebut, serikat pekerja/serikat buruh merupakan sarana untuk memperjuangkan, melindungi, dan membela kepentingan dan kesejahteraan pekerja/buruh beserta keluarganya, serta mewujudkan hubungan industrial yang harmonis, dinamis, dan berkeadilan.

(4) *UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM.*⁷²

Dasar pembentukan UU Pengadilan HAM ini adalah:⁷³ *Pertama*, sebagai kelanjutan dari amanat Pasal 104 ayat (1) UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM. *Kedua*, sebagai pengganti dari Peraturan Pemerintah Pengganti UU No. 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM yang telah dicabut karena ditolak oleh Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia menjadi undang-undang, dan *Ketiga* sebagai dasar hukum digelarnya pengadilan HAM terhadap Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di era Orde Baru.

Tahunan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia 7 – 18 Agustus 2000, op. cit., hlm. 67.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Putusan Sidang Tahunan MPR RI Tahun 2001*, op. cit.

⁶⁸ LN Tahun 2000 No. 30, TLN No. 3941.

⁶⁹ Lihat Konsideran.

⁷⁰ LN Tahun 2000 No. 131, TLN No. 3989.

⁷¹ Lihat Konsideran.

⁷² LN Tahun 2000 No. 208, TLN No. 4026.

⁷³ Lihat Konsideran.

3. PP, Keppres dan Inpres

- (1) *Peraturan Pemerintah Republik Indonesia No. 59 Tahun 2001 Tentang Lembaga Perlindungan Konsumen Swadaya Masyarakat.*⁷⁴
Peraturan Pemerintah ini merupakan pelaksanaan dari UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen untuk menjamin adanya kepastian hukum perlindungan kepada konsumen.
- (2) *Keppres No. 6 Tahun 2000 Tentang Pencabutan Instruksi Presiden No. 14 Tahun 1967 Tentang Agama, Kepercayaan, dan Adat Istiadat Cina.*
Keppres ini dikeluarkan sebagai repon pemerintahan Gus Dur atas berbagai larangan melaksanakan ibadah dan kebudayaan Cina yang diatur dalam Instruksi No. 14 Tahun 1967. Dalam Keppres No. 6 Tahun 2000 tegas dinyatakan bahwa penyelenggaraan kegiatan agama, kepercayaan, dan adat istiadat, pada hakekatnya merupakan bagian tidak terpisahkan dari HAM.
- (3) *Keppres No. 27 Tahun 2000 Tentang Perpanjangan Masa Tugas Komisi Independen Pengusutan Tindak Kekerasan di Aceh.*
Keppres ini merupakan perpanjangan tugas Komisi Independen Pengusutan tentang tindakan kekerasan yang terjadi di Propinsi Daerah Istimewa Aceh mengingat masih terus berlangsungnya tindakan kekerasan di Aceh, sehingga memerlukan penanganan yang berlanjut.
- (4) *Keppres No. 69 Tahun 2000 Tentang Pencabutan Keppres No. 264 Tahun 1961 Tentang Larangan Adanya Organisasi Liga Demokrasi, Rotary Club, Divine Life Society, Vrijmetselaren-Loge (Loe Agung Indonesia), Moral*

⁷⁴ LN Tahun 2001 No. 104, TLN No. 4127.

Reamament, Ancient Mystical Organization of Rosi Crucians (AMORC), dan Organisasi Baha'i.

Pertimbangan keluarnya Keppres ini;⁷⁵ Pertama, bahwa pembentukan organisasi sosial kemasyarakatan dan keagamaan pada hakekatnya merupakan hak asasi setiap warganegara Indonesia. Kedua, larangan terhadap organisasi-organisasi sebagaimana dimaksud dalam Keppres No. 264 Tahun 1962, dipandang sudah tidak sesuai lagi dengan prinsip-prinsip demokrasi.

- (5) *Keppres No. 53 Tahun 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.*

Keppres yang ditandatangani pada 23 April 2001 itu menyebutkan bahwa pembentukan Keppres ini dilakukan sebagai pelaksanaan Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 tentang "Pengadilan HAM". Dalam Keppres tersebut dinyatakan bahwa pengadilan HAM yang dibentuk di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tersebut berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Timor Timur paska jajak pendapat dan yang terjadi di Tanjung Priok pada tahun 1984.⁷⁶

Dengan demikian perumusan ini lebih menyempurnakan rumusan dalam Keppres sebelumnya yang hanya menyatakan bahwa pengadilan yang dimaksud berwenang memeriksa dan memutus perkara pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Timor Timur paska jajak pendapat dan yang terjadi di Tanjung Priok pada tahun 1984.⁷⁷

⁷⁵ Lihat Konsideran

⁷⁶ *Ibid.*, Pasal 12.

⁷⁷ Republik Indonesia, Keputusan Presiden tentang Pembentukan Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, op. cit., Pasal 2.

- (6) *Instruksi Presiden No. 9 Tahun 2000 Tentang Pengarusutamaan Gender Dalam Pembangunan Nasional.* Pertimbangan keluarnya Inpres ini antara lain,⁷⁸ adalah dalam rangka meningkatkan kedudukan, peran, dan kualitas perempuan, serta upaya mewujudkan kesetaraan dan keadilan gender dalam kehidupan berkeluarga, bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, dipandang perlu melakukan strategi pengarusutamaan gender ke dalam seluruh proses pembangunan nasional.
- (7) Sejumlah Keppres tentang pemberian Amnesti, Abolisi dan Rehabilitasi (lihat tabel).

Amnesti, Abolisi dan Rehabilitasi

No	Ketetapan	Tentang	Terhadap	Keterangan
1	No. 91/2000	Amnesti/ Abolisi	Izak Yapsenang dll. & Jauhari Mys Als. Azhar dll.	Keppres-Keppres ini dikeluarkan dalam upaya untuk mewujudkan tatanan kehidupan berbangsa dan bernegara yang lebih menjamin kelancaran penyelenggaraan pemerintahan negara, pembangunan nasional, memperkokoh hak azasi manusia, serta persatuan dan kesatuan bangsa, diperlukan langkah-langkah hukum untuk membebaskan beberapa terpidana dan tersangka yang terlibat dalam tindak pidana tertentu.
2	No. 92/2000	Amnesti	Romo I Sandyawan Sumardi SJ dan Benny Sumardi	
3	No. 93/2000	Abolisi & Rehabilitasi	R. Sawito Kartowibowo	
4	No. 141/2000	Amnesti & Rehabilitasi	Amir Syam, Ridwan Ibbas, Abdullah Husen, dan M. Thaheer Daud	
5	No. 115/2000	Abolisi	Theys H. Eluay, Don A.L. Flassy, Lawrence Mehue, Barnabas Jufuway, dan Samuel Yaru	
6	No. 142/2000	Rehabilitasi	Nurdin AR.	

⁷⁸ Lihat Konsideran.

(c) Institusi Perlindungan HAM

1. Komite Aksi Nasional Penghapusan Bentuk-bentuk Pekerjaan Terburuk untuk Anak⁷⁹

Komite ini dibentuk untuk menghapus penyalahgunaan anak-anak dengan mempekerjakan mereka pada pekerjaan yang membayakan masa depan anak.

2. Komisi Ombudsman Nasional⁸⁰

Sejak disahkannya RUU Ombudsman RI menjadi Undang-undang oleh Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia pada tanggal 9 September 2008, lembaga Komisi Ombudsman Nasional berubah menjadi Ombudsman Republik Indonesia. Ombudsman memiliki kewenangan mengawasi pemberian pelayanan umum oleh penyelenggara negara dan pemerintah kepada masyarakat sehingga diharapkan terdapat perlindungan hak-hak masyarakat dalam memperoleh pelayanan umum, keadilan dan kesejahteraan yang lebih baik.

3. Pengadilan HAM⁸¹

Pengadilan HAM Ad Hoc Timor Timur dan Tanjung Priok.⁸²

(d) Analisis

Hasil Pemilihan Umum (Pemilu) multi Partai pertama setelah Orde Baru jatuh pada 1999 telah melahirkan konfigurasi politik baru. Mayoritas DPR dikuasai oleh Partai

⁷⁹ Dibentuk berdasarkan Keppres No. 12 Tahun 2000.

⁸⁰ Dibentuk dengan Keppres No. 44 Tahun 2000.

⁸¹ Dibentuk dengan UU No. 26 Tahun 2000.

⁸² Dibentuk dengan Keppres No. 53 Tahun 2001, yang kemudian diperbaiki dengan Keppres No. 96 Tahun 2001.

Demokrasi Indonesia Perjuangan (PDI-P) dengan 154 kursi; Partai Persatuan Pembangunan (PPP) 59 kursi; Partai Amanat Nasional (PAN) 35 kursi; Partai Kebangkitan Bangsa (PKB) 51 kursi; Partai Bulan Bintang (PBB) 13 kursi, dan Golongan Karya (Golkar) 121 Kursi. Dengan demikian, kursi di DPR dikuasai oleh mayoritas Parpol pro demokrasi dengan 312 kursi.

Konfigurasi demokratis tersebut memungkinkan MPR mengeluarkan sejumlah ketetapan penting, antara lain TAP MPR No. IV/MPR/1999 tentang GBHN Tahun 1999-2000, yang didalamnya meminta presiden secara konsisten menjamin kepastian hukum, keadilan dan kebenaran, supremasi hukum serta menghargai HAM. MPR juga meminta presiden untuk melanjutkan ratifikasi sejumlah konvensi HAM internasional, sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan.⁸³

Dalam Sidang tahunan MPR 2000, MPR kembali mengeluarkan sejumlah Ketetapan yang isinya mengarahkan negara untuk mengambil langkah-langkah konkrit berkaitan dengan pelaksanaan agenda penegakan HAM, yaitu TAP MPR No. V/MPR/2000 tentang Pemantapan Persatuan dan Kesatuan Nasional; TAP MPR No. VI/MPR/2000 tentang Pemisahan Tentara Nasional Indonesia dan Kepolisian Negara Republik Indonesia, serta TAP MPR No. VII/MPR/2000 tentang Peran TNI dan Polri.

Ketiga Ketetapan tersebut memerintahkan presiden untuk membentuk KKR sebagai lembaga ekstra yudisial yang bertugas mengungkap kebenaran atas praktik penyalahgunaan kekuasaan dan pelanggaran HAM di masa Soeharto; melaksanakan rekonsiliasi dalam perspektif kepentingan bersama sebagai bangsa; dan menghapuskan peran sosial politik (Sospol) ABRI (Dwifungsi ABRI); memisahkan

⁸³ Lihat TAP MPR No. IV/MPR/1999 tentang GBHN Tahun 1999 – 2000.

institusi kepolisian dari Tentara Nasional Indonesia (TNI) serta merubah konsep sistem pertahanan nasional. Bahkan pada Sidang Tahunan 2000 tersebut, MPR melakukan amandemen kedua UUD 1945 yang di antaranya memasukkan HAM ke dalam Bab XA serta bidang pertahanan dan keamanan negara pada Bab XII UUD 1945.⁸⁴ Terobosan yang dilakukan MPR selama Sidang Tahunan 2000 inilah yang kemudian menjadi dasar dan arahan penegakan HAM nasional bagi presiden.

Secara garis besar, Ketetapan MPR berisi berbagai agenda penegakan HAM, yakni: (i) agenda Penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu; (ii) pembuatan regulasi tentang jaminan perlindungan dan penghormatan HAM; (iii) reformasi institusi TNI dan Polri; (iv) penghukuman dan pemulihan para korban pelanggaran HAM.

⁸⁴ Ditetapkan pada tanggal 18 Agustus 2000, Pasal-pasal yang mengatur tentang HAM dalam perubahan kedua UUD 1945 ini terdapat 10 pasal yang memberikan jaminan hak kepada setiap warga negara (orang) baik yang mencakup hak-hak sipil politik maupun hak-hak ekonomi, sosial dan budaya, yakni dimulai dari pasal 28 A sampai dengan pasal 28 J. Dalam ketentuan tersebut juga dicantumkan pasal tentang tanggung jawab negara terutama pemerintah dalam perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan HAM, juga ditegaskan bahwa untuk menegakkan dan melindungi HAM berkeluarga dan melanjutkan keturunan, hak mengembangkan diri, hak memperoleh keadilan, hak atas kebebasan pribadi, hak atas rasa aman, hak atas kesejahteraan, dan hak turut serta dalam pemerintahan. Secara khusus pula UU ini mengatur tentang hak perempuan dan hak terhadap anak. UU ini juga mengatur tentang tugas Komnas HAM yang meliputi pengkajian, penelitian, penyuluhan, pemantauan dan mediasi tentang HAM. Bagian khusus dalam UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM juga mengatur mengenai Pengadilan HAM di mana untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat dibentuk pengadilan HAM dalam ruang lingkup pengadilan umum.

Dari rangkaian kebijakan hukum pemerintahan Gus Dur, Perubahan kedua UUD 1945 yang menambahkan, memperluas dan memperdalam substansi Pasal 28 menjadi 28, 28A- 28J merupakan perubahan hukum dasar yang impresif karena tidak saja mengadopsi Deklarasi Universal HAM 1948, kovenan hak-hak sipil dan hak-hak politik, juga hak ekonomi, sosial dan budaya yang ketika itu belum diratifikasi oleh Indonesia. Begitu pula Pengesahan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, serta Keppres No. 53 Tahun 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM ad hoc adalah produk hukum yang secara langsung terkait dengan upaya penyelesaian Pelanggaran HAM yang berat masa lalu.

Progresifitas politik hukum era Gus Dur menunjukkan adanya konfigurasi politik demokratis yang ditandai oleh penguatan pers,⁸⁵ parlemen,⁸⁶ TNI/Polri dalam transisi perubahan struktural dan fungsional, mekanisme pembuatan UU berjalan terbuka dan kompetitif dimana terdapat partisipasi publik. Tetapi konfigurasi politik demikian itu tidak serta merta melahirkan substansi UU yang sepenuhnya responsif dengan agenda dan tuntutan substansi negara hukum dan demokrasi. Konfigurasi politik baru yang belum solid, transisi kekuasaan yang dikompromikan, kemampuan intelektual anggota DPR, kecermatan dan ketekunan membaca dan memahami detail-detail pasal demi pasal, serta kemampuan lobby politik ternyata sangat menentukan hasil akhir dari substansi suatu UU.

Salah satu substansi yang mengundang debat dan kontroversi di dalam dan di luar ruang sidang MPR pada saat Perubahan Kedua UUD 1945 adalah perihal prinsip *non-*

retroaktif. Pasal yang berbunyi “....hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun”, lolos dan menjadi salah satu Pasal krusial dalam UUD 1945.

Kelalaian akibat ketidakcermatan atau ketidaktahuan anggota MPR pro reformasi, serta kuatnya lobby Fraksi TNI/Polri dan Golkar diduga keras menjadi penyebab lolosnya Pasal 28I (1) itu,⁸⁷ karena dapat menjadi “pintu belakang” larinya pelaku pelanggaran HAM berat masa lalu dari jeratan hukum.

Tidak salah jika kuat tuduhan bahwa Pasal ini mengamankan kepentingan militer dan Golkar. Tim Lindsey, sebagaimana dikutip Denny menuding bahwa larangan untuk mengajukan tuntutan atas tindak pelanggaran hukum atas dasar hukum yang berlaku surut (*retrospective prosecution*) ini akan mempersulit upaya menuntut tentara yang bertanggungjawab atas pelanggaran-pelanggaran HAM, khususnya selama seperempat abad sejarah Timor Timur bersama Indonesia.⁸⁸

Lolosnya Pasal ini menunjukkan bahwa hingga era pemerintahan Gus Dur yang sipil, serta dalam parlemen (MPR) yang dominan diisi oleh PDI Perjuangan, Partai Persatuan Pembangunan dan Partai-Partai yang lahir paska reformasi, kekuatan *status quo*, khususnya militer dan mitra sejati-nya selama Orde Baru, yaitu Golkar masih mampu memainkan peran, mengambil dan mengamankan Pasal penting dan mendasar dalam penegakan HAM yang terkait langsung dengan penyelesaian Pelanggaran HAM yang berat masa lalu.

Mantan Ketua MPR Amin Rais menjelaskan bahwa lolosnya Pasal itu benar-benar luput dari perhatian dan pemikirannya, termasuk anggota MPR yang lain. Amin

⁸⁵ Undang-Undang No. 40 Tahun 1999 Tentang Pers yang mencabut UU No. 21 Tahun 1982 Tentang Perubahan Atas UU No. 11 Tahun 1966 UU No. 11 Tahun 1966 Tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pers mulai memiliki kekuatan hukum untuk menjadi Pers yang merdeka dan independen.

⁸⁶ Hasil Pemilu yang demokratis tahun 1999.

⁸⁷ Lihat Denny, *Amandemen.....op.cit.*, hlm. 234-237.

⁸⁸ *Ibid.*

menegaskan, "kemenangan formal kekuatan reformasi hingga menguasai Parlemen, ternyata tidak diimbangi dengan kesigapan dan kecermatan politik, sehingga mudah dikelabui".⁸⁹ Apalagi menurut Amin, "agenda marathon MPR serta kekhususan materi HAM yang tidak banyak dikuasi anggota MPR" menjadi sebab lain luputnya Pasal tersebut".⁹⁰ Tetapi apapun alasan yang menyebabkan lolosnya Pasal tersebut, ia telah digunakan sebagai materi pembelaan terdakwa dan penasehat hukum dalam pengadilan Ham ad hoc Timor Timur dan Tanjung Priok.

Dalam waktu yang hampir bersamaan dengan pembahasan perubahan UUD 1945 tahap kedua, pemerintahan Gus Dur juga intensif membahas RUU Pengadilan HAM. Pembahasan RUU Pengadilan HAM yang menggantikan Perpu No. 1 Tahun 1999 juga menyita perhatian dan pemikiran, tidak saja karena tekanan dalam negeri tetapi juga internasional agar Indonesia segera menyediakan mekanisme nasional (domestik) untuk mengadili pelaku pelanggaran HAM Timor Timur.

Substansi RUU Pengadilan HAM yang paling menyita perhatian dan kontroversi adalah tidak berlakunya prinsip *non-retroaktif*, yang berlawanan dengan Pasal 28I (1) UUD 1945 Perubahan Kedua.⁹¹ Kalangan militer sangat keras menentang klausul ini. Meskipun akhirnya lolos, tetapi tetap saja muncul Pasal kompromi yang menempatkan DPR dan Presiden sebagai bagian dari mekanisme pengadilan HAM ad hoc. Sekalipun argumen masuknya DPR yang notabene lembaga politik dalam mekanisme itu masuk akal, tetapi itulah pasal

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Kontradiksi Pasal Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 yang kedudukannya lebih rendah dari UUD 1945 menyebabkan UU No. 26 Tahun 2000 memiliki kelemahan mendasar secara moral hukum, yang membuka ruang masalah yang secara yuridis memang patut digugat dan dipertanyakan.

yang membuat TNI/Polri merasa aman dengan Pasal tersebut.⁹²

Langkah-langkah hukum untuk mengadili pelaku Pelanggaran HAM yang berat masa lalu juga dilakukan di era Gus Dur dengan keluarnya Keppres No. 53 Tahun 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM ad hoc untuk mengadili pelanggaran HAM di Timor Timur dan Tanjung Priok.

Kebijakan penegakan hukum mengusut kejahatan Orde Baru tersebut, memperlihatkan karakter paham idealis, sekalipun akhirnya langkah itu harus dibayar mahal dengan timbulnya pelbagai kekerasan di sejumlah wilayah di Indonesia yang diindikasikan sebagai bentuk resistensi sisa rezim Orde Baru terhadap langkah penegakan hukum Gus Dur.

c. Era Megawati Soekarnoputri

(a) Produk Hukum Umum

1. Ketetapan MPR

TAP MPR No. VIII/MPR/2001 Tentang Rekomendasi Arah Kebijakan Pemberantasan dan Pencegahan Korupsi, Kolusi dan Nepotisme.

Pertimbangan dikeluarkannya Ketetapan ini antara lain, bahwa permasalahan KKN yang melanda bangsa Indonesia sudah sangat serius, dan merupakan kejahatan yang luar biasa dan menggoyahkan sendi-sendi kehidupan berbangsa dan bernegara.

⁹² Cermati risalah pembahasan RUU Pengadilan HAM, khususnya Pandangan Umum dan Pandangan akhir TNI/Polri dalam Sidang Paripurna DPR. 1 Juni 2000, dan 6 November 2000.

2. Perubahan UUD 1945

(1) *Perubahan Ketiga*

Perubahan UUD 1945 ketiga yang berlangsung dalam Sidang Umum MPR tanggal 1-9 November 2001 yang merubah 23 Pasal. Perubahan ketiga ini menekankan pada beberapa hal. Pertama, menegaskan Kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar, serta menegaskan bahwa Indonesia adalah negara hukum. Kedua, menegaskan pula mekanisme pergantian jabatan-jabatan politik (Presiden dan Wakil Presiden, DPR, DPRD, Kepala Daerah) yang harus dipilih langsung oleh rakyat dalam Pemilihan Umum yang diselenggarakan oleh lembaga independen.

(2) *Perubahan Keempat*

Perubahan keempat berlangsung dalam Sidang Umum MPR tanggal 1-11 Agustus 2002. Dari keseluruhan perubahan keempat UUD 1945 tersebut, perubahan pada Pasal 32, 33, dan 34 merupakan perubahan yang penting karena menegaskan penghormatan dan perlindungan pada hak ekonomi, sosial dan budaya.

3. Undang-Undang

- (1) *UU No. 20 Tahun 2001 tentang Perubahan Atas UU No. 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.*⁹³
Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain;⁹⁴ bahwa tindak pidana korupsi yang selama ini terjadi secara meluas, tidak hanya merugikan keuangan negara,

⁹³ LN Tahun 2001 No. 134, TLN No. 4150.

⁹⁴ Lihat Konsideran.

tetapi juga pelanggaran terhadap hak-hak sosial dan ekonomi masyarakat secara luas, sehingga korupsi perlu digolongkan sebagai kejahatan yang pemberantasannya harus dilakukan secara luar biasa.

- (2) *UU No. 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia.*⁹⁵

Pertimbangan ditetapkannya UU Kepolisian ini, antara lain⁹⁶ bahwa telah terjadi perubahan paradigma dalam sistem ketatanegaraan yang menegaskan pemisahan kelembagaan TNI-Polri sesuai dengan peran dan fungsi masing-masing. Polri berwenang menjaga ketertiban masyarakat, penegakan hukum, perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat selaku alat negara yang dibantu oleh masyarakat dengan menjunjung tinggi HAM.

- (3) *UU No. 23 Tahun 2002 Tentang Perlindungan Anak.*⁹⁷

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain untuk melindungi setiap anak agar mampu memikul tanggung jawab, untuk tumbuh dan berkembang secara optimal, baik fisik, mental maupun sosial, dan berakhlak mulia, serta untuk mewujudkan kesejahteraan anak dengan memberikan jaminan terhadap pemenuhan hak-haknya serta adanya perlakuan tanpa diskriminasi.

- (4) *UU No. 30 Tahun 2002 Tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi.*⁹⁸

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain, bahwa pemberantasan tindak pidana korupsi perlu

⁹⁵ LN Tahun 2002 No. 2, TLN No. 4168.

⁹⁶ Lihat Konsideran.

⁹⁷ LN Tahun 2002 No. 109, TLN No. 4235.

⁹⁸ LN Tahun 2002 No. 137, TLN No. 4250

ditingkatkan secara profesional, intensif, dan berkesinambungan karena korupsi telah merugikan keuangan negara, perekonomian negara, dan menghambat pembangunan nasional. Selain itu, lembaga pemerintah yang menangani perkara tindak pidana korupsi belum berfungsi secara efektif dan efisien dalam memberantas tindak pidana korupsi.

- (5) *UU No. 31 Tahun 2002 Tentang Partai Politik*.⁹⁹ Pertimbangan ditetapkan UU ini adalah untuk lebih menjamin kemerdekaan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat dalam wujud pendirian Partai Politik sebagai realisasi partisipasi masyarakat dalam mengembangkan kehidupan demokrasi.
- (6) *UU No. 12 Tahun 2003 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, dan Dewan Perwakilan Daerah*.¹⁰⁰ Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain:¹⁰¹ *Pertama*, bahwa bahwa pemilihan umum perlu diselenggarakan secara lebih berkualitas dengan partisipasi rakyat seluas-luasnya dan dilaksanakan berdasarkan asas langsung, umum, bebas, rahasia, jujur, dan adil. *Kedua*, bahwa pemilihan umum untuk memilih anggota lembaga perwakilan harus mampu menjamin prinsip keterwakilan, akuntabilitas, dan legitimasi.¹⁰²

⁹⁹ LN Tahun 2002 No. 138, TLN No. 4251.

¹⁰⁰ LN Tahun 2003 No. 37, TLN No. 4277.

¹⁰¹ Lihat Konsideran.

¹⁰² Catatan terhadap UU ini adalah bahwa UU Pemilu No 12 Thn 2003 (khususnya Pasal 60 butir g) masih terdapat perlakuan diskriminatif terhadap hak, berupa larangan untuk tidak dipilih bagi mereka yang terlibat G30-SPKI. Termasuk berlaku diskriminasi rasial terhadap warga keturunan Tionghoa dengan keharusan mengurus SBKRI (Surat Bukti Kewarganegaraan RI).

- (7) *UU No. 20 Tahun 2003 Tentang Sistem Pendidikan Nasional*.¹⁰³

Pertimbangan utama dikeluarkannya UU ini antara lain,¹⁰⁴ untuk menegaskan fungsi dan tujuan pendidikan nasional, yaitu mengembangkan kemampuan dan membentuk watak serta peradaban bangsa yang bermartabat, dalam rangka mencerdaskan kehidupan bangsa, dan menjadi warga negara yang demokratis serta bertanggung jawab.¹⁰⁵

- (8) *UU No. 23 Tahun 2003 Tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden*.¹⁰⁶

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain:¹⁰⁷ dalam rangka mewujudkan kedaulatan rakyat dalam pemerintahan negara sesuai dengan amanat UUD RI Tahun 1945, pemilihan umum Presiden dan Wakil Presiden dilaksanakan secara langsung oleh rakyat.

- (9) *UU No. 24 Tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi*.¹⁰⁸

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain:¹⁰⁹ untuk mewujudkan tata kehidupan bangsa dan negara yang tertib, bersih, makmur, dan berkeadilan, serta dalam rangka tegaknya konstitusi dan prinsip negara hukum sesuai dengan tugas dan wewenangnya sebagaimana ditentukan dalam UUD RI Tahun 1945.

¹⁰³ LN Tahun 2003 No. 93, TLN No. 4301.

¹⁰⁴ Lihat Konsideran.

¹⁰⁵ Pasal 3.

¹⁰⁶ LN Tahun 2003 No. 93, TLN No. 4311.

¹⁰⁷ Lihat Konsideran.

¹⁰⁸ LN Tahun 2003 No. 98, TLN No. 4316.

¹⁰⁹ Lihat Konsideran.

- (10) *UU No. 4 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman*.¹¹⁰ Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain untuk menegaskan eksistensi kekuasaan kehakiman sebagai kekuasaan yang merdeka yang dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan di bawahnya, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi, untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan.
- (11) *UU No. 22 Tahun 2004 Tentang Komisi Yudisial*.¹¹¹ Pertimbangan dikeluarkannya UU ini yaitu menjamin peran Komisi Yudisial mewujudkan kekuasaan kehakiman yang merdeka terhormat dan bermartabat.
- (12) *UU No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah Sebagai Perubahan atas UU No. 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah*.¹¹² UU ini menegaskan bahwa Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah dipilih langsung oleh rakyat, dan tidak lagi oleh DPRD.

(b) Produk Hukum HAM

1. Undang-Undang

- (1) *UU No. 32 Tahun 2002 Tentang Penyiaran*.¹¹³ Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antar lain,¹¹⁴ untuk lebih menjami kemerdekaan menyampaikan pendapat dan memperoleh informasi melalui penyiaran

¹¹⁰ LN Tahun 2004 No. 8, TLN No. 4358.

¹¹¹ LN Tahun 2004 No. 89, TLN No. 4415.

¹¹² LN Tahun 2004 No. 125, TLN No. 4437.

¹¹³ LN Tahun 2002 No. 139, TLN No. 4252.

¹¹⁴ Lihat Konsideran.

sebagai perwujudan HAM dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

- (2) *UU No. 23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga*.¹¹⁵ Pertimbangan dikeluarkannya undang-undang ini, antara lain:¹¹⁶ kekerasan dalam rumah tangga, merupakan pelanggaran HAM dan kejahatan terhadap martabat kemanusiaan serta bentuk diskriminasi yang harus dihapus. Kekerasan dalam rumah tangga, yang kebanyakan menimpa perempuan, harus mendapat perlindungan dari negara dan/atau masyarakat agar terhindar dan terbebas dari kekerasan atau ancaman kekerasan, penyiksaan, atau perlakuan yang merendahkan derajat dan martabat kemanusiaan.
- (3) *UU No. 27 Tahun 2004 Tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi*.¹¹⁷ Pertimbangan dikeluarkannya UU ini:¹¹⁸ Pertama, bahwa pelanggaran HAM yang berat, yang terjadi pada masa sebelum berlakunya UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM harus ditelusuri kembali untuk mengungkapkan kebenaran, menegakkan keadilan, dan membentuk budaya menghargai HAM, sehingga dapat diwujudkan rekonsiliasi dan persatuan nasional. Kedua, bahwa pengungkapan kebenaran juga demi kepentingan para korban dan/atau keluarga korban yang merupakan ahli warisnya untuk mendapatkan kompensasi, restitusi, dan/atau rehabilitasi.

¹¹⁵ LN Tahun 2004 No. 95, TLN No. 4419.

¹¹⁶ Lihat Konsideran.

¹¹⁷ LN Tahun 2004 No. 114, TLN No. 4425.

¹¹⁸ Lihat Konsideran.

- (4) *UU No. 40 Tahun 2004 Tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional*.¹¹⁹

Undang-Undang ini dikeluarkan dengan pertimbangan bahwa setiap orang berhak atas jaminan sosial untuk dapat memenuhi kebutuhan dasar hidup yang layak dan meningkatkan martabatnya menuju terwujudnya masyarakat Indonesia yang sejahtera, adil, dan makmur.

2. Peraturan Pemerintah (PP) dan Keputusan Presiden (Keppres)

- (1) *PP No. 2 Tahun 2002 Tentang Tata Cara Perlindungan Terhadap Korban dan Saksi Dalam Pelanggaran HAM Yang Berat*.¹²⁰

PP ini dikeluarkan untuk melaksanakan ketentuan Pasal 34 ayat (3) UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. Dalam proses peradilan pelanggaran HAM yang berat, kepada korban dan saksi perlu diberikan perlindungan baik fisik maupun mental dari ancaman, gangguan, teror, atau kekerasan dari pihak manapun. Dengan jaminan pemberian perlindungan tersebut diharapkan baik korban maupun saksi dapat memberikan keterangan yang benar, sehingga proses peradilan terhadap pelanggaran HAM yang berat dapat dilaksanakan dengan baik.

- (2) *PP No. 3 Tahun 2002 Tentang Kompensasi, Restitusi, dan Rehabilitasi Terhadap Korban Pelanggaran HAM Yang Berat*.¹²¹

PP ini dikeluarkan untuk melaksanakan ketentuan Pasal 35 ayat (3) UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan

HAM. Dalam PP ini ditegaskan bahwa dalam hal terjadi pengabaian, pengurangan dan perampasan HAM, terutama terjadi pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan oleh perseorangan, kelompok orang baik sipil, militer, maupun polisi, maka pihak korban atau keluarga korban yang merupakan ahli warisnya berhak memperoleh kompensasi, restitusi dan atau rehabilitasi secara tepat, cepat, dan layak.

- (3) *Keppres No. 96 Tahun 2001 Tentang Pembentukan Pengadilan HAM ad hoc Kasus Timor Timur dan Tanjung Priok*

Pertimbangan dikeluarkannya Keppres ini adalah untuk menyempurnakan Keppres No. 53 Tahun 2001 tentang Pembentukan Pengadilan HAM ad hoc. Pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan lebih memperjelas tempat dan waktu tindak pidana (*locus dan tempus delicti*) pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Timor Timur dan Tanjung Priok.

- (4) *Keppres No. 10 Tahun 2002 Tentang Pembentukan Komisi Penyelidik Nasional Kasus Theys Hiyo Eluay*.

Kematian tokoh Papua ini menimbulkan kontroversi karena kuat dugaan ia terbunuh terkait aktivitasnya sebagai tokoh Papua Merdeka. Karena itulah Pemerintah membentuk Komisi Penyelidik Nasional guna mengadakan penyelidikan secara bebas, cermat, adil dan tuntas terhadap semua aspek peristiwa/insiden tersebut.

- (5) *Keppres No. 38 Tahun 2002 Tentang Pembentukan Tim Penyelidik Independen Nasional Untuk Maluku Utara*.

Pertimbangan keluarnya Keppers ini antara lain bahwa dalam 19 Januari 1999 di Maluku Utara telah muncul berbagai issue keterlibatan Forum Kedaulatan Maluku (FKM), issue Republik Maluku Selatan (RMS), isu

¹¹⁹ LN Tahun 2004 No. 150, TLN No. 4456.

¹²⁰ LN Tahun 2002 No. 6, TLN No. 4171.

¹²¹ LN Tahun 2002 No. 7, TLN No. 4172.

Kristen RMS, issue Laskar Jihad, issue Laskar Kristus, issue pengalihan agama secara paksa dan pelanggaran HAM sehingga perlu diselidiki dan diusut secara tuntas.

- (6) *Keppres No. 59 Tahun 2002 Tentang Rencana Aksi Nasional Penghapusan Bentuk-Bentuk Pekerjaan Terburuk Untuk Anak.*

Perimbangan keluarnya Keppres ini adalah dalam rangka menjaga pertumbuhan dan perkembangan anak sehingga anak dapat berkembang secara wajar baik fisik, mental, sosial, dan intelektualnya. *Kedua*, untuk melindungi anak dari jenis-jenis pekerjaan-pekerjaan yang terburuk yang sangat membahayakan bagi anak dan akan menghambat anak untuk tumbuh dan berkembang secara wajar disamping sangat bertentangan pula dengan hak asasi anak dan nilai-nilai kemanusiaan yang diakui secara universal.

- (7) *Keppres No. 61 Tahun 2003 tentang Rencana Aksi Nasional HAM.*

Keppres ini merupakan respon terhadap meningkatnya tuntutan masyarakat untuk lebih menjamin kemajuan dan perlindungan HAM Indonesia dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

- (8) *Keppres No. 77 Tahun 2003 Tentang Komisi Perlindungan Anak Indonesia.*

Keppres perlindungan anak ini dikeluarkan untuk mencapai tujuan penyelenggaraan perlindungan anak sebagaimana dimaksud dalam UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak. Di samping itu, Keppres ini dikeluarkan dalam rangka melaksanakan ketentuan Pasal 75 ayat (4) UU No. 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

- (9) *Keppres No. 40 Tahun 2004 tentang Rencana Aksi Nasional HAM.*

Pertimbangan dikeluarkannya Keppres ini antara lain untuk meningkatkan penghormatan, pemajuan, pemenuhan dan perlindungan HAM sesuai dengan prinsip-prinsip negara berdasar atas hukum, menegaskan kewajiban dan tanggungjawab Pemerintah, serta partisipasi masyarakat.

- (10) *Keppres No. 52 Tahun 2004 Tentang Komisi Nasional Lanjut Usia.*

Komisi Nasional Lanjut Usia merupakan wadah koordinasi antara Pemerintah dan masyarakat yang bersifat non struktural dan independen dalam melaksanakan tugasnya. Komisi Nasional Lanjut Usia mempunyai tugas: (a) membantu Presiden dalam mengkoordinasikan pelaksanaan upaya peningkatan kesejahteraan sosial lanjut usia; (b) memberikan saran dan pertimbangan kepada Presiden dalam penyusunan kebijakan upaya peningkatan kesejahteraan sosial lanjut usia.

(c) Institusi Perlindungan HAM

1. Komisi Perlindungan Anak (KPA)

Institusi ini dibentuk dengan UU No. 23 Tahun 2002.¹²² Lembaga ini akan memberikan perlindungan khusus kepada anak dalam situasi darurat, anak yang berhadapan dengan hukum, anak dari kelompok minoritas dan terisolasi, anak yang dieksploitasi secara ekonomi dan/atau seksual, anak yang diperdagangkan, anak yang menjadi korban penyalahgunaan narkotika, alkohol, psikotropika, dan zat

¹²² LN Tahun 2002 No. 30, TLN No. 3941.

adiktif lainnya (napza), anak korban penculikan, penjualan, perdagangan, anak korban kekerasan baik fisik dan/atau mental, anak yang menyandang cacat, dan anak korban perlakuan salah dan penelantaran. -

2. Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (KPK)

Institusi ini dibentuk dengan UU No. 30 Tahun 2002.¹²³ Institusi ini dibentuk sebagai respon pemerintah atas kuatnya ketidakpercayaan publik terhadap pencegahan dan penanggulangan korupsi oleh lembaga penegakan hukum Kepolisian dan Kejaksaan. Lembaga yang selama ini menangani kasus-kasus korupsi justru disinyalir menjadi bagian dari tindakan korupsi itu sendiri.

3. Komisi Pemilihan Umum (KPU)

Institusi independen ini dibentuk dengan UU No. 12 Tahun 2003¹²⁴ sebagai realisasi dari amanat Pasal 24B UUD 1945. Tugas dan kewenangan lembaga ini adalah menyelenggarakan Pemilu untuk mewujudkan penghormatan, pemenuhan dan perlindungan hak-hak politik warga negara, yaitu hak untuk menunaikan hak pilihnya, termasuk hak untuk dipilih.

4. Komisi Penyiaran Indonesia (KPI)

Institusi yang dibentuk dengan UU No. 32 Tahun 2002¹²⁵ adalah lembaga negara yang bersifat independen yang

tugas dan kewajiban menjamin masyarakat untuk memperoleh informasi yang layak dan benar sesuai dengan HAM. Dengan tugas ini, KPI juga secara eksplisit dikategorikan sebagai institusi pemenuhan dan perlindungan HAM, karena hak mendapatkan informasi yang benar adalah salah satu hak sipil yang harus dipenuhi.

5. Mahkamah Konstitusi (MK)

Pembentukan lembaga ini merupakan salah satu pencapaian gemilang ide negara hukum Indonesia semenjak merdeka 1945. Dengan adanya MK, maka jika terjadi pelanggaran hak-hak konstitusional warganegara oleh kekuasaan yang tidak perlu dan berlebihan sebagaimana terjadi di era Orde Baru bisa diajukan komplain (*review*) ke MK.

6. Komisi Yudisial (KY)

Komisi ini bersifat mandiri dan berwenang untuk mengusulkan pengangkatan hakim agung dan melakukan pengawasan dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, keluhuran martabat dan perilaku hakim. Jika *rule of law* dan demokrasi nyata-nyata tumbuh dan berkembang, maka dapat diyakini adanya penghormatan dan perlindungan terhadap HAM, hak asasi warganegara, dan terutama HAM yang sedang berurusan dengan lembaga yudisial (pengadilan) untuk mendapatkan perlakuan yang sama di depan hukum, hak untuk diadili dalam proses peradilan yang fair, hak mendapat kepastian hukum, dan seterusnya.

(d) Analisis

Konfigurasi politik era Megawati Soekarnoputri pada dasarnya sama dengan konfigurasi politik era Gus Dur. Bahkan

¹²³ LN Tahun 2002 No. 137, TLN No. 4250.

¹²⁴ LN Tahun 2003, No. 37, TLN No. 4247.

¹²⁵ LN Tahun 2002, No. 139, TLN No. 4252.

dukungan PDI Perjuangan yang memiliki 152 kursi menjadi kekuatan riil. Tetapi sumber daya politik yang kuat saja tidak cukup untuk mendorong pemerintah mengambil kebijakan hukum lebih progresif apabila secara makro kehidupan politik dan ekonomi belum sepenuhnya kondusif.

Produk peraturan perundang-undangan era Megawati Soekarnoputri secara kuantitatif lebih sedikit dibandingkan dengan B.J. Habibie, tetapi lebih banyak dibanding era Gus Dur. Pada masa Megawati Soekarnoputri keluar satu Ketetapan MPR terakhir sebelum Tap MPR dinyatakan dicabut dari hirarki perundang-undangan, yaitu TAP MPR No. VIII/MPR/2001 Tentang Rekomendasi Arah Kebijakan Pemberantasan dan Pencegahan Korupsi, Kolusi dan Nepotisme; 16 (enam belas) buah UU; Perubahan III dan IV UUD 1945; 2 (dua) PP; 7 (tujuh) Keppres, dan 6 (enam) institusi/lembaga perlindungan HAM. Dari keseluruhan peraturan perundang-undangan tersebut, mayoritas memuat penghormatan dan perlindungan hak sipil dan hak politik, yaitu 14 (empat belas) peraturan perundang-undangan.¹²⁶

Politik hukum paling strategis di era Megawati Soekarnoputri adalah perubahan ketiga UUD 1945, terutama perubahan mekanisme pergantian jabatan politik di DPR, Presiden dan Wakil Presiden yang dipilih secara langsung oleh rakyat. Perubahan ini merupakan politik hukum yang menegaskan kedudukan rakyat sebagai subjek hukum yang berdaulat dalam menentukan jabatan-jabatan politik di Parlemen di semua tingkat, dan jabatan Presiden-Wakil Presiden. Politik hukum konstitusi ini kemudian ditindaklanjuti dengan keluarnya UU No. 12 tahun 2003

¹²⁶ Antara lain: UU No. 31 Tahun 2002 Tentang Partai Politik; UU No. 32 Tahun 2002 Tentang Penyiaran; UU No. 12 Tahun 2003 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah, dan Dewan Perwakilan Daerah, dan UU No. 23 Tahun 2003 Tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden.

Tentang Pemilu DPR, DPD, DPRD; UU No. 23 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Presiden dan Wakil Presiden, dan UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah yang mengatur juga pemilihan langsung Gubernur, Bupati dan Walikota.

Untuk pertama kalinya, Presiden, Wakil Presiden, dan Kepala Daerah dipilih langsung oleh rakyat melalui Pemilihan Umum. Mekanisme ini semakin menandakan normatiftas daulat rakyat terhadap kekuasaan, dan itu berarti pula merupakan perwujudan penghormatan, pemenuhan dan perlindungan hak sipil dan hak politik warganegara, khususnya hak pilih dan dipilih serta hak untuk ikut serta dalam pemerintahan.

Melalui dan dengan kebijakan tersebut, kuantitas dan kualitas kontrol rakyat atas cabang-cabang kekuasaan semakin kuat; disamping menjadi pondasi yang diperlukan dan menentukan bagi kekuatan dan pengembangan bangunan HAM warganegara Indonesia yang lain, termasuk hak-hak yang tercakup dalam hak ekonomi, sosial dan budaya.

Politik hukum strategis kedua adalah didirikannya institusi-institusi negara yang langsung atau tidak langsung bagian dari pemenuhan dan perlindungan HAM, yaitu: pembentukan Komisi Pemilihan Umum (KPU) yang bersifat nasional, tetap dan mandiri; pendirian Komisi Perlindungan Anak (KPA); Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK); Komisi Penyiaran Indonesia (KPI); Mahkamah Konstitusi (MK), dan Komisi Yudisial (KY).

Politik hukum strategis ketiga adalah digelarnya Pengadilan HAM ad hoc kasus Timor Timur dan Tanjung Priok,¹²⁷ disyiahkannya UU No. 23 Tahun 2004 Tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga (UU KDRT), dan UU No. 27 Tahun 2004 Tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi (UU KKR).

¹²⁷ Berdasarkan Keppres No. 96 Tahun 2001.

Pemerintahan Megawati cukup progresif dalam penataan prosedur-prosedur demokrasi serta pembentukan lembaga-lembaga negara independen seperti KPK, MK, KY, tetapi tidak melakukan langkah-langkah yang jelas dan terbuka terhadap upaya mendorong lebih progresif penyelesaian pelanggaran HAM berat masa lalu.

Pengadilan HAM ad hoc Timor Timur dan Tanjung Priok yang dilaksanakan di era Megawati berakhir dengan putusan bebas semua pelaku, baik di Pengadilan tingkat satu, tingkat banding, tingkat kasasi maupun melalui mekanisme hukum Peninjauan Kembali (PK). Bebasnya para terdakwa itu tentu saja tidak bisa dimintakan pertanggungjawabannya pada eksekutif pimpinan Megawati Soekarnoputri kala itu, karena kemerdekaan yudisial sudah menjadi tekad dan keputusan politik pemerintahan paska Soeharto untuk dijaga dan dihormati, tetapi itu menunjukkan bahwa kemauan politik seluruh elemen-elemen kekuasaan, terutama kekuasaan yudisial (Jaksa dan Hakim) di era Megawati untuk menegakkan hukum menyelesaikan Pelanggaran HAM yang berat tidak signifikan dengan perubahan itu sendiri.

Megawati bahkan Presiden yang dengan tegas menyatakan tidak memiliki kemauan politik untuk mengusut dan mengadili pelanggaran HAM masa lalu. Pengalaman era Gus Dur yang juga era Megawati atas perlawanan sisa rezim Orde Baru, baik sipil maupun militer terhadap langkah-langkah penegakan hukum yang dilakukan Gus Dur agaknya menjadi referensi utama keengganan Megawati meneruskan politik hukum Gus Dur menyelesaikan pelanggaran berat HAM masa lalu yang lain diluar Timor Timur, Tanjung Priok dan Abepura. Itu sebabnya politik hukum era Megawati condong pada penguatan institusi politik yang kental warna paradigma kaum realis. Sekalipun demikian, sumbangan penting pemerintahan Megawati adalah lahirnya produk-produk hukum yang sangat maju dalam penguatan hak sipil dan hak politik, penataan prosedur demokrasi, penguatan institusi yudisial, dan reformasi sektor keamanan.

d. Era Susilo Bambang Yudhoyono

(a) Produk Hukum Umum

- Undang-Undang

- (1) *UU No. 7 Tahun 2006 Tentang Pengesahan Konvensi Anti Korupsi.*¹²⁸
Pertimbangan disyiahkannya Konvensi ini antara lain bahwa tindak pidana korupsi tidak lagi merupakan masalah lokal, akan tetapi fenomena transnasional yang mempengaruhi seluruh masyarakat dan perekonomian sehingga penting adanya kerja sama internasional untuk pencegahan dan pemberantasannya termasuk pemulihan atau pengembalian aset-aset hasil tindak pidana korupsi.
- (2) *UU No. 22 tahun 2007 Tentang Penyelenggara Pemilihan Umum.*¹²⁹
Dengan UU ini, Komisi Pemilihan Umum (KPU) dan Badan Pengawas Pemilu (Bawaslu) sebagai penyelenggara Pemilu memiliki kekuatan hukum lebih kuat untuk melaksanakan fungsi, kewenangan dan tanggungjawabnya. Salah satu yang penting dari UU ini adalah kedudukan KPU sebagai lembaga yang bersifat nasional, tetap dan mandiri.
- (3) *UU No. 2 Tahun 2008 Tentang Partai Politik.*¹³⁰
UU ini secara umum tidak berbeda jauh dengan UU No. 31 Tahun 2003, yaitu makin memperkuat kemerdekaan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat. Ketentuan yang baru yang cukup mendasar

¹²⁸ LN Tahun 2006 No. 32, TLN No. 4620.

¹²⁹ LN Tahun 2007 No. 59, TLN No. 4721.

¹³⁰ LN Tahun 2008 No. 2, TLN No. 4801.

dalam UU ini adalah keharusan Parpol memasukkan 30% keterwakilan Perempuan dalam kepengurusan Partai tingkat pengurus pusat.

- (4) *UU No. 10 Tahun 2008 Tentang Pemilihan Umum Anggota Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Dan Dewan Perwakilan Rakyat Daerah.*¹³¹
Sebagaimana UU Parpol No. 2 Tahun 2008, UU ini juga secara umum tidak berbeda jauh dibanding UU Pemilu No. 12 tahun 2003. Perubahan yang mencolok adalah diperbolehkannya calon Dewan Perwakilan Daerah (DPD) dari unsur Partai Politik, pemberian suara yang semakin mendorong peningkatan rasionalitas pemilih dalam menentukan pilihannya, keharusan Parpol mengajukan keterwakilan 30% perempuan calon legislatif di semua tingkat (DPR dan DPRD), termasuk memasukkan 1 (satu) nama calon dalam setiap 3 (tiga) nama calon di setiap daerah Pemilihan.
- (5) *UU No. 12 Tahun 2008 Tentang Pemerintahan Daerah.*¹³²
UU ini merupakan Perubahan terhadap UU No. 32 Tahun 2004 Tentang Pemerintahan Daerah. Perubahan penting dalam UU ini adalah diperbolehkannya calon perseorangan sebagai calon Kepala Daerah dan Wakil Kepala Daerah disamping calon yang diusung oleh Parpol atau gabungan Parpol.
- (6) *UU No. 37 Tahun 2008 Tentang Ombudsman Republik Indonesia.*¹³³
Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain, bahwa pelayanan kepada masyarakat dan penegakan hukum yang dilakukan dalam rangka penyelenggaraan

¹³¹ LN Tahun 2008 No. 51, TLN No. 4836.

¹³² LN Tahun 2008 No. 59, TLN No. 4844.

¹³³ LN Tahun 2008 No. 139, TLN No. 4899.

negara dan pemerintahan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari upaya untuk menciptakan pemerintahan yang baik, bersih, dan efisien guna meningkatkan kesejahteraan serta menciptakan keadilan dan kepastian hukum bagi seluruh warga negara sebagaimana dimaksud dalam UUD RI Tahun 1945.

(b) Produk Hukum HAM

1. Undang-Undang

- (1) *UU No. 11 Tahun 2005 Tentang Pengesahan Kovenan Internasional Hak-Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.*¹³⁴
- (2) *UU No. 12 Tahun 2005 Tentang Pengesahan Kovenan Internasional Tentang Hak Sipil dan Hak Politik.*¹³⁵
Pertimbangan disyiahkannya kedua konvenan tersebut merupakan kesadaran baru pemerintah akan arti penting kedua kovenan bagi penghormatan dan perlindungan HAM, sekaligus kesadaran bahwa bangsa Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional.
- (3) *UU No. 12 Tahun 2006 Tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.*¹³⁶
Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain untuk lebih menjamin potensi, harkat, dan martabat setiap orang sesuai dengan HAM karena UU No. 3 Tahun 1976 bersifat diskriminatif, kurang menjamin pemenuhan HAM dan persamaan antarwarga negara, serta kurang memberikan perlindungan terhadap perempuan dan anak.

¹³⁴ LN Tahun 2005 No. 118, TLN No. 4557.

¹³⁵ LN Tahun 2005 No. 119, TLN No. 4558.

¹³⁶ LN Tahun 2006 No. 63, TLN No. 4634.

- (4) *UU No. 13 Tahun 2006 Tentang Perlindungan Saksi dan Korban.*¹³⁷

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini antara lain untuk menjamin saksi dan atau korban dapat memberikan keterangan bebas dari ancaman, baik fisik maupun psikis dari pihak tertentu.

- (5) *UU No. 21 Tahun 2007 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang.*¹³⁸

Pertimbangan dikeluarkannya undang-undang ini antara lain: *Pertama*, bahwa perdagangan orang, khususnya perempuan dan anak, merupakan tindakan yang bertentangan dengan harkat dan martabat manusia dan melanggar HAM, sehingga harus diberantas. *Kedua*, bahwa perdagangan orang telah meluas dalam bentuk jaringan kejahatan yang terorganisasi dan tidak terorganisasi, baik bersifat antarnegara maupun dalam negeri, sehingga menjadi ancaman terhadap masyarakat, bangsa, dan negara, serta terhadap norma-norma kehidupan yang dilandasi penghormatan terhadap HAM;

- (6) *UU No. 14 Tahun 2008 Tentang Keterbukaan Informasi Publik.*¹³⁹

Pertimbangan keluarnya UU ini antara lain: *Pertama*, bahwa informasi merupakan kebutuhan pokok setiap orang bagi pengembangan pribadi dan lingkungan sosialnya serta merupakan bagian penting bagi ketahanan nasional. *Kedua*, bahwa hak memperoleh informasi merupakan HAM dan keterbukaan informasi publik merupakan salah satu ciri penting negara

demokratis yang menjunjung tinggi kedaulatan rakyat untuk mewujudkan penyelenggaraan negara yang baik.

- (7) *UU No. 40 Tahun 2008 Tentang Penghapusan Diskriminasi Ras dan Etnis.*¹⁴⁰

Pertimbangan dikeluarkannya UU ini mengakhiri segala bentuk diskriminasi ras dan etnis karena bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila, UUD RI Tahun 1945, dan Deklarasi Universal HAM.

2. Peraturan Pemerintah (PP)

- (1) *Peraturan Pemerintah No. 6 Tahun 2006 Tentang Penyelenggaraan dan Kerjasama Pemulihan Korban Kekerasan Dalam Rumah Tangga.*¹⁴¹

PP ini dikeluarkan untuk melaksanakan ketentuan Pasal 43 UU No. 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga. Pemulihan korban yang dimaksud PP ini adalah segala upaya untuk penguatan korban kekerasan dalam rumah tangga agar lebih berdaya, baik secara fisik maupun psikis.

- (2) *Peraturan Pemerintah No. 2 Tahun 2007 Tentang Tata Cara Memperoleh, Kehilangan, Pembatalan, dan Memperoleh kembali Kewarganegaraan Republik Indonesia.*¹⁴²

Peraturan Pemerintah ini dikeluarkan sebagai pelaksanaan dari ketentuan Pasal 22, Pasal 30, dan Pasal 35 UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan Republik Indonesia.

¹³⁷ LN Tahun 2006 No. 64, TLN No. 4635.

¹³⁸ LN Tahun 2007 No. 58, TLN No. 4720.

¹³⁹ LN Tahun 2008 No. 61, TLN No. 4846.

¹⁴⁰ LN Tahun 2008 No. 170, TLN No. 4919.

¹⁴¹ LN Tahun 2006 No. 15, TLN No. 4604.

¹⁴² LN Tahun 2007 No. 2, TLN No. 4676

- (3) *Peraturan Pemerintah No. 44 Tahun 2008 Tentang Pemberian Kompensasi, Restitusi, dan Bantuan Kepada Saksi dan Korban.*¹⁴³
Pertimbangan dikeluarkannya PP ini adalah untuk melaksanakan ketentuan Pasal 7 ayat (3) dan Pasal 34 ayat (3) UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan Korban.

3. Keppres dan Perpres

- (1) *Keppres No. 111 Tahun 2004 Tentang Tim Pencari Fakta Kasus Meninggalnya Munir.*
- (2) *Kerpres No. 65 Tahun 2005 Tentang Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan.*
Pembentukan Komisi ini ditujukan untuk (a) mengembangkan kondisi yang kondusif bagi penghapusan segala bentuk kekerasan terhadap perempuan dan HAM perempuan di Indonesia; dan (b) meningkatkan upaya pencegahan dan penanggulangan segala bentuk kekerasan terhadap perempuan dan perlindungan HAM perempuan.
- (3) *Keppres No. 6 Tahun 2005 Tentang Perpanjangan Masa Tugas Tim Pencari Fakta Kasus Meninggalnya Munir.*
- (4) *Keppres No. 22 Tahun 2005 Tentang Pemberian Amnesti Umum dan Abolisi Kepada Setiap Orang yang Terlibat Dalam Gerakan Aceh Merdeka.*

¹⁴³ LN Tahun 2008 No. 84, TLN No. 4860.

(c) Institusi Perlindungan HAM

1. Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK)

Setelah keluarnya UU No. 13 Tahun 2006¹⁴⁴ Tentang Perlindungan Saksi dan Korban, pemerintah dan DPR baru membentuk lembaga perlindungan saksi dan korban pada tahun 2008, dua tahun setelah UU diberlakukan dengan mengesahkan 7 (tujuh) anggota LPSK pada 15 Juli 2008. Dengan adanya LPSK diharapkan mekanisme perlindungan saksi dan korban sudah bisa dilakukan sebagaimana diatur dalam UU No. 13 Tahun 2006.

2. Ombudsman Republik Indonesia

Sejak disahkannya RUU Ombudsman RI pada tanggal 9 September 2008, lembaga Komisi Ombudsman Nasional berubah menjadi Ombudsman Republik Indonesia (ORI). Visi misi, tugas dan kewenangan Ombudsman, sebagaimana umumnya Ombudsman di negara-negara lain pada dasarnya melaksanakan dan memastikan dihormati, dipenuhi dan dilindunginya hak asasi manusia, khususnya warganegara untuk mendapatkan pelayanan umum yang baik dan bermutu dari penyelenggara negara. Pelayanan publik yang baik adalah salah satu HAM yang masuk dalam lingkup hak-hak sipil.

(d) Analisis

Pemilihan Umum (Pemilu) tahun 2004 telah menghasilkan konfigurasi politik baru yang relatif berbeda dibanding hasil Pemilu 1999. Komposisi kursi di DPR kembali menempatkan Golkar sebagai pemenang Pemilu dengan 128 kursi; diikuti PDI-P 109 kursi; PPP 58 kursi; Partai

¹⁴⁴ LN Tahun 2006 No. 64, TLN No. 4635.

Demokrat 55 kursi; PAN 53 kursi; dan PKB 52 kursi. Pemilu 2004 juga telah mengantarkan SBY dan Jusuf Kalla sebagai Presiden dan Wakil Presiden dengan perolehan suara 69.226.350 atau 60,62% dari suara syah nasional melalui pemilihan umum langsung yang pertama di Indonesia.

Jika melihat sistem Pemilu yang semakin baik, komposisi kursi di DPR yang berimbang, menguatnya peran Pers, LSM, dan kalangan intelektual, serta membaiknya perimbangan kekuasaan antara eksekutif, legislatif dan yudikatif tidak bisa dibantah bahwa konfigurasi politik paska Pemilu 2004 adalah konfigurasi politik demokratis.

Dalam konfigurasi itu, pemerintah dan DPR telah mengeluarkan 13 (tiga belas) UU, 3 (tiga) PP, 1 (satu) Perpres, 3 (tiga) Keppres, dan 2 (dua) institusi yang secara khusus lebih banyak berkomitmen pada penghormatan, perlindungan dan penegakan HAM. Diantara peraturan perundang-undangan yang dibuat di era SBY, kebanyakan masih menguatkan penghormatan dan perlindungan hak sipil dan hak politik, meneruskan kebijakan hukum tiga Presiden sebelumnya.

Secara teoritik, kebijakan hukum pemerintahan SBY telah mencerminkan konfigurasi politik demokratis, karena peraturan perundang-undangan telah dibuat dalam mekanisme demokratis; terbuka, egaliter dan kompetitif. Memenuhi sebagian dari teori keadilan transisional, karena mengoreksi kesalahan negara di masa lalu, dan diorientasikan pada kepentingan negara hukum dan demokrasi masa depan. Sayangnya substansi lain dari keadilan transisional, yaitu keberanian politik memutuskan rantai impunitas atas dasar suatu keadilan yang kontekstual yang didambakan rakyat, yaitu keadilan bagi si korban dan hukuman bagi si pelaku tidak berjalan sama sekali.

Tekad politik untuk mewujudkan keadilan transisional (*transitional justice*) inilah yang praktisnya macet. Yang terlihat cuma tindakan-tindakan setengah hati, retorik, dan berlindung di belakang tameng ketidakjelasan hukum positif yang berlaku. Hukum berubah menjadi tempat beralih, bukan

jalan menuju keadilan.¹⁴⁵ Keengganan untuk menyelesaikan kasus terlihat mulai dari sikap Kejaksaan Agung yang enggan melanjutkan hasil-hasil penyelidikan Komnas HAM ke tingkat penyidikan dengan alasan tidak ada rekomendasi dari DPR atau berkas yang tidak lengkap, sebagaimana dalam kasus TSS dan Orang Hilang.¹⁴⁶

Di era SBY tidak ada kasus baru yang diajukan ke Pengadilan HAM setelah kasus pelanggaran HAM yang berat

¹⁴⁵ Seperti diketahui, pemerintahan B.J. Habibie, Gus Dur, dan Megawati telah melakukan kebijakan-kebijakan yang dikategorikan sebagai kebijakan negara transisional, yaitu membentuk komite-komite penyelidikan pelanggaran HAM (KKP HAM), antara lain, KPP-HAM Timor Timur, Tim Gabungan Pencari Fakta Kerusuhan Mei 1998, Komite Penyelidikan Tindak Kekerasan Aceh, KPP-HAM Tanjungpriok, KPP-HAM Irian Jaya/Papua, dan seterusnya. Penyelidikan kasus-kasus tersebut, di antaranya, telah pula digelar pengadilannya, yaitu Timor-Timor paska jajak-pendapat, Tanjungpriok, dan Abepura. Selain itu telah digelar pula peradilan di luar pengadilan HAM, yakni melalui pengadilan pidana koneksitas dan Mahkamah Militer. Kasus Teungku Bantaqiah dan kasus 27 Juli 1996 diselesaikan melalui pengadilan (pidana) koneksitas, sedangkan kasus Theys Eluay dan Kasus Trisakti diselesaikan melalui Mahkamah Militer. Sekalipun hasilnya mengecewakan, tetapi setidaknya sudah ada langkah-langkah hukum dan politik yang dilakukan.

¹⁴⁶ "Kejaksaan Tidak Proses Penculikan," *Tempo Interaktif*, 6 Desember 2006. Jaksa Agung Muda Tindak Pidana Khusus Hendarman Supandji menjelaskan "Kejaksaan Agung tidak akan memproses hasil penyelidikan KPP HAM Orang Hilang sebab, sampai saat ini belum ada usul DPR ataupun Keppres mengenai pembentukan pengadilan HAM ad hoc terhadap pelanggaran HAM berat peristiwa penghilangan orang secara paksa itu." Atas dasar itu pula Kejaksaan Agung tidak akan mengunjungi tempat-tempat penahanan dan menghadirkan ahli seperti yang diminta KPP-HAM.

di Timor Timur, Tanjung Priok dan Abepura. Hasil-hasil penyelidikan Komnas HAM atau Komite penyelidikan lainnya yang belum juga diproses ke tahap penyidikan adalah hasil penyelidikan Komisi Independen untuk kasus pelanggaran HAM di Aceh,¹⁴⁷ kasus Bumi Flora¹⁴⁸, kasus aktivis RATA, kasus Pembantaian Idi Cut, Kasus Simpang KKA, dan kasus pembunuhan Jafar Sidik, kasus Penghilangan Orang Secara Paksa periode 1997-1998, serta sejumlah hasil penyelidikan Komnas HAM atas kasus-kasus pelanggaran HAM yang berat.¹⁴⁹ Semuanya terkatung-katung ditangan Kejaksaan Agung.

Setelah pengadilan HAM membebaskan semua terdakwa kasus Timor Timur, pada 2006 pengadilan kembali membebaskan para terdakwa kejahatan HAM kasus Tanjung Priok, yaitu Sriyanto¹⁵⁰ tahun 2005, Pranowo¹⁵¹ dan Sutrisno Mascung dkk¹⁵² tahun 2006. Keputusan MA ini pun menyisakan soal bagi para korban, yang diputuskan oleh pengadilan tingkat pertama mendapatkan kompensasi, karena dalam putusan yang membebaskan para terdakwa tersebut

¹⁴⁷ Komisi Independen Pengusutan Tindak Kekerasan di Aceh dengan Keppres No. 88 Tahun 1999.

¹⁴⁸ Kasus ini adalah pembunuhan Massal terhadap warga laki-laki Afdeling IV PT. Bumi Flora, Komnas HAM membentuk KPP-HAM (Tim Ad Hoc) kasus Bumi Flora Aceh dengan Keputusan Ketua Komnas HAM No. 054/Komnas HAM/V/2002 tanggal 8 Mei 2002.

¹⁴⁹ Empat kasus lainnya yang telah diselesaikan penyalidikannya oleh Komnas HAM adalah peristiwa Kerusuhan Mei 1998, peristiwa Trisakti 1998, Semanggi 1988, Semanggi 1999, peristiwa Wasior 2002 dan Peristiwa Wamena 2003, dan yang terakhir adalah peristiwa penghilangan orang secara paksa tahun 1997-1998.

¹⁵⁰ Putusan MA tanggal 29 September 2005.

¹⁵¹ Putusan MA tanggal 13 Januari 2006.

¹⁵² Putusan MA tanggal 28 Februari 2006.

tidak disinggung sama sekali oleh MA.¹⁵³ Akibatnya, disamping kegagalan pengadilan dalam menghukum para pelaku, pengadilan juga gagal memberikan hak-hak reparasi kepada korban.

Putusan MK yang membatalkan keseluruhan isi UU No. 27 Tahun 2004 melebihi permohonan pemohon menjadi pelengkap pengingkaran negara atas pelanggaran HAM di masa Orde Baru yang diawali dengan berlalu-larutnya pembentukan anggota KKR dengan alasan Presiden masih harus mempelajari nama-nama calon anggota, menyiapkan peraturan pelaksanaan UU KKR, sedang menimbang-nimbang dan mencari waktu yang tepat untuk membentuk KKR.¹⁵⁴

Tugas Presiden memilih 21 calon anggota KKR hasil kerja panitia seleksi tidak pernah dilaksanakan, dengan alasan Presiden masih membutuhkan waktu untuk mengenal calon-calon anggota KKR.¹⁵⁵ Taktik penundaan demikian itu akhirnya berhasil setelah 7 Desember 2006 MK membatalkan seluruh isi UU KKR dan dinyatakan tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat karena bertentangan dengan UUD 1945 dan hukum internasional.¹⁵⁶

Keputusan MK ini direspon oleh pemerintah melalui Mensesneg Yusril Ihza Mahendra yang menyatakan bahwa proses seleksi anggota KKR dinyatakan batal. Tidak ada

¹⁵³ Lihat Putusan tingkat pertama terhadap terdakwa RA Butar-butar dan Terdakwa Sutrisno Mascung dkk, selain menghukum para terdakwa majelis hakim juga memerintahkan kompensasi kepada para korban.

¹⁵⁴ Pernyataan Mensesneg Yusril Ihza Mahendra, *Kompas*, 23 Februari 2006.

¹⁵⁵ Pernyataan ini juga kembali dikemukakan oleh Mensesneg Yusril Ihza Mahendra, *Kompas*, 27 September 2006.

¹⁵⁶ Lihat putusan Mahkamah Konstitusi atas Perkara No. 006/PUU-IV/2006 Tanggal 7 Desember 2006.

proses yang dilanjutkan untuk pembentukan KKR, meskipun Yusril sendiri menyatakan bahwa putusan MK yang membatalkan UU KKR dapat diperdebatkan secara akademis.¹⁵⁷ Pernyataan pemerintah ini selanjutnya mengubur konsensus nasional tentang penyelesaian pelanggaran HAM di masa Orde Baru.

Komitmen Penegakan hukum HAM di era SBY sangat rendah, jauh dibawah tiga presiden sebelumnya (B.J. Habibie, Gus Dur, dan Megawati). Pemerintah juga masih 'berhutang' ratifikasi karena hingga akhir tahun 2008 Pemerintah belum juga meratifikasi berbagai instrumen HAM internasional penting lainnya, seperti Statuta Roma tentang Pengadilan Pidana International (seharusnya diratifikasi pada 2008), Konvensi Perlindungan Hak-Hak Pekerja Migran dan Anggota Keluarganya (seharusnya diratifikasi pada 2005), Konvensi Pencegahan dan Penghukuman Kejahatan Genosida (seharusnya diratifikasi tahun 2007), Protokol Opsional Konvensi Anti Penyiksaan (seharusnya diratifikasi pada 2008), dan Protokol Opsional CEDAW (seharusnya diratifikasi pada 2005) padahal telah menjadi agenda Rencana Aksi Nasional (RAN) HAM 2004-2009.

Prolegnas tahun 2007 menetapkan 78 RUU yang diprioritaskan pembahasannya. 48 RUU diantaranya merupakan prioritas tahun 2005 dan tahun 2006. Tetapi paket RUU Politik dan pemekaran daerah masih menjadi *primadona* (*high super priority*) pembahasan bagi DPR dan Pemerintah.

Pada tahun 2007, setidaknya ada enam RUU bidang politik yang diprioritaskan, yaitu RUU partai politik, pemilu anggota legislatif, susunan dan kedudukan anggota lembaga legislatif, pemilu presiden-wakil presiden, pemilihan kepala daerah, serta pemerintahan daerah (termasuk perubahan

mengenai pemerintahan desa)¹⁵⁸. Seluruh fraksi di DPR sepakat bahwa paket UU bidang politik diupayakan selesai tahun 2007 dengan alasan kebutuhan waktu yang memadai untuk mempersiapkan penyelenggaraan Pemilu 2009.¹⁵⁹ Namun dalam implementasinya, DPR hanya berhasil menyelesaikan 45 RUU menjadi UU, yang sebagian besar merupakan RUU pemekaran wilayah, RUU ratifikasi perjanjian internasional, dan RUU tentang penetapan Perpu menjadi undang-undang, dimana terhadap RUU-RUU tersebut tidak memerlukan proses pembahasan yang terlalu rumit¹⁶⁰. Yang tidak kelihatan dari RUU yang disahkan DPR menjadi UU adalah RUU-RUU yang berkaitan dengan prospek penegakan hukum dan perlindungan HAM, seperti RUU KUHP, RUU KUHPA, dan RUU tentang penghapusan diskriminasi ras dan etnis.

Di luar apa yang telah dikemukakan di atas, agenda penegakan hukum HAM untuk menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu tidak bergerak di era SBY. Pemerintahan SBY sama sekali tidak menyentuh HAM yang memang peka itu. Nyaris tidak pernah terdengar komitmen dan agenda untuk menangani berbagai pelanggaran HAM kasus Talang Sari Lampung, kasus TSS, Penculikan aktivis, kasus Aceh, Papua dan seterusnya.

¹⁵⁷ Kompas, "Seleksi KKR dibatalkan", 19 Desember 2006.

¹⁵⁸ Badan Legislasi Bersama Pemerintah Sepakati Prolegnas RUU Prioritas tahun 2007 Segera Dibahas, www.dpr.go.id, 13 Oktober 2006.

¹⁵⁹ Paket RUU Politik tersebut tidak selesai pada tahun 2007, sehingga pengesahannya dilakukan pada awal tahun 2008.

¹⁶⁰ Hattrick Untuk Kinerja Legislasi Yang Buruk! Saatnya Merombak Total Aturan Main DPR, *Pernyataan Pers PSHK* (Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia) tentang Catatan Akhir Tahun 2007 Mengenai Kinerja Legislasi DPR RI, 26 Desember 2007.

Kelemahan mendasar dari Pemerintahan SBY adalah tidak adanya agenda dan program yang jelas tentang HAM;¹⁶¹ termasuk tentang pelaksanaan RAN HAM. Di samping itu, agenda HAM di berbagai level terlalu dipercayakan pada birokrasi yang sama sekali tidak memiliki budaya HAM; bahkan berpandangan negatif terhadap HAM.¹⁶² Bagaimana mungkin melahirkan kebijakan HAM yang aplikatif jika kebijakan tersebut menjadi kewenangan penuh birokrasi yang tidak memiliki pemahaman dan komitmen terhadap HAM.

Pada era pemerintahan SBY, justru ditandai dengan lahirnya sejumlah aturan yang mengancam hak ekonomi, sosial dan budaya, seperti antara lain yang paling kontroversial adalah Perpres No. 36 Tahun 2005, yang mengganti Keppres No. 55 Tahun 1993 tentang Pengadaan Tanah Bagi Pelaksanaan Pembangunan untuk Kepentingan Umum.

Ahli Hukum pertanahan, Maria Sumardjono menilai bahwa pengaturan pencabutan hak atas tanah melalui Perpres 36 Tahun 2005 tidak memenuhi kaidah hukum, karena materi muatannya menyangkut HAM yang diatur melalui UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM. Padahal UU HAM Pasal 36 ayat 1 mengatur tegas bahwa setiap orang berhak mempunyai milik, baik sendiri maupun bersama sama dengan orang lain demi pengembangan dirinya, keluarga, bangsa, dan masyarakat dengan cara yang tidak melanggar hukum. Ayat 2 menyebutkan bahwa tidak seorang pun boleh dirampas miliknya dengan sewenang-wenang dan secara melawan hukum.¹⁶³

¹⁶¹ Selama 100 hari program kerjanya, pemerintahan SBY tidak memiliki strategi dan visi menuntaskan kasus-kasus pelanggaran HAM, dan membangun perbaikan keadaan HAM ke depan.

¹⁶² Dalam banyak kesempatan berdiskusi dengan aparatur birokrasi mengenai HAM, masih dominan pandangan yang menyatakan HAM adalah produk Barat, tidak sejalan dengan budaya Indonesia, dan seterusnya.

¹⁶³ *Media Indonesia*, 26 Mei 2005.

Senada dengan itu, Abdul Hakim Garuda Nusantara menilai isi Perpres No. 36 Tahun 2005 bersifat diskriminatif karena tidak mencerminkan kepentingan seluruh lapisan masyarakat. "Sangat disesalkan, Presiden yang dipilih langsung oleh rakyat tidak peka terhadap hal-hal seperti ini. Ia malah mengeluarkan aturan yang substansinya lebih buruk dibandingkan peraturan sebelumnya. Karena itu Komnas HAM berpendapat Perpres ini harus dicabut," kata Abdul Hakim.¹⁶⁴

Dari penjelasan-penjelasan di atas, dapat disimpulkan bahwa sekalipun produk-produk hukum era pemerintahan SBY lahir dalam konfigurasi politik demokratis, tetapi sepenuhnya bersifat hukum komplementer bagi semangat reformasi dan demokrasi yang berspirit perlindungan HAM, dan bukan produk-produk hukum yang secara spesifik dan kuat diproyeksikan sebagai bagian dari kebijakan politik hukum transisional bagi penguatan perlindungan, penghormatan dan pemenuhan HAM. Politik hukum era ini adalah politik hukum untuk stabilisasi politik, bukan politik hukum untuk supremasi hukum.

UU KKR yang semestinya disegerakan untuk dilaksanakan guna mengisi "ruang kosong" penanganan pelanggaran HAM masa lalu akibat kegagalan pengadilan HAM justru diberangus melalui putusan MK; termasuk kelemahan mekanisme UU No. 26 Tahun 2000 yang dijadikan sandaran bagi Kejaksaan untuk menghindari dari tanggungjawab melakukan penyidikan.

Produk hukum berupa *Memory of Understanding* (MOU) antara Pemerintahan SBY dengan Pemerintahan Timor Leste yang melahirkan KKP melengkapi bukti bahwa Pemerintahan SBY memang tidak memiliki agenda untuk menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu melalui mekanisme pengadilan dan KKR, sehingga logis apabila pemerintahan SBY tidak punya komitmen untuk merevisi UU No. 26 Tahun 2000

¹⁶⁴ http://www.kompas.com/kirim_berita/print.cfm...

dan KKR. Karena itu dapat ditegaskan bahwa pemerintahan era SBY tidak bisa menjadi bagian dari mekanisme kekuasaan transisional untuk menegakkan keadilan transisional karena tidak mampu memperbaiki apalagi memproduksi peraturan perundang-undangan yang dapat digunakan untuk menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu, termasuk di dalamnya memperbaiki kinerja institusi-institusi penegakan hukum.

C. Produk Hukum HAM Penyelesaian Pelanggaran HAM Masa Lalu

a. UU No. 26 Tahun 2000

(a) Latar Belakang Terbentuknya UU

Lahirnya UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM dilatar belakangi oleh kenyataan politik nasional dan internasional yang terjadi sebelum dan setelah Orde Baru tumbang tahun 1998. Kenyataan politik nasional selama Orde Baru adalah banyaknya pelanggaran HAM, antara lain yang terjadi di Tanjung Priok, Talang Sari Lampung, Aceh, Papua dan Timor Timur. Sementara kenyataan politik nasional setelah Orde Baru berakhir adalah desakan kekuatan pro demokrasi untuk mengadili Soeharto guna meminta pertanggungjawaban hukum terhadap semua kasus pelanggaran hukum yang ia lakukan, termasuk di dalamnya kejahatan kemanusiaan, sekalipun setelah Mei 1998 pelanggaran HAM masih berlanjut dalam bentuknya yang berbeda.¹⁶⁵

¹⁶⁵ Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM) menyebutkan data pada triwulan pertama 1998 telah terjadi 1.629 pelanggaran HAM yang fundamental yang tergolong ke dalam hak-hak yang tak dapat dikurangi di 12 propinsi yang

Kasus Timor Timur menjadi pemicu perhatian dunia internasional, khususnya Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB), terutama setelah Komisi Penyidik Pelanggaran (KPP) HAM untuk Timor Timur memberi laporan bahwa di bekas Provinsi Indonesia yang ke-27 itu telah terjadi Pelanggaran HAM yang berat (pembunuhan massal, penyiksaan dan penganiayaan, penghilangan paksa, kekerasan berbasis gender, pemindahan penduduk secara paksa dan pembumihangusan) sebelum selama dan setelah Jajak Pendapat. Atas dasar itu, Dewan Keamanan PBB (DK PBB) mengeluarkan Resolusi No. 1264 Tahun 1999 yang mengecam Pelanggaran HAM berat di Timor Timur, dan meminta para pelakunya mempertanggungjawabkan tindakannya di muka pengadilan¹⁶⁶.

menjadi sumber data. Hak-hak tersebut adalah hak atas hidup, hak bebas dari penyiksaan, hak bebas dari penangkapan sewenang-wenang, hak bebas dari pemusnahan seketika, dan hak bebas dari penghilangan paksa. Baca Ignatius Haryanto, *Kejahatan Negara*, ELSAM, 1999, hlm.31.

¹⁶⁶ Pasal 25 Piagam PBB jo. Pasal 2(6) jo. Pasal 49 menyatakan semua negara di dunia terikat secara hukum internasional untuk mengikuti keputusan-keputusan yang ditetapkan oleh DK PBB. Jika tidak ditaati, maka DK PBB berhak menjatuhkan sanksi kepada negara tersebut, berupa sanksi ekonomi (pasal 41), dan apabila dipandang perlu melakukan sanksi militer (pasal 42). Pada bagian lain dari resolusi itu disebutkan: "*Deeply concerned by deterioration in the security situation in East Timor, and in particular by continuing violence against and large scale displacement and relocation of East Timorese civilians*"; "*Expressing its concern at reports indicating that systematic, widespread and flagrant violation of international humanitarian and human rights law have been committed in East Timor, and stressing that person committing such violation bear individual responsibility*"; "*Determining that present situation in East Timor constitutes a threat to peace and security.*" "*Condemned all acts of violation in East Timor, calls for their immediate end and demands that those responsible for such acts be brought to justice.*"

Konsekuensi dari Resolusi PBB itu sangat serius; tidak hanya kemungkinan dijatuhkannya sanksi-sanksi politik dan ekonomi kepada Indonesia, tetapi juga memungkinkan PBB menggelar pengadilan HAM internasional, jika saja Indonesia mengabaikan resolusi PBB itu.¹⁶⁷

Perkembangan di dunia internasional tersebut mempengaruhi proses pembentukan UU Pengadilan HAM. Yusril Ihza Mahendra, Menteri Kehakiman dan HAM saat UU ini disusun, antara lain mengatakan "kita terus menerus didesak oleh komunitas internasional yang ingin membentuk internasional tribunal untuk kasus Timtim dan lain-lain. Ancaman dan tekanan Dewan Keamanan PBB melalui Resolusi itu harus kita respon dengan sungguh-sungguh dengan memperlihatkan kemajuan langkah-langkah yang diambil."¹⁶⁸

Desakan-desakan itu diakui atau tidak, memberi tekanan politik yang besar bagi hadirnya pengadilan yang memproses secara hukum pelanggaran HAM. Marzuki Darusman mengakui¹⁶⁹ bahwa tekanan internasional merupakan faktor yang cukup kuat waktu itu, sebagai

¹⁶⁷ Dalam hukum internasional, sudah diterima secara luas bahwa negara berkewajiban untuk menuntut dan menghukum pelaku pelanggaran HAM (Konvensi Genosida 1948, Konvensi Anti Penyiksaan). Proses kriminalisasi terhadap pelaku pelanggaran HAM diyakini dapat mencegah atau mengurangi terjadinya pelanggaran HAM. Sebaliknya kekebalan dari pertanggungjawaban sama dengan membiarkan tokoh-tokoh penjahat kemanusiaan bebas bergerak. Hal ini pada akhirnya dapat menggrogoti hati nurani masyarakat dan membenarkan bahwa kejahatan yang dilakukan oleh negara tidak tersentuh oleh hukum.

¹⁶⁸ Baca pandangan Pemerintah (Menteri Kehakiman dan HAM) dalam Risalah Resmi Rapat Panitia Khusus Proses Pembahasan RUU Tentang Pengadilan HAM, Masa Persidangan I, 12 September 1999.

¹⁶⁹ Wawancara tanggal 22 September 2007.

stimulus bagi pemerintah untuk segera menangani kasus ini sebelum PBB membentuk pengadilan internasional. Pemerintah akhirnya tidak mempunyai pilihan, selain mengandalkan pengadilan nasional jika tidak ingin kehilangan muka atau diadili secara internasional. Politik hukum saat itu memang menggambarkan tekanan kuat dari masyarakat bahwa pengakuan dan penghormatan HAM tidak bisa ditawar-tawar lagi.¹⁷⁰

Menyadari konsekuensi hukum dan politik tersebut, dan untuk melindungi kepentingan nasional yang lebih besar, Pemerintahan B.J. Habibie akhirnya setuju membentuk Pengadilan HAM dengan mengeluarkan Perpu No. 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM yang kemudian diganti dengan UU No. 26 Tahun 2000 tanggal 23 November 2000 tentang Pengadilan HAM karena Perpu ditolak oleh DPR dalam Sidang Paripurna tanggal 13 Maret 2000 sebab dianggap tidak memadai sehingga tidak disetujui sebagai UU.¹⁷¹

¹⁷⁰ Romli Atmasasmita, dalam wawancara tanggal 26 September 2007 justru berpendapat sebaliknya. Dia menyatakan bahwa dikeluarkannya Perpu No. 1 tahun 1999 yang kemudian menjadi UU No. 26 Tahun 2000 bukanlah karena tekanan internasional. Menurut Ramli, ketika itu Indonesia memang mendapat tekanan kuat, namun bukan karena tekanan itu disiapkan perangkat untuk mengadili para pejabat Indonesia yang terlibat dalam pelanggaran HAM, namun karena dorongan bahwa sebagai negara berdaulat Indonesia ingin mengatur dirinya sendiri, termasuk penegakan hukum dan membangun hukum sendiri, bahwa pemerintah Indonesia mampu menangani persoalan-persoalan dalam negeri tanpa campur tangan asing.

¹⁷¹ Alasan penolakan DPR yaitu: (a) Secara konstitusional pembentukan perpu tentang pengadilan HAM dengan mendasarkan pada Pasal 22 ayat 1 Undang-undang Dasar 1945 yang berbunyi "dalam hal ihwal kegentingan yang memaksa", yang dijadikan dasar untuk mengkualifikasikan adanya kegentingan yang memaksa dianggap tidak tepat; (b) Subtansi yang diatur

Dengan demikian, pembentukan UU No. 26 Tahun 2000 itu lebih merupakan respon atas realitas politik nasional dan tuntutan dunia internasional, daripada sebagai keputusan politik hukum pemerintah yang sepenuhnya didasarkan kepada kepentingan penegakan prinsip-prinsip supremasi hukum berupa pertanggungjawaban hukum terhadap tindakan pelanggaran hukum nasional, dan hukum internasional.

Penerbitan UU Pengadilan HAM dengan mengadopsi sebagian dari Statuta Roma (*Rome Statute*)¹⁷², secara tidak langsung juga dipakai oleh pemerintah, setidaknya dalam

dalam Perpu tentang Pengadilan HAM masih terdapat kekurangan atau kelemahan antara lain: (i) Kurang mencerminkan rasa keadilan karena ketentuan dalam perpu tersebut tidak berlaku surut (*retroaktif*), sehingga pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan sebelum Perpu ini disahkan menjadi undang-undang tidak tercakup pengaturannya; (ii) Masih terdapat ketentuan yang dinilai menyimpang dari ketentuan yang diatur dalam konvensi tentang pencegahan dan penghukuman kejahatan genosida tahun 1948 dan tidak sesuai dengan asas-asas hukum yang berlaku; (iii) Masih menggunakan standar konvensional, yakni dengan mendasarkan pada KUHP yang hanya membatasi tuntutan pada personal sehingga tidak mampu menjangkau tuntutan secara lembaga; (iv) Masih terdapat substansi yang kontradiktif dan berpotensi untuk berbenturan atau *overlapping* dengan hukum positif. Lihat Keterangan Pemerintah di hadapan rapat paripurna DPR RI Tentang Rancangan Undang-Undang Pengadilan HAM tanggal 5 Juni 2000, hlm. 2.

¹⁷² Statuta Roma disahkan pada 17 Juli 1998, dalam *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court*, (Konferensi Diplomatik Persatuan Bangsa-Bangsa untuk pendirian mahkamah pidana internasional) di Roma, Italia. Statuta Roma, membentuk Mahkamah Pidana Internasional untuk mengadili tindak kejahatan kemanusiaan dan memutus rantai kekebalan hukum (*impunity*). Statuta ini belum bisa diberlakukan sebelum 60 negara meratifikasinya. Sampai Juli 2001, 37 Negara telah

pemikiran Romli Atmasasmita,¹⁷³ untuk menghindari yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional yang dibentuk oleh Statuta Roma¹⁷⁴. Menurut Romli, UU memang merupakan strategi yang sejak awal dirancang agar kasus-kasus pelanggaran HAM di Indonesia tidak serta-merta di bawah ke Mahkamah Pidana Internasional. Dasar pemikirannya adalah, tidak ada kewajiban pengadilan internasional mengadili setiap orang yang melanggar HAM.

Dalam Statuta Roma, Mahkamah Pidana Internasional ini pada prinsipnya bersifat komplementer dengan pengadilan nasional. Jika ada pelanggaran HAM di suatu negara, yang korbannya adalah warga negara bersangkutan, bukan warga negara asing, dan negara bersangkutan mampu mengadili sendiri para pelanggar HAM maka pengadilan nasional diberi kesempatan untuk mengadili. Tetapi kalau pengadilan nasional tidak mampu, atau negara bersangkutan tidak memiliki perangkat hukum dan pengadilan HAM, atau negara bersangkutan menolak mengadili para pelanggar HAM, maka barulah Mahkamah Pidana Internasional yang mengadili.

meratifikasinya dan 139 negara menyatakan persetujuannya. Jumlah ini tidak termasuk Indonesia.

¹⁷³ Wawancara tanggal 20 September 2007.

¹⁷⁴ Indonesia masih belum menjadi Negara-Pihak bagi Statuta Roma maupun bagi Konvensi Genosida (1948), tidak ada kewajiban bagi Indonesia untuk mengadili kejahatan-kejahatan itu secara internasional atau menyerahkan para pelakunya sebagai para penjahat internasional. Sebaliknya, Indonesia tampaknya lebih ingin memperlakukan mereka melalui penyelesaian domestik dan mencegah para pelaku yang melakukan tindak pidana kejahatan tersebut untuk diadili di bawah yurisdiksi internasional. Masih menjadi isu yang terus diperdebatkan apakah Indonesia akan menjadi negara pihak bagi Mahkamah Pidana Internasional, atau sebaliknya tidak akan pernah meratifikasi Statuta Roma. Sejumlah pejabat pemerintah mengatakan tidak akan meratifikasi Statuta Roma, sebagaimana dilakukan oleh negara-negara besar seperti Amerika Serikat.

Menurut Statuta Roma, yurisdiksi Mahkamah Pidana Internasional, berdasarkan prinsip komplementaritas, tidak dapat melakukan penyelidikan atas sesuatu kasus jika kasus tersebut masih dalam proses penyelidikan oleh pihak kejaksaaan suatu negara¹⁷⁵, kecuali negara bersangkutan tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*),¹⁷⁶ dalam arti yang sebenarnya untuk melakukan atau melanjutkan suatu penyelidikan atau pengadilan. Suatu kasus juga tidak bisa ditangani oleh Mahkamah Pidana Internasional jika kasus tersebut selesai diselidiki otoritas suatu negara tertentu, dan sistem yudisial negara tersebut memutuskan untuk tidak meneruskannya ke tingkat pengadilan¹⁷⁷ kecuali keputusan tersebut merupakan hasil dari ketiadaan kemauan (*unwilling*) atau kemampuan (*unable*) dari negara yang bersangkutan untuk menyelenggarakan pengadilan di tingkat nasional.

Prinsip komplementaritas memaksa Mahkamah Pidana Internasional memberi kesempatan sistem hukum nasional suatu negara menyelenggarakan penyelidikan dan pengadilan. Jika ternyata negara tersebut benar-benar tidak mau atau tidak mampu, barulah yurisdiksinya dapat dipraktikkan. Dengan kata lain, Mahkamah Pidana Internasional secara teoretik baru bisa bertindak hanya jika pengadilan di tingkat nasional gagal memenuhi tanggung jawab hukum yang seharusnya dilakukan.

Senada dengan Romli, Menteri Kehakiman (waktu itu) Yusril Ihza Mahendra juga menegaskan menolak keinginan dunia internasional agar kasus Timor Timur dibawa ke mahkamah internasional. Ia memberi alasan bawah hal itu bertentangan dengan Pasal 8 artikel 8 dari Perjanjian PBB.¹⁷⁸

¹⁷⁵ Statuta Roma pasal 17 (1)a.

¹⁷⁶ Statuta Roma pasal 17 (2) dan 17 (3).

¹⁷⁷ Statuta Roma pasal 17 (1)b.

¹⁷⁸ Dalam pasal itu disebutkan, Dewan Keamanan PBB memiliki kewenangan untuk membentuk internasional tribunal dengan syarat: (a) konflik tengah berlangsung di daerah tersebut; (b)

Menurut Yusril konflik di Timor Timur sudah selesai ketika pasukan Indonesia ditarik dari wilayah itu digantikan pasukan multinasional; pemerintah Indonesia masih mampu menciptakan pengadilan yang objektif; dan kasus Timor Timur tidak mengganggu proses perdamaian. Jadi Yusril menolak pengadilan internasional dengan alasan-alasan tersebut.¹⁷⁹

Secara yuridis, pembentukan UU No. 26 Tahun 2000 didasarkan pada UUD 1945, Deklarasi Universal HAM Tahun 1948, TAP MPR-RI No. XVII/MPR/1998 tentang HAM, serta Pasal 104 ayat 1 UU No. 39 Tahun 1999.¹⁸⁰

TAP MPR-RI No. XVII/MPR/1998 tentang HAM menugaskan kepada lembaga-lembaga tinggi negara dan seluruh aparatur pemerintah untuk menghormati, menegakkan, dan menyebarluaskan pemahaman mengenai HAM kepada seluruh masyarakat serta segera meratifikasi berbagai instrumen Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang HAM sepanjang tidak bertentangan dengan Pancasila dan UU 1945.

Pemberian perlindungan terhadap HAM dapat dilakukan melalui pembentukan Komnas HAM dan Pengadilan HAM serta Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi. Untuk melaksanakan amanat TAP MPR-RI No. XVII/MPR/1998 tentang HAM tersebut, telah dibentuk UU No 39 Tahun 1999 tentang HAM sebagai wujud tanggung jawab bangsa Indonesia sebagai anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa.

jika pemerintah tidak sanggup menciptakan pengadilan yang objektif, dan (c) jika masalah itu mengganggu proses perdamaian internasional dan atau regional.

¹⁷⁹ *Tempo Interaktif*, 31 Agustus 2000, "Soal Peradilan HAM, Pemerintah Tetap Pakai Asas Retroaktif".

¹⁸⁰ Pasal 104 ayat 1 UU Nomo 39 Tahun 1999 tentang HAM dan Komnas HAM menyatakan bahwa untuk mengadili pelanggaran HAM yang berat dibentuk pengadilan HAM di lingkungan peradilan umum. Ayat 2 menyatakan pengadilan sebagaimana

UU Pengadilan HAM juga dibuat dengan alasan filosofis bahwa HAM adalah hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langgeng, dan karena itu harus dilindungi, dihormati, dipertahankan, tidak boleh diabaikan, dikurangi, atau dirampas oleh siapapun.¹⁸¹ Perlindungan HAM melalui lembaga hukum juga merupakan upaya memelihara perdamaian dunia dan menjamin pelaksanaan HAM serta memberi perlindungan, kepastian, keadilan, dan perasaan aman kepada perorangan ataupun masyarakat.¹⁸²

Dalam penjelasan UU No. 26 Tahun 2000 disebutkan pula bahwa pembentukan undang-undang tentang Pengadilan HAM didasarkan pada pertimbangan bahwa pelanggaran HAM yang berat merupakan "*extra ordinary crimes*", dan berdampak luas, baik pada tingkat nasional maupun internasional, dan bukan tindak pidana yang diatur di dalam KUHP. Selain itu, pelanggaran HAM juga menimbulkan kerugian materiil maupun immateriil yang mengakibatkan perasaan tidak aman, baik terhadap perseorangan maupun masyarakat, sehingga perlu segera dipulihkan untuk mewujudkan supremasi hukum guna mencapai kedamaian, ketertiban, ketentraman, keadilan, dan kesejahteraan bagi seluruh masyarakat Indonesia.

Arti penting UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM *ad hoc* mempunyai semangat (*spirit*) yang sama, baik yang bersifat umum (*general spirit*) maupun yang bersifat

husus (*specific spirit*). Secara umum menurut Muladi,¹⁸³ keberadaan pengadilan HAM berusaha mengamankan penghormatan terhadap HAM dan kebebasan dasar; sedangkan secara khusus mengandung pelbagai semangat, yaitu: (a) berupaya menciptakan keadilan bagi semuanya (*to achieve justice for all*); (b) mengakhiri praktik '*impunity*', yaitu sikap mengabaikan tanpa memberi hukuman bagi para pelanggar HAM berat tanpa perkecualian; (c) membantu mengakhiri konflik yang terjadi sebagai awal mula kekerasan dan kekejaman.

(b) Respon dan Peran Aktor

1. Pemerintah

UU No. 26 Tahun 2000 adalah inisiatif pemerintah untuk mengganti Perpu No. 1 Tahun 1999¹⁸⁴ yang RUU-nya disampaikan Pemerintah ke DPR melalui Amanat Presiden No. R.08/PU/IV/2000 tanggal 5 April 2000.¹⁸⁵ Selanjutnya, dalam surat No. RU.01/2178/DPR RI/2000 tanggal 5 Juni 2000 perihal penyampaian keterangan pemerintah tentang dasar pertimbangan Pemerintah mengajukan RUU Pengadilan HAM pada intinya menyatakan sebagai berikut:

Pertama, dalam rangka melaksanakan TAP MPR No. XVII/MPR/1998 tentang HAM dan sebagai tindak lanjut

dimaksud ayat dalam ayat 1 dibentuk dengan undang-undang dalam jangka waktu paling lama 4 tahun. Tidak sampai 4 tahun, undang-undang yang khusus mengatur tentang Pengadilan HAM adalah Undang-undang No. 26 Tahun 2000.

¹⁸¹ Baca konsideran UU No. 26 Tahun 2000 bagian (a).

¹⁸² *Ibid.*, bagian (b).

¹⁸³ Baca Muladi, Mekanisme Domestik Untuk Mengadili Pelanggaran Ham Berat Melalui Sistem Pengadilan Atas Dasar UU No. 26 Tahun 2000, *Makalah* (Bahan Bacaan) Kursus HAM Untuk Pengacara Angkatan X Tahun 2005, hlm. 9.

¹⁸⁴ Rapat Paripurna Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia pada tanggal 13 Maret 2000, menyatakan bahwa semua Fraksi menolak menetapkan Perpu No. 1 Tahun 1999 tentang Pengadilan HAM menjadi undang-undang.

¹⁸⁵ Surat pengantar RUU Pengadilan HAM yang ditandatangani oleh Presiden Abdurrahman Wahid, tanggal 5 April 2000.

dari UU No. 39 Tahun 1998 tentang HAM. Pasal 104 ayat (1) UU tersebut menentukan bahwa yang berwenang mengadili pelanggaran HAM yang berat adalah Pengadilan HAM yang berada di lingkungan Peradilan Umum.

Kedua, untuk mengatasi keadaan yang tidak menentu di bidang keamanan dan ketertiban umum, termasuk perekonomian nasional. Keberadaan Pengadilan HAM ini sekaligus diharapkan dapat mengembalikan kepercayaan masyarakat dan dunia internasional terhadap penegakan hukum dan jaminan kepastian hukum mengenai penegakan HAM di Indonesia. Termasuk dalam argumen ini adalah seriusnya ancaman hadirnya pengadilan internasional, sebagaimana banyak diserukan pejabat pemerintah salah satunya Jaksa agung Marzuki Darusman yang mengatakan lebih mudah mengadili para pejabat militer tersebut daripada menolak mengadilinya, mengingat besarnya kemungkinan PBB menggelar pengadilan internasional.¹⁸⁶

Respon dan peran pemerintahan Gus Dur terhadap pentingnya UU Pengadilan HAM secara umum cukup responsif, terbukti RUU Pengadilan HAM yang sebelumnya berupa Perpu merupakan inisiatif pemerintah. Pertimbangan-pertimbangan hukum dan politik pemerintah yang dimuat dalam penjelasan RUU Pengadilan HAM mencerminkan pandangan responsif pemerintahan Gus Dur terhadap konteks hukum, konteks kepentingan politik nasional, internasional dan urgensi UU pengadilan HAM.

Dalam konteks hukum, RUU Pengadilan HAM adalah untuk melaksanakan amanat TAP MPR No. XVII/MPR/1998 tentang HAM dan UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM. Dalam konteks nasional, untuk mengatasi keadaan yang tidak menentu di bidang keamanan dan ketertiban umum, termasuk perekonomian nasional. Keberadaan Pengadilan HAM ini sekaligus diharapkan dapat mengembalikan kepercayaan masyarakat dan dunia internasional terhadap

penegakan hukum dan jaminan kepastian hukum mengenai penegakan HAM di Indonesia.

Menjelang digelarnya pelaksanaan Pengadilan HAM ad hoc untuk kasus Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Timor Timur dalam wilayah hukum Liquica, Dilli, dan Suai, pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah (PP) No. 2 Tahun 1999 tentang "Tata Cara Perlindungan Terhadap Korban dan Saksi dalam Pelanggaran HAM berat",¹⁸⁷ dan Peraturan Pemerintah (PP) No. 3 Tahun 1999 tentang "Kompensasi, Restitusi, dan Rehabilitasi Terhadap Korban Pelanggaran HAM yang Berat".¹⁸⁸ Penerbitan kedua PP ini merupakan pelaksanaan dari Pasal 34 ayat (3) dan Pasal 35 ayat (3) UU No. 26 Tahun 2000.

Tingginya respon dan kuatnya peran pemerintah era Gus Dur terhadap UU No. 26 Tahun 2000 karena empat faktor. *Pertama*, suasana psikologi politik masyarakat sipil sedang berada pada momentum perlawanan yang kuat terhadap pemerintahan Orde Baru. *Kedua*, kejatuhan Soeharto telah membuat pilar penyangga Orde Baru, yaitu militer berada dalam situasi kehilangan keseimbangan, yang tidak memungkinkan memainkan peran aktif sebagaimana biasanya. *Ketiga*, Gus Dur sebagai figur masyarakat sipil yang kuat menjadi variabel pengaruh tersendiri. *Keempat*, elemen-elemen demokratis, seperti Pers, LSM, dan kelas menengah kampus sedang berada di puncak daya kritis yang terus menekan perlunya pengadilan HAM.

¹⁸⁷ Republik Indonesia, Peraturan Pemerintah tentang Tata Cara Perlindungan Terhadap Korban dan Saksi dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat, PP No. 2 Tahun 2002, LN No. 6 Tahun 2002, TLN No. 4171.

¹⁸⁸ Republik Indonesia, Peraturan Pemerintah tentang Kompensasi, Restitusi, dan Rehabilitasi Terhadap Korban Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat, PP No. 3 Tahun 2002, LN No. 7 Tahun 2002, TLN No. 4172.

Keempat faktor tersebut menjadi satu kesatuan kekuatan yang memungkinkan pemerintahan berperan besar bagi lahirnya produk-produk hukum yang kritis dan responsif, termasuk produk hukum yang diperlukan untuk mengadili pelaku-pelaku pelanggaran HAM masa lalu. Pemerintah bahkan dengan tegas menyatakan bahwa RUU (UU) ini memiliki karakteristik hukum yang otonom, responsif, dan represif untuk menjaga tegaknya HAM yang mempunyai sifat universal.¹⁸⁹

Pemerintah juga menegaskan bahwa RUU ini tidak saja merupakan bagian dari pembangunan hukum nasional, tetapi juga jawaban terhadap reformasi hukum guna mengatasi permasalahan yang timbul dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara, terutama guna menjamin penegakan, kepastian hukum dan keadilan terhadap pelanggaran HAM yang berat.¹⁹⁰

2. DPR

Pembahasan RUU Pengadilan HAM di DPR berlangsung kurang dari 7 (tujuh) bulan, jika dihitung mulai dari pengajuan RUU sampai pengesahan.¹⁹¹ Respon dan peran

¹⁸⁹ Baca sambutan pemerintah atas persetujuan RUU Pengadilan HAM dalam rapat paripurna terbuka DPR RI, 6 November 2000.

¹⁹⁰ Baca keterangan Pemerintah di hadapan Rapat Paripurna DPR RI Mengenai RUU Pengadilan HAM, 5 Juni 2000.

¹⁹¹ 5 April 2000 penyampaian amanat Presiden; 17 Mei 2000 Rapat Badan Musyawarah DPR untuk memutuskan pembentukan Pansus RUU Pengadilan HAM; 5 Juni 2000 Pembicaraan tingkat I tentang keterangan pemerintah; 14 Juni 2000 Pembicaraan tingkat II pemandangan umum fraksi-fraksi; 26 Juni 2000 Pembicaraan tingkat II jawaban pemerintah terhadap pemandangan umum fraksi-fraksi; 26 Juni 2000 Pembentukan Pansus; 30 Juni 2000 Pembentukan susunan Pansus; 30 Juni-2

DPR dalam pembuatan UU No. 26 Tahun 2000 tentu saja cukup penting. Tanpa dukungan dan persetujuan DPR tidak mungkin UU ini disahkan. Pandangan dan sikap Fraksi-Fraksi di DPR pada saat pembahasan di tingkat RUU, secara umum memberi dukungan penuh, dan kuat sekali nuansa semangat hukum dan politik agar UU ini segera disahkan. Semua Fraksi di DPR, termasuk TNI Polri mendukung disahkannya UU Pengadilan HAM, dengan beberapa catatan yang sifatnya memberi masukan dan rekomendasi.¹⁹²

Fraksi PKB¹⁹³ menyatakan bahwa UU Pengadilan HAM di Indonesia diupayakan memiliki kredibilitas dan independensi internasional, sehingga fraksi ini merekomendasikan agar UU pengadilan disesuaikan dengan standar hukum internasional, karena persoalan penegakan dan penghormatan HAM telah menjadi persoalan global, termasuk di dalamnya pelanggaran HAM.

Dalam meneguhkan standar hukum internasional, F-KB memberi catatan bahwa negara Barat tidak sepenuhnya dapat dijadikan standar, karena di satu sisi mereka mengkampanyekan pentingnya penegakan HAM tetapi di sisi lain mereka menebar dan melakukan pelanggaran HAM. Sikap superioritas negara-negara Barat yang seakan-akan paling benar dalam menegakan HAM harus diwaspadai dan tidak perlu diikuti.¹⁹⁴ Meskipun demikian, Fraksi PKB tetap

November 2000 Pembicaraan tingkat III pembahasan RUU; 6 November 2000 pembicaraan tingkat IV pengambilan keputusan; 6 November 2000 Persetujuan DPR terhadap RUU. Namun dalam jangka waktu tersebut, yang sungguh-sungguh digunakan secara efektif untuk pembahasan dalam Pembicaraan Tingkat III hanya 20 (dua puluh) hari.

¹⁹² Baca Pemandangan Umum Anggota DPR dalam Rapat Paripurna DPR-RI, 4 Juni 2000.

¹⁹³ Baca pemandangan umum F-PKB yg disampaikan oleh Juru Bicara F-PKB A. Effendy Choirie.

¹⁹⁴ *Ibid.*

menegaskan agar UU ini benar-benar dapat menjadi penyangga hukum yang kuat, sesuai standar internasional; jangan sekadar pengadilan HAM untuk berkelit atau menghindar dari campur tangan asing. Kalau UU ini tidak dibuat sesuai standar internasional, maka pengadilan HAM yang akan didirikan menjadi sekadar untuk berkelit dan bukan untuk menegakkan keadilan.¹⁹⁵

Dalam menyimak keterangan pemerintah dan RUU yang diajukan, F-KB menilai bahwa dalam RUU ini masih nampak adanya dominasi atau intervensi pemerintah dalam pengadilan HAM ad hoc jika penentuan ada tidaknya pengadilan HAM ad hoc digantungkan kepada usul DPR. Ketentuan ini akan memberikan peluang bagi para elite pemerintah eksekutif (Pemerintah) dan legislatif (DPR) dalam menentukan perkara-perakara mana saja yang dapat dibentuk pengadilan ad hoc.¹⁹⁶

Disamping itu, F-PKB dengan tegas menyatakan bahwa RUU Pengadilan HAM ini seharusnya dapat memutus lingkaran kekebalan hukum aparatus keamanan, khususnya kejahatan kemanusiaan yang dilakukan oleh anggota TNI. Dalam hukum Acara Pidana, baik yang diatur dalam KUHAP atau UU tentang Peradilan Militer, memberikan perlindungan terhadap pelaku kejahatan kemanusiaan melalui prosedur pembuktian yang hanya bergerak pada pelaku-pelaku langsung di lapangan. Selain itu, adanya dualisme peradilan pidana, yaitu Peradilan Umum dan di Peradilan Militer memberikan ketidakpastian yang berakibat pada tidak adanya rasa keadilan. Dualisme ini jelas bertentangan dengan azas peradilan yang jujur dan tidak memihak, serta bertentangan dengan prinsip persamaan di depan hukum. Karena jika ada anggota TNI yang terbukti melakukan tindak pidana, maka yang bersangkutan akan diproses hukum di lingkungan

Peradilan Militer belaka. Padahal di dalam Peradilan Militer diberikan perlindungan dan kekebalan hukum melalui kelembagaan perwira penyerali perkara (Pepera) dan Atasan yang berhak menghukum (Ankum).¹⁹⁷

F-PKB memberikan penekanan perlunya perluasan dan perubahan ruang lingkup RUU yang menjadi sasaran terpentingnya dalam kerangka meneguhkan negara hukum dan menegakkan HAM dalam upaya penghapusan budaya impunity.¹⁹⁸

Fraksi PKB juga mengusulkan agar lingkup kewenangan RUU ini menjangkau kejahatan terhadap kemanusiaan yang lahir dari suatu kebijakan. Artinya, kejahatan yang dilakukan oleh negara sebagai institusi yang membuat kebijakan harus dapat dijangkau oleh UU ini. Kejahatan yang dilakukan oleh negara dapat bersifat tindakan langsung atau membiarkan dengan sengaja kejahatan kemanusiaan yang sedang berlangsung yang bersifat luas dan sistematis (*Extra Ordinary Crime*).

Pada bagian lain, Fraksi PKB memberikan catatan kritis terhadap ketentuan Surat Penghentian Penyidikan Perkara (SP3). Dalam RUU itu disebutkan bahwa apabila SP3 tidak dapat diterima oleh korban atau keluarganya, maka korban atau keluarga sedarah atau semenda dalam garis lurus ke atas atau ke bawah sampai dengan derajat ketiga, berhak mengajukan permohonan pra-peradilan di Pengadilan HAM.

Ketentuan di atas menutup peluang kontrol bagi masyarakat secara luas dalam proses penghentian penyidikan perkara. Hal ini juga bertentangan dengan kaidah dan prinsip universal HAM yang menyebutkan bahwa pelanggaran HAM bukanlah hubungan yang bersifat personal dan individual antara pelaku pelanggaran HAM dengan korban atau keluarganya. Pelanggaran HAM merupakan akibat dari

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Ibid.

penyalahgunaan wewenang dan kekuasaan yang tidak mungkin hanya dapat dikontrol oleh mereka yang menjadi korban langsung atau keluarganya, tetapi oleh masyarakat secara luas. Oleh karena itu, F-PKB berpandangan bahwa jika proses penyidikan dihentikan maka yang mempunyai hak mengajukan praperadilan, selain korban atau keluarganya juga lembaga atau organisasi kemasyarakatan dan masyarakat itu sendiri.¹⁹⁹

Sedangkan Fraksi Reformasi dalam pendapat akhirnya yang disampaikan Radja Roesli menyatakan, mendukung penuh disyahnnya RUU Pengadilan HAM, dan segera membentuk Pengadilan HAM ad hoc guna menyelesaikan peristiwa Aceh, Tanjung Priok, Timor Timur, dan Lampung, dan beberapa kasus lain yang perlu segera dipelajari. Pemerintah tidak boleh memberi toleransi kepada semua pelaku kejahatan HAM. Fraksi Reformasi juga dengan tegas mendukung perlunya mengusut dan menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu dengan memberlakukan tidak ada kadaluarsa bagi Pelanggaran HAM yang berat, meskipun bertentangan dengan asas legalitas tetapi mencerminkan rasa keadilan.²⁰⁰

Sementara Golkar menyatakan sependapat dengan pemerintah bahwa kebera-daan pengadilan HAM ini, sekaligus diharapkan dapat mengemba-likan kepercayaan masyarakat dan dunia internasional terhadap penegakan hukum dan jaminan kepastian hukum mengenai penegakan HAM di Indonesia. Semuanya itu dimaksudkan untuk mengatasi keadaan yang tidak menentu di bidang keamanan dan ketertiban umum, termasuk perekonomian nasional. Dibalik semua upaya tersebut, yang terpenting adalah bahwa selain undang-undang tersebut harus tunduk dan sejalan

dengan konstitusi serta perangkat hukum lainnya, maka undang-undang tersebut harus juga mampu menjamin integrasi nasional dan keutuhan sosial serta keserasian hidup bangsa Indonesia.

Fraksi Golkar memberi catatan bahwa pengadilan HAM ad hoc yang dibentuk atas usul DPR berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keppres, haruslah menjadi perhatian kita bersama, karena mekanisme dan bentuk usul DPR tersebut, haruslah sesuai dengan mekanisme yang berlaku dalam DPR RI yang diatur dalam Tata Tertib DPR. Hal ini kami maksudkan agar jangan sampai suatu peristiwa pelanggaran HAM berat yang sudah menjadi perhatian dan sorotan masyarakat luas menjadi sulit untuk dilaksanakan karena terbentur kepada prosedural dan teknis yuridis semata.²⁰¹

Sekalipun memberi dukungan, Golkar tidak bisa menyembunyikan masa lalunya sebagai mitra kekuasaan TNI/Polri di era Orde Baru ketika pada pandangan umum terakhir mempertanyakan ketentuan mengenai berlaku surut (Retroaktif). Golkar meminta agar hal tersebut perlu dikaji bersama. Bagaimanapun juga asas *nullum delictum* yang dikenal dalam KUHP perlu mendapat perhatian.²⁰²

Fraksi PDI-P menjadi salah satu Fraksi selain F-PKB yang paling progresif merespon RUU Pengadilan HAM. Fraksi ini menegaskan pendirian paradigmatisnya terhadap pengadilan HAM dalam kontek paradigma HAM, dengan menyatakan bahwa RUU ini harus merupakan semangat bersama untuk menetapkan satu norma imperatif perlindungan terhadap kemanusiaan, dalam kadar nilai yang sama dan umum secara universal. Dalam arti, tiada yang hendak berpendirian, bahwa manusia yang hidup di belahan

¹⁹⁹ *Ibid.*

²⁰⁰ Baca pemandangan umum Fraksi Reformasi yang dibacakan Drs. Imam Addaruqutni, MA, 14 Juni 2000.

²⁰¹ Baca pemandangan umum Fraksi Golkar yang dibacakan Akhil Mughtar, 14 Juni 2000, dan 6 November 2000.

²⁰² *Ibid.*

planet bumi Indonesia, seakan-akan harus diperlakukan berbeda dengan manusia di belahan planet bumi lainnya.²⁰³

Konsep "manusia" yang dilindungi hukum di dalam UU ini adalah manusia universal, yang sejak lama telah dipahami serupa di dalam semua tradisi etnis/suku, agama ras maupun golongan. Manusia yang sama bagi keyakinan agama apapun juga, dan manusia yang sama itu pula bagi yang penganut ideologi apapun juga, serta manusia yang sama baik dila-hirkan di belahan dunia Timur maupun Barat. Konsep kemanusiaan universal tanpa *partikularitas* seperti itulah yang perlu di-lindungi dan dipertahankan untuk dijamin keberadaannya oleh UU ini. Karena mereka semua adalah manusia, dan kemanusiaan seperti itulah yang kami perjuangkan.

Keyakinan kami akan nilai kemanusiaan universal seperti itu, telah diformulasi-kan pula untuk dilindungi oleh semua bangsa dalam komunitas pergaulan masyarakat internasional. Keputusan bersama komunitas masyarakat internasional itu, telah dideklarasikan sebagai Statuta Roma 1998, dengan salah satu tujuan untuk menetapkan standar norma dan kaidah kemanusiaan universal untuk dijamin perlindungan-nya secara hukum oleh negara.

Berkaitan dengan semangat kemanusiaan universal itu, sangat kental terasa dan dialami bersama di dalam seluruh proses pembahasan UU ini, sejak awal sampai ditetapkan pada forum ini, bahwa jiwa dan semangat se-mua pihak yang berperan dalam melahirkan UU ini, telah menyatu dengan semangat dan jiwa komunitas masyarakat internasional yang menetapkan Statuta Roma 1998 tersebut.²⁰⁴

Pada bagian lain, fraksi PDI-P juga mengkritik makna pengadilan HAM sebagai pengadilan khusus. Fraksi ini

menangkap kesan bahwa kekhususan dalam konteks ini lebih bersifat formal instrumental yang pada gilirannya secara signifikan tidak mempunyai implikasi yang mengarah pada substansi perlindungan dan penegakkan HAM. Memang kekhususan dalam konteks ini juga memang dibutuhkan, akan tetapi yang lebih penting dan utama adalah penempatan dimensi kekhususan ini pada hal-hal yang bersifat strategis substansial. Artinya kekhususan ini berkaitan langsung maupun tidak langsung dengan hakekat perlindungan dan penegakan HAM itu sendiri. Oleh karena itu kami mempertanyakan konsep dan terminologi yang lebih strategis dan substansial dari pemerintah mengenai kekhususan (pengertian khusus) dalam kaitan dengan pengadilan HAM.²⁰⁵

Pada bagian lain, F-PDIP juga menyarankan agar dipertegas mengenai pertanggungjawaban atasan dan tidak dikenal adanya kesalahan prosedural dan tidak hanya anak buah yang dipersalahkan. Atas usulan ini, Pemerintah telah menentukan secara tegas dalam Pasal 35 RUU, bahwa "setiap penyelenggara negara, pejabat militer, atau pejabat polisi yang mengetahui bahwa bawahannya melakukan percobaan atau sudah melakukan pelanggaran HAM yang berat dan tidak mengambil tindakan pencegahan atau tindakan yang dapat dipertanggungjawabkan untuk mencegah pelanggaran tersebut."²⁰⁶

3. TNI/Polri

Respon TNI Polri terhadap UU No. 26 Tahun 2000 terbaca tidak responsif, sebagaimana tidak responsifnya kedua institusi negara itu pada HAM secara umum. TNI Polri cenderung skeptis dan memandang HAM sebagai alat atau

²⁰³ Baca pendapat akhir PDI-P terhadap RUU Pengadilan HAM yang disampaikan Don Murdono, 6 November 2000.

²⁰⁴ *Ibid.*

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ *Ibid.*

isu untuk menyudutkan aparat keamanan di satu sisi, dan menempatkan masyarakat atau kelompok sebagai pihak yang selalu benar.²⁰⁷

Tindakan kekerasan oleh sebagian anggota masyarakat terhadap aparat keamanan, seperti penembakan terhadap aparat keamanan, pelemparan batu dan bom molotov bahkan penculikan dan penembakan terhadap aparat keamanan yang sedang melaksanakan tugas dianggap sebagai perbuatan yang tidak melanggar HAM. Fraksi TNI/Polri beranggapan bahwa perbuatan apa saja yang dilakukan dengan mengatasnamakan rakyat dianggap sebagai wujud dari pelaksanaan kebebasan demokrasi dan HAM.²⁰⁸

Khusus terhadap UU No. 26 Tahun 2000, TNI Polri berpendapat bahwa pernyataan **hak asasi manusia tidak dapat dikurangi**²⁰⁹ perlu dipertimbangkan kembali, karena pernyataan ini dapat menimbulkan pemahaman yang salah oleh sebagian masyarakat, bahwa seolah-olah HAM diartikan sebagai kebebasan tanpa batas, tanpa diikuti kewajiban penghormatan terhadap HAM orang lain. Kita semua mengetahui bahwa Piagam PBB tentang Deklarasi Universal HAM dan TAP MPR No. XVII/MPR/1999 telah mengatur kewajiban-kewajiban dan pembatasan-pembatasan dalam pelaksanaan HAM.²¹⁰

Pada bagian lain TNI Polri juga mengajukan kritik terhadap ketentuan Pasal 37 (1) RUU yang kemudian menjadi Pasal 43 (1) dalam UU prihal bunyi pasal: "pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya undang-undang ini, diperiksa, diputus dan diselesaikan oleh Pengadilan HAM ad hoc". Dengan rumusan ini, TNI Polri

berpendapat bahwa UU ini mengesampingkan asas universal, *nuulum delictum, noella poena sine proevia lege poenali* (tidak ada suatu perbuatan sebagai tindak pidana, kecuali terlebih dahulu dinyatakan sebagai tindak pidana dalam undang-undang atau asas legalitas). Bagi TNI Polri, rumusan Pasal tersebut bertentangan pula dengan tujuan pembentukan UU, yaitu terwujudnya kepastian hukum dan tegaknya keadilan bagi setiap orang.²¹¹

Dengan tidak dicantumkannya ketentuan tentang batas waktu serta persyaratan suatu perkara pelanggaran HAM berat yang terjadi sebelum berlakunya undang-undang ini dapat diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc, menunjukkan bahwa RUU ini tidak memberikan kepastian hukum dan keadilan, karena penentuan apakah suatu perkara dapat diadili oleh pengadilan HAM ad hoc akan sangat tergantung kepada penilaian penyelidik, penyidik, Jaksa Penuntut Umum dan Pengadilan HAM ad hoc.

4. Kelompok Penekan

Secara umum, kelompok-kelompok penekan, kalangan intelektual, korban, para aktivis HAM yang tergabung dalam sejumlah LSM, antara lain Elsam, KontraS, YLBHI, memberi respon positif rencana terbentuknya UU Pengadilan HAM, sekalipun kelompok-kelompok penekan tersebut ternyata tidak cukup berperan dan diperankan dalam proses pembentukan UU Pengadilan HAM.

Komnas HAM sebagai institusi negara bahkan tidak diminta memberikan masukan oleh Tim maupun oleh pemerintah.²¹² Pembahasan RUU Pengadilan HAM memang

²⁰⁷ Baca Pemandangan Umum TNI Polri terhadap RUU Pengadilan HAM dalam proses pembahasan RUU Pengadilan HAM yang dibacakan oleh Juru Bicara Soenarto, 1 Juni 2000.

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ Penebalan dari penulis.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*

²¹² Wawancara dengan Enny Soeprapto (mantan anggota Komnas HAM), 21 Juni 2009, yang dibenarkan oleh Sriyana (staf Komnas HAM) dalam wawancara per telepon tanggal 12 Agustus 2009.

sangat lamban, padahal kebutuhan terhadap disegerakannya UU tersebut sangat beralasan, selain karena desakan nasional, internasional yang kuat, juga karena hasil penyelidikan KPP HAM terhadap kasus Timor Timur sudah selesai, tinggal menunggu proses penyidikan.

Peran kelompok-kelompok penekan lebih pada memberikan kritik-kritik terbuka terhadap RUU, baik yang bersifat substansial maupun teknis-teknis prosedural. Salah satu kritik kelompok penekan adalah lambatnya proses pembahasan. Mantan anggota tim penyusun draf RUU Pengadilan HAM ini mensinyalir bahwa lambatnya proses pembahasan RUU Pengadilan HAM, mencerminkan kuatnya kepentingan politik yang bermain dibalik penyelesaian kasus Timor-Timor.

Lambatnya penyerahan RUU Pengadilan HAM serta lambatnya proses penyidikan kasus Tim Tim oleh Kejaksaan Agung dinilai Munir ada korelasinya. Dengan memperlambat pembahasan RUU akan berarti memperlambat proses digelarnya pengadilan HAM.²¹³

Mantan Sekretaris Komisi Penyelidik Pelanggaran (KPP) HAM Timor-Timor, Asmara Nababan, juga menyatakan kaget mendengar penjelasan Pejabat Sekretaris Negara Bondan Gunawan tentang belum diserahkannya RUU Pengadilan HAM ke DPR. "Sekretariat Negara seharusnya tidak lagi melakukan praktik serupa yang dilakukan oleh Orde Baru. Setneg itu seharusnya hanya mendaftar atau mengadministrasi saja, soal materi RUU serahkan sepenuhnya kepada departemen yang mengerjakannya."²¹⁴

Indikasi keterlibatan pihak lain yang berkepentingan dengan RUU ini menurut Ifdhal Kasim²¹⁵ sudah terlihat sejak pembahasan draf RUU Pengadilan HAM di Departemen Hukum dan Perundang-undangan. Ketika itu, beberapa kali

terjadi hasil pembahasan tim ternyata berubah karena adanya kepentingan pihak lain, sehingga alasan penelitian yang dilakukan Setneg merupakan bagian dari skenario besar untuk memperlambat penyelesaian soal Timor-Timor. Hal itu menurut Ifdhal, yang juga dibenarkan oleh Asmara Nababan,²¹⁶ terkait dengan lambatnya proses penyidikan Kejaksaan Agung, yang belum juga menyebutkan siapa menjadi tersangka, karena kenyataannya kasus Timor-Timor melibatkan figur politik dan militer yang penting di Indonesia.

Menanggapi kritik keras tersebut, mantan ketua Panitia Kerja (Panja) RUU Pengadilan HAM, Yahya Zaini²¹⁷ menyatakan bahwa keterlambatan itu karena dua hal. *Pertama*, lebih karena masalah teknis yuridis, dan hal baru sehingga Panja melakukan pembahasan secara hati-hati, cermat dan terutama menekankan aspek kualitas RUU. *Kedua*, Panja juga kerja keras, karena ternyata konsep awal RUU Pengadilan HAM yang diajukan pemerintah sangat sederhana. Alasan Pemerintah, apabila mengalami kesulitan dalam pembahasan RUU tersebut, DPR diminta merujuk pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP) saja. "Tapi DPR menolak. Panja menilai usulan pemerintah itu tidak bisa diterima. Kami kemudian membentuk tim kecil yang khusus untuk menyusun kembali konsep RUU Pengadilan HAM yang diajukan pemerintah. Keadaan tersebut menyebabkan pembahasan menjadi tersendat-sendat".

Di luar aspek-aspek prosedur pembahasan yang lamban, substansi RUU juga mendapat sorotan tajam. Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia (YLBHI) dan Konsorsium Reformasi Hukum Nasional (KRHN)²¹⁸, misalnya, mempersoalkan dihapuskannya kejahatan perang

²¹³ Kompas, 17-5-2000.

²¹⁴ Ibid.

²¹⁵ Wawancara 10 Mei 2008.

²¹⁶ Kompas, 17 Mei 2000.

²¹⁷ Wawancara per telpon 9 April 2007.

²¹⁸ Lihat: <http://www.library.ohiou.edu/indopubs/2000/11/13/0044.html>, diakses 6 Januari 2007.

sebagai salah satu pelanggaran HAM yang berat. YLBHI curiga, bahwa penghapusan itu untuk memberikan *impunity* kepada anggota TNI dalam melaksanakan operasinya di wilayah yang dinyatakan dalam keadaan darurat. Padahal dalam ketentuan internasional, kejahatan perang (*war crime*) bukan hanya soal perang antar negara, tetapi juga konflik bersenjata di dalam negeri seperti terjadi di Aceh.

Aspek yang paling banyak disorot para aktivis HAM adalah sangat besarnya peluang bagi bermainnya kepentingan politik dalam RUU Pengadilan HAM itu. Hal ini tercermin dari bunyi Pasal 43 Ayat (2) yang menyebutkan bahwa Pengadilan HAM ad hoc dibentuk atas usul DPR dan pembentukannya dilakukan dengan Keppres (Keppres). Dalam RUU Pengadilan HAM itu tidak ada penegasan lebih jauh mengenai pembatasan terhadap DPR untuk menolak pembentukan Pengadilan HAM ad hoc. Ini penting karena bisa saja masyarakat meminta Komnas HAM menyelidiki suatu kasus pelanggaran HAM masa lalu, tetapi DPR tidak mengusulkan pembentukan pengadilan ad hoc-nya karena alasan-alasan politis tertentu.

Di sisi lain, mekanisme dari penyelidikan oleh Komnas HAM, dilanjutkan penyidikan oleh Kejaksaan Agung, kemudian penilaian oleh DPR untuk usulan pembentukan Pengadilan HAM ad hoc, terlalu panjang dan akan memakan waktu sangat lama.²¹⁹ Birokrasi demikian harus diperpendek dengan dibuat aturan tambahan. Munir mencontohkan pengungkapan kasus 27 Juli yang ternyata kurang disuarakan oleh DPR, terutama Fraksi PDI-P, yang sesungguhnya "korban" dari peristiwa tersebut. Hal itu menunjukkan, DPR potensial dijadikan lembaga *impunity* baru, dimana pelaku-pelaku pelanggaran HAM kemudian masuk ke partai politik dan mencari perlindungan di DPR.²²⁰

Anggota Fraksi Partai Golkar (F-PG) DPR Akil Mochtar mengakui, sesuai draf akhir RUU tentang Pengadilan HAM, memang DPR-lah yang menentukan, apakah satu perkara pelanggaran HAM di masa lalu akan diadili dengan pengadilan ad hoc atau tidak. Tentu saja DPR memiliki acuan untuk mengusulkan kepada pemerintah untuk membuka pengadilan ad hoc atas perkara itu. "Tetapi, untuk meluluskannya, DPR kan harus memperhatikan apakah kasus itu cukup memiliki bukti, saksi, dan pendukung lainnya sehingga dapat dipersidangkan. Jangan sampai sidang ad hoc digelar, tetapi akhirnya tidak dapat dibuktikan."²²¹

YLBHI dan KRHN juga meragukan kekuatan prinsip berlaku surut yang diatur dalam RUU Pengadilan HAM. Mereka menegaskan jika Pasal 28 I ayat (1) UUD 1945 tidak diamandemen, maka akan menjadi kendala utama pelaksanaan UU tersebut. Penjelasan kalangan DPR bahwa Pasal 28I ayat (1) itu bisa dikecualikan oleh Pasal 28J, sulit dipahami karena isi Pasal 28J justru lebih lemah, mengingat posisi UU berada dibawah UUD. Jadi, soal politis kembali bermain disini. Dari berbagai gambaran di atas, kelompok-kelompok penekan sudah semenjak awal mengkhawatirkan pelaksanaan UU Pengadilan HAM itu bakal menghadapi banyak kendala.²²²

Kelompok-kelompok penekan juga mempersoalkan usulan dalam RUU Pengadilan HAM tentang kewenangan membentuk pengadilan HAM ad hoc dengan Keppres. Mekanisme ini dinilai PBHI,²²³ sebagai intervensi pemerintah dalam urusan yudikatif. Karena itu mereka mengusulkan agar pembentukan Pengadilan HAM ad hoc itu ditentukan dengan penetapan pengadilan, bukan dengan Keppres.

Wakil Ketua Dewan Pengurus YLBHI Dadang Trisasongko dan Kepala Divisi Hak sipil dan hak politik

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ *Kompas*, 17 Mei 2000.

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid.*

YLBHI Irianto Subiakto,²²⁴ sependapat bahwa pembentukan Pengadilan HAM ad hoc tidak dilakukan dengan Keppres, karena ketergantungan terhadap pemerintah itu suatu ketika bisa menjadi hambatan untuk pembentukan Pengadilan HAM ad hoc. Kalau pemerintahan berganti, bisa saja pemerintah yang baru menolak membentuk Pengadilan HAM ad hoc, untuk melindungi pihak tertentu.

Menurut Dadang, agar tidak dianggap eksekutif mencampuri yudikatif, maka pembentukan Pengadilan HAM ad hoc itu sebaiknya dibuat saja dengan penetapan pengadilan HAM. Mekanismenya, hasil penyelidikan Komnas HAM yang kemudian dilanjutkan dengan penyidikan oleh kejaksaan, dibawa ke pengadilan untuk ditetapkan apakah perlu dibentuk pengadilan ad hoc atau tidak. Kalau bukti-buktinya mencukupi, pengadilan tentu akan menilai proses hukum lebih lanjut di pengadilan bisa dilakukan sehingga bisa diputuskan membentuk Pengadilan HAM ad hoc.²²⁵

Kritik-kritik kelompok penekan di atas, sekalipun tidak mendapat respon dari pemerintah dan DPR, telah menggambarkan kompleksitas masalah dalam substansi RUU yang kemudian menjadi UU itu. Sejumlah LSM di Jakarta, Surabaya, dan Yogyakarta bahkan semenjak tahun 2003, atau pada saat pengadilan HAM ad hoc Timor Timur mulai digelar sudah menyiapkan draf perubahan terhadap UU No. 26 Tahun 2000.

Alasan pengajuan revisi itu tidak lain karena sejumlah LSM²²⁶, Perguruan Tinggi,²²⁷ dan intelektual²²⁸ sudah

memprediksi kelemahan substansi pada UU No. 26 Tahun 2000 akan menjadi kendala hukum dalam menyelesaikan Pelanggaran HAM yang berat masa lalu.²²⁹ Usulan revisi itu juga membuktikan bahwa usulan dan kritik kelompok penekan terhadap substansi RUU pada saat pembahasan tidak diakomodir, selain karena secara formal kelompok-kelompok penekan memang tidak banyak dilibatkan dalam pembahasan.

(c) Substansi UU

1. Aspek-Aspek Yang Diatur

(1) *Yurisdiksi*

Jenis kejahatan kemanusiaan yang dapat diperiksa dan diputus berdasarkan UU No. 26 Tahun 2006 adalah kasus pelanggaran HAM yang berat,²³⁰ termasuk pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan di luar batas teritorial wilayah negara Republik Indonesia oleh warga negara Indonesia.²³¹ Pelanggaran HAM yang berat yang diatur dalam UU ini adalah kejahatan *genosida* dan *kejahatan terhadap kemanusiaan*.²³² Di luar yurisdiksi UU ini adalah pelaku pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan oleh seseorang yang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun pada saat kejahatan dilakukan.²³³

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Antara lain yang utama: Elsam, YLBHI, PBHI, dan Walhi.

²²⁷ Pusat-Pusat Studi HAM, antara lain: Pusham UII, Pusham Ubaya, Pusham Unair.

²²⁸ Soetandyo Wignjosubroto, Ifdhal Kasim, A.E. Priyono, Rafendi Jamin.

²²⁹ Lihat Tor Workshop Perbaikan UU No.26/2000 Tentang Pengadilan HAM, 23 Mei 2003, di Wisma PGI Jl. Teuku Umar no.17 Menteng, Jakarta Pusat.

²³⁰ Pasal 4.

²³¹ Pasal 5.

²³² Pasal 6.

²³³ Pasal 6 penjelasan menyebutkan bahwa seseorang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun yang melakukan pelanggaran HAM yang berat, diperiksa dan diputus oleh Pengadilan Negeri.

(2) **Hukum Acara**

Mekanisme dan prosedur atau hukum acara penegakan UU No. 26 Tahun 2000 yang diatur dalam Pasal 10 UU ini adalah menggunakan hukum acara pidana (KUHP) kecuali ditentukan lain dalam undang-undang ini. Sekalipun demikian, UU No. 26 Tahun 2000 mengatur kekhususan pengadilan HAM di luar ketentuan KUHP untuk pelanggaran HAM yang berat. Kekhususan tersebut adalah:

Pertama, adanya keharusan membentuk penyidik *ad hoc*, penyidik *ad hoc*, penuntut *ad hoc*, dan hakim *ad hoc*. *Kedua*, Penyidik hanya dilakukan oleh Komnas HAM. *Ketiga*, penyidikan dilakukan oleh Kejaksaan Agung. *Keempat*, penyidik tidak berwenang menerima laporan atau pengaduan sebagaimana diatur dalam KUHP. *Kelima*, adanya tenggang waktu tertentu untuk melakukan penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan di pengadilan. *Keenam*, ketentuan mengenai perlindungan korban dan saksi; dan *Ketujuh*, adanya ketentuan mengenai tidak ada kadaluarsa pelanggaran HAM yang berat.

(3) **Perlindungan Saksi dan Korban**

Pasal 34 UU No. 26 Tahun 2000 adalah pasal yang secara tegas menyatakan adanya perlindungan korban dan saksi. Setiap korban dan saksi dalam pelanggaran HAM yang berat berhak atas perlindungan fisik dan mental dari ancaman, gangguan, teror, dan kekerasan dari pihak manapun. Perlindungan ini wajib dilaksanakan oleh aparat penegak hukum dan aparat keamanan secara cuma-cuma. Pasal ini mengamanatkan adanya peraturan pemerintah tentang perlindungan saksi dan korban.

UU No. 13 Tahun 2006 tentang Perlindungan Saksi dan korban sebagai pengganti PP No. 2 tahun 2002 (PP) tentang tata cara perlindungan saksi dan korban

Pelanggaran HAM yang berat telah mengatur tentang mekanisme pemberian perlindungan.

Prinsip-prinsip perlindungan saksi dan korban yang diatur dalam UU ini didasarkan pada asas: (a) penghargaan atas harkat dan martabat manusia; (b) rasa aman; (c) keadilan; (d) tidak diskriminatif; dan (e) kepastian hukum.²³⁴ Perlindungan Saksi dan Korban bertujuan memberikan rasa aman kepada Saksi dan/atau Korban dalam memberikan keterangan pada setiap proses peradilan pidana.²³⁵

Dalam UU ini juga diatur mengenai hak-hak saksi dan korban, yaitu: (a) memperoleh perlindungan atas keamanan pribadi, keluarga, dan harta bendanya, serta bebas dari ancaman yang berkenaan dengan kesaksian yang akan, sedang, atau telah diberikannya; (b) ikut serta dalam proses memilih dan menentukan bentuk perlindungan dan dukungan keamanan; (c) memberikan keterangan tanpa tekanan; (d) mendapat penerjemah; (e) bebas dari pertanyaan yang menjerat; (f) mendapatkan informasi mengenai perkembangan kasus; (g) mendapatkan informasi mengenai putusan pengadilan; (h) mengetahui dalam hal terpidana dibebaskan; (i) mendapat identitas baru; (j) mendapatkan tempat kediaman baru; (k) memperoleh penggantian biaya transportasi sesuai dengan kebutuhan; (l) mendapat nasihat hukum; dan/atau; (m) memperoleh bantuan biaya hidup sementara sampai batas waktu perlindungan berakhir.²³⁶ Khusus untuk korban pelanggaran HAM yang berat, selain berhak atas hak sebagaimana disebutkan di atas, juga berhak untuk mendapatkan bantuan medis dan bantuan rehabilitasi psiko-sosial.

²³⁴ Lihat Pasal 3 UU No. 13 Tahun 2006.

²³⁵ Lihat Pasal.

²³⁶ Lihat Pasal 5.

Tata cara pemberian perlindungan yang diatur dalam Pasal 29 menyebutkan bahwa Saksi dan/atau Korban yang bersangkutan, baik atas inisiatif sendiri maupun atas permintaan pejabat yang berwenang, mengajukan permohonan secara tertulis kepada Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban (LPSK), dan selanjutnya LPSK segera melakukan pemeriksaan terhadap permohonan. Keputusan LPSK diberikan secara tertulis paling lambat 7 (tujuh) hari sejak permohonan perlindungan diajukan.

Dalam hal LPSK menerima permohonan Saksi dan/atau Korban sebagaimana dimaksud dalam Pasal 29, Saksi dan/atau Korban menandatangani pernyataan kesediaan mengikuti syarat dan ketentuan perlindungan Saksi dan Korban. Pernyataan kesediaan mengikuti syarat dan ketentuan perlindungan Saksi dan Korban memuat: (a) kesediaan Saksi dan/atau Korban untuk memberikan kesaksian dalam proses peradilan; (b) kesediaan Saksi dan/atau Korban untuk mentaati aturan yang berkenaan dengan keselamatannya; (c) kesediaan Saksi dan/atau Korban untuk tidak berhubungan dengan cara apa pun dengan orang lain selain atas persetujuan LPSK, selama ia berada dalam perlindungan LPSK; (d) kewajiban Saksi dan/atau Korban untuk tidak memberitahukan kepada siapa pun mengenai keberadaannya di bawah perlindungan LPSK; dan (e) hal-hal lain yang dianggap perlu oleh LPSK.²³⁷ Sejak ditandatanganinya pernyataan kesediaan selaku Saksi dan/atau korban, maka LPSK wajib memberikan perlindungan sepenuhnya kepada Saksi dan/atau Korban.

Dalam Statuta Roma pengaturan tentang perlindungan saksi dan korban meliputi: *Pertama*,

²³⁷ Lihat Pasal 30.

adanya tindakan dari mahkamah untuk mengambil tindakan secukupnya guna melindungi keselamatan, kesejahteraan fisik dan psikologis martabat dan privasi para korban.²³⁸ *Kedua*, adanya metode persidangan *in camera* atau memperbolehkan pengajuan bukti dengan sarana elektronika atau sarana khusus lainnya. Tindakan-tindakan ini secara khusus harus dilaksanakan dalam hal seorang korban kekerasan seksual atau seorang anak yang menjadi korban atau saksi.²³⁹ *Ketiga*, adanya unit korban dan saksi khusus dalam kepaniteraan dimana ada staf yang mempunyai keahlian mengatasi trauma, termasuk staf dengan keahlian mengatasi trauma yang terkait dengan kejahatan seksual.²⁴⁰ *Keempat*, adanya tindakan untuk menahan bukti dan informasi tertentu, dan digantikan dengan suatu ikhtisar yang dilakukan oleh jaksa penuntut sebelum dimulainya persidangan karena adanya kekhawatiran bahwa informasi tersebut akan menimbulkan bahaya yang gawat bagi korban dan saksi,²⁴¹ dan *Kelima*, adanya mekanisme kesaksian *viva voce* (lisan) atau kesaksian terekam dari seorang saksi dengan sarana teknologi video atau audio, maupun diajukannya dokumen atau transkrip tertulis.²⁴²

²³⁸ Pasal 68 huruf 1 Statuta Roma 1998.

²³⁹ Pasal 68 huruf 2 Statuta Roma 1998.

²⁴⁰ Unit khusus ini mempunyai tugas untuk : (a) Menyediakan langkah-langkah perlindungan dan pengaturan keamanan; (b) Menyediakan jasa nasehat dan bantuan yang perlu bagi saksi, korban yang menghadap di depan mahkamah dan orang-orang lain yang mungkin terkena resiko karena kesaksian yang diberikan oleh saksi tersebut; (c) Memberi nasehat kepada jaksa penuntut umum dan mahkamah mengenai hal-hal pada point a dan b. Lihat Pasal 43 huruf 6 Statuta Roma 1998.

²⁴¹ Pasal 68 huruf 5 Statuta Roma 1998.

²⁴² Pasal 69 huruf 2 Statuta Roma 1998.

(4) **Kompensasi, Restitusi dan Rehabilitasi**

Kompensasi,²⁴³ restitusi²⁴⁴ dan rehabilitasi²⁴⁵ terhadap korban pelanggaran HAM yang berat juga diatur oleh UU No. 26 Tahun 2000 dalam Pasal 35. Dalam ketentuan ini yang berhak memperoleh kompensasi, restitusi dan rehabilitasi adalah korban dan ahli waris dari korban pelanggaran HAM yang berat tersebut. Kompensasi, restitusi dan rehabilitasi dalam Pasal 35 mensyaratkan harus dicantumkan dalam amar putusan pengadilan HAM, hal ini berarti bahwa putusan tentang adanya kompensasi, restitusi dan rehabilitasi bersamaan dengan putusan tentang pelanggaran HAM berat yang menjadi pokok perkaranya.

Pemberian kompensasi, restitusi dan rehabilitasi yang diatur dalam UU No. 13 Tahun 2006 ini harus dilaksanakan secara tepat, cepat dan layak yang dilakukan oleh instansi terkait berdasarkan keputusan yang telah mempunyai kekuatan hukum yang tetap. Pemberian restitusi dilakukan oleh pelaku atau pihak ketiga berdasarkan perintah yang tercantum dalam amar putusan. Ketentuan mengenai dicantumkannya masalah kompensasi, restitusi dan rehabilitasi dalam amar putusan ini sesuai dengan kewenangan memeriksa dan memutus pengadilan HAM.

²⁴³ *Kompensasi* adalah ganti kerugian yang diberikan oleh negara, karena pelaku tidak mampu memberikan ganti kerugian sepenuhnya yang menjadi tanggung jawabnya

²⁴⁴ *Restitusi* adalah ganti kerugian yang diberikan kepada korban atau keluarganya oleh pelaku atau pihak ketiga dimana restitusi dapat berupa penggantian harta milik, pembayaran ganti kerugian untuk kehilangan atau penderitaan dan penggantian biaya untuk tindakan-tindakan tertentu.

²⁴⁵ *Rehabilitasi* adalah pemulihan pada kedudukan semula, misalnya kehormatan, nama baik, jabatan, atau hak-hak lain.

(5) **Tanggung Jawab Komandan dan Atasan Polisi atau Sipil**
Delik tanggung jawab komandan dan atasan polisi atau sipil ini diatur dalam Pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000 yang membaginya dalam 2 (dua) kategori pihak yaitu: unsur militer yang diatur dalam ayat (1), dan unsur atasan polisi atau sipil dalam ayat (2). Ketentuan ini mengadopsi perumusan Pasal 28 Statuta Roma 1998 dimana tanggung jawab itu bersifat individual.

Konsep tanggung jawab komando, seperti halnya konsep kejahatan terhadap kemanusiaan juga mengalami distorsi dalam perumusan di UU No. 26 Tahun 2000 ini. Pengertian tanggung jawab komando dalam Pasal 42 ayat 1 menyatakan:

“Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap tindak pidana yang berada di dalam yurisdiksi Pengadilan HAM, yang dilakukan oleh pasukan yang berada di bawah komando dan pengendaliannya yang efektif...”

Pengertian yang menggunakan kata “dapat” (*should*), dan bukannya “akan” atau “harus” (*shall*), secara implisit menegaskan bahwa tanggung jawab komando dalam kasus pelanggaran berat HAM yang diatur dalam UU No. 26 Tahun 2000, ini bukan hal yang bersifat otomatis dan wajib. Pasal ini secara tegas menguatkan pengertian kejahatan terhadap kemanusiaan dalam Pasal 9 UU No. 26 Tahun 2000 yang cenderung ditujukan kepada pelaku langsung di lapangan.

(6) **Ketentuan Mengenai Tidak Berlakunya Asas *Daluwarsa***
Pasal 46 UU No. 26 Tahun 2000 menyatakan bahwa pelanggaran HAM yang berat sebagaimana diatur dalam

undang-undang ini tidak berlaku ketentuan mengenai daluarsa. Ketentuan ini menyatakan bahwa asas daluarsa tidak berlaku bagi tindak pidana dalam yurisdiksi pengadilan HAM. Ketentuan ini berbeda dengan ketentuan tindak pidana biasa seperti yang diatur dalam Pasal 78 Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP) tentang kadaluarsa yang bisa menggugurkan tindak pidana.

Tidak berlakunya asas daluarsa dalam UU No. 26 Tahun 2000 ini berarti bahwa segala tindak pidana yang masuk dalam yurisdiksi pengadilan HAM akan selalu bisa dilakukan penuntutan. Negara, dalam hal ini pihak penyidik dan penyidik tidak dapat menyatakan bahwa suatu tindak pidana yang masuk yurisdiksi pengadilan HAM gugur dan tidak dapat dituntut karena melampaui jangka waktu yang ditentukan. Sampai kapanpun, sepanjang dapat diperoleh bukti-bukti kuat, penuntutan terhadap terjadinya pelanggaran HAM yang berat dapat dilakukan.

2. Kelemahan Substansi UU

Undang-Undang Pengadilan HAM ini ternyata memiliki banyak kelemahan mendasar, baik yang sifatnya substansi, redaksi maupun penerjemahan pasal-pasal yang diadopsi dari Statuta Roma. Beberapa diantaranya yang penting yang terkait langsung dengan pelaksanaan pengadilan HAM ad hoc akan disebutkan secara rinci berikut:

(1) Konsep Kejahatan terhadap Kemanusiaan

Undang-undang tidak mendefinisikan dengan jelas konsep Pelanggaran HAM yang berat, kecuali hanya menyebutkan kategori kejahatan, yaitu kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Dalam

aturan penjelasan Pasal 7²⁴⁶ disebutkan bahwa UU No. 26 Tahun 2000 mengadopsi pengertian dalam Statuta Roma. Konsekuensi yuridis dari penjelasan pasal tersebut, maka rumusan masing-masing kategori kejahatan dalam UU No. 26 Tahun 2000 yang dimuat dalam Pasal 8 dan 9, harus sesuai dengan rumusan masing-masing kejahatan dalam Pasal 7 dan 8 Statuta Roma. Begitu pula dengan elemen-elemen kejahatan dan pertanggungjawaban komando. Tetapi sayangnya adopsi tersebut dilakukan secara tidak konsisten, yang pada akhirnya melemahkan konsep kejahatan terhadap kemanusiaan itu sendiri.²⁴⁷ Kejahatan terhadap kemanusiaan (*crime against humanity*) yang dirumuskan dalam pasal 9 UU No 26 tahun 2000 berbunyi:

“Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematis yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil, ...”

²⁴⁶ Pernyataan bahwa UU No. 26 Tahun 2000 mengacu kepada Statuta Roma terdapat dalam penjelasan Pasal 7 UU No. 26 Tahun 2000 yang menyatakan bahwa “Kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan” dalam ketentuan ini sesuai dengan Statuta Roma (*Rome Statute of the International Criminal Court*) (Pasal 6 dan Pasal 7).

²⁴⁷ Sebagai gambaran awal ketidaksinkronan UU No. 26 tahun 2000 dengan Statuta Roma, lihat Penjelasan pasal demi pasal (bagian II), Pasal 7 UU No. 26 tahun 2000, dinyatakan “kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan dalam ketentuan ini sesuai dengan *Rome Statute of the International Criminal Court* (pasal 6 dan pasal 7)”. Namun dalam penjelasan untuk pasal 9 huruf a dinyatakan “yang dimaksud dengan pembunuhan adalah sebagaimana tercantum dalam pasal 340 Kitab Undang-undang Hukum Pidana”.

Rumusan di atas memiliki kelemahan mendasar karena tidak adanya batasan yang jelas tentang tiga elemen penting dari kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu elemen meluas (*widespread*), sistematis (*systematic*) dan diketahui (*intension*).²⁴⁸ Ketidakjelasan definisi ketiga elemen itu membuka bermacam interpretasi di pengadilan yang bisa mengakibatkan pembuktian terhadap kejahatan-kejahatan yang dimaksud menjadi sulit, dan dakwaan menjadi sumir.²⁴⁹

UU No. 26 Tahun 2000, sebagaimana juga Statuta Roma tidak memberikan definisi mengenai arti meluas dan sistematis. Oleh karena itu, penafsiran "sistematis" atau "meluas" mengacu kepada yurisprudensi keputusan-keputusan ICTY, ICTR, dan doktrin.²⁵⁰

Dalam praktik di pengadilan Nuremberg, ICTR dan ICTY, para hakim melakukan interpretasi terhadap unsur meluas sebagai tindakan *massive*, berulang, dan berskala besar, yang dilakukan secara kolektif dengan dampak serius dan diarahkan terhadap sejumlah besar

korban (*multiplicity of victim*). Sementara "sistematis" diartikan sebagai diorganisasikan secara rapih dan mengikuti pola tertentu yang terus menerus berdasarkan kebijakan yang melibatkan sumberdaya publik atau privat yang substansial", meskipun kebijakan tersebut bukan merupakan kebijakan negara secara formal.²⁵¹ Mengingat bahwa tidak ada aturan yang secara eksplisit mengharuskan pengadilan mengadopsi praktik-praktik hukum internasional, maka tidak ada kepastian apakah interpretasi semacam ini juga akan digunakan dalam pengadilan HAM di Indonesia. Kondisi yang sama juga berlaku terhadap unsur "diketahui".

Dalam Statuta Roma, unsur meluas atau sistematis juga dapat ditelusuri melalui unsur tindak pidana (*element of crime*) yang dilakukan pada korban sipil, artinya, sifat meluas tidak hanya mengacu pada massivitas korban atau luasan wilayah kejadian, melainkan juga bisa diacu pada intensivitas bentuk kejahatan yang dilakukan. Prinsip ini terpapar jelas dalam rumusan pasal 7 ayat 2 mengenai penjelasan definitif atas "*extermination*" (pemusnahan): "... includes the intentional infliction of conditions of life, *inter alia* the deprivation of access to food and medicine, calculated to

²⁴⁸ Elemen *Intension* dijelaskan rinci dalam Statuta Roma. Lihat Pasal 30 ayat 2 & 3, Statuta Roma, yang mengatur mengenai *mental element*: "For the purposes of the article, a person has intent where: (2) (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence that person means to cause that consequence or is aware that it will occur ordinary course of events. (3) For the purposes of this article, "knowledge" means awareness that a circumstance exists or consequence will occur in the ordinary course of events. "Know" and "knowingly" shall be construed accordingly."

²⁴⁹ Lihat Agung Yudha, Konstruksi Tindak Pidana Dalam Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia, *Makalah*, Tidak Dipublikasikan, hlm. 8-9.

²⁵⁰ Lihat Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Pedoman Unsur-Unsur Tindak Pidana Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat dan Pertanggungjawaban Komando*, Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2006, hlm. 26.

²⁵¹ *Ibid.* Periksa juga keputusan hakim dalam kasus Akayesu, ICTR (Case No. ICTR-96-4-T), 2 September 1998, paragraf 580; kasus Tihomir Blaskic, ICTY (Case No. IT-95-14-T), 3 Maret 2000, paragraf 203 dan 206. Lihat juga penegasan pengertian serupa dalam *Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, Laporan International Law Commission dalam sidang sesi ke 48, (UN Doc. A/51/10) paragraf 94-95 (Commentary on Article 18 part 4): "... committed in a systematic manner meaning pursuant to a preconceived plan or policy. The implementation of this plan or policy could result in the repeated or continuous commission of inhumane acts... committed on a large scale meaning that the acts are directed against a multiplicity of victims."

bring about the destruction of part of a population.” Dalam rumusan pasal 9 UU No. 26 Tahun 2000 terma “*calculated*” tidak disertakan. Dengan tidak adanya “pertimbangan” ini maka bisa dikatakan bahwa secara otomatis membatasi pembuktian unsur meluas hanya pada jumlah korban dan luasan geografis.

Di samping ketidakjelasan batasan elemen-elemen kejahatan sebagaimana telah dijelaskan di atas, penerjemahan *widespread* dan *systematic* dari Statuta Roma Pasal 7 ayat (1) tidak tepat. Menurut Enny Soeprapto²⁵², istilah meluas sebagai terjemahan dari *widespread* adalah tidak tepat karena: “Meluas”, yang berarti “bertambah luas”,²⁵³ merancukan makna kata *widespread* yang berarti “luas”, yang dalam konteks Pasal 9 tersebut berarti terjadi di banyak tempat atau di antara banyak orang atau individu.²⁵⁴ Oleh sebab itu kata Enny, padanan bahasa Indonesia untuk kata “*widespread*” seharusnya adalah “luas”, dan bukan meluas.

²⁵² Enny Soeprapto, “Berbagai Permasalahan Dalam UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM dan Dampaknya Pada Proses Penyelidikan Sebagaimana Dimaksud Dalam Undang-Undang ini”, *Kertas Kerja disampaikan pada Pertemuan Orientasi tentang Penyelidikan Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat menurut Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia*, GG House, Cipayung, Bogor, Jawa Barat, 21-23 November 2007, hlm.28-30. Pandangan yang sama disampaikan Ildhal Kasim (wawancara, 12 Mei 2007), Agung Yudha (wawancara 10 Mei 2007).

²⁵³ Lihat *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Ketiga, Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, Balai Pustaka, Jakarta, 2001, hlm. 201.

²⁵⁴ Lihat *Webster's New Universal Unabridged Dictionary*, Barnes & Nobles, New York, 1996, hlm. 2173.

Begitu pula dengan istilah “sistematik” yang dimaksudkan sebagai padanan kata “*systematic*” yang terdapat dalam Pasal 7 ayat 1. Kata bahasa Inggris “*systematic*” adalah ajektiva yang padanannya dalam bahasa Indonesia seharusnya (juga) ajektiva “sistematis”, bukan “sistematik”, karena “sistematik” bukan ajektiva, melainkan nomina, yang berarti “susunan” atau “aturan”.²⁵⁵

Lebih lanjut, penggunaan pronomina persona “nya” dalam verbal “diketahuinya” adalah keliru secara tata bahasa, karena dalam frasa yang mendahuluinya, yang berbunyi “yang dilakukan sebagai bagian dari serangan yang meluas atau sistematik yang”, tidak terdapat persona yang dirujuk oleh pronomina (kata yang dipakai untuk mengganti orang atau benda. Oleh karena itu, penerjemahan frasa “*with knowledge of*” dalam Pasal 7 ayat 1 Statuta Roma, seharusnya diterjemahkan “dengan pengetahuan”, bukan “yang diketahuinya”.²⁵⁶

Selanjutnya, frasa *directed against any civilian population* (ditujukan terhadap populasi sipil), oleh Pasal 9 diterjemahkan menjadi: “ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil”.²⁵⁷ “*Directed against*” mestinya diterjemahkan menjadi “ditujukan terhadap”; bukan “ditujukan secara langsung”.²⁵⁸ Demikian pula dengan

²⁵⁵ *Ibid.*

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ Pasal 9: “Kejahatan terhadap kemanusiaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 huruf b adalah salah satu perbuatan yang dilakukan sebagai bagian dan serangan yang meluas atau sistematik yang diketahuinya bahwa serangan tersebut ditujukan secara langsung terhadap penduduk sipil...”

²⁵⁸ Lihat Enny Soeprapto, *Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat Menurut UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan*

penggunaan kata “penduduk” dan bukannya “populasi” sebagaimana bunyi Statuta Roma, telah menyempitkan subyek hukum dengan menggunakan batasan-batasan wilayah, karena “penduduk” berarti orang atau sekelompok orang warganegara dari suatu negara, dan hal ini secara signifikan juga menyempitkan target-target potensial korban kejahatan terhadap kemanusiaan, yaitu hanya pada warga negara di mana kejahatan tersebut berlangsung.²⁵⁹

Untuk melindungi mereka yang potensial menjadi korban kejahatan terhadap kemanusiaan, majelis hakim ICTY dan ICTR mengadopsi pengertian yang luas mengenai “populasi sipil”. Populasi sipil diartikan sebagai siapa saja yang dalam batasan waktu tertentu secara aktif terlibat dalam kejadian dimana ia berada dalam posisi mempertahankan diri dalam kondisi tertentu, dapat dianggap sebagai korban kejahatan

HAM, *Makalah*, disampaikan pada Lokakarya Penyusunan Ran-HAM 2003-2008, Hotel Sahid Raya, Yogyakarta, 8 April 2003, hlm. 8. Baca juga Enny Soeprapto, Penyelidikan Pelanggaran HAM yang Berat Menurut UU No. 26 Tahun 2000 tentang pengadilan HAM, *Makalah* yang disampaikan pada: (a) Pelatihan yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung RI, bekerja sama dengan Danish Institute for Human Rights dan Kedutaan Besar Denmark (di Jakarta) dengan tema “Indonesian Human Rights Courts: Judging International Crimes under Law 26/2000”, Makassar, 31 Mei-2 Juni 2004; dan (b) Pelatihan tentang Pelanggaran HAM yang Berat, Pusat Pendidikan dan Pelatihan, Kejaksaan RI, Jakarta, 26 Mei-8 Juni 2004.

²⁵⁹ Istilah “penduduk sipil” telah diartikan oleh Mahkamah Agung “mencakup semua orang yang tidak ikut secara aktif dalam permusuhan, atau yang bukan lagi pihak peserta tempur, termasuk anggota angkatan bersenjata yang telah menyerah (*hors de combat*) karena sakit, terluka, ditawan atau karena alasan lainnya. Lihat Mahkamah Agung, *op cit.*, hlm. 28

terhadap kemanusiaan. Termasuk didalamnya anggota “gerakan perlawanan” yang telah menyerah dan tidak bersenjata.²⁶⁰ Adopsi definisi yang seperti ini sulit diharapkan terjadi dalam pengadilan HAM di Indonesia mengingat anggota gerakan perlawanan di Indonesia cenderung dianggap sebagai “pemberontak” dan tidak dianggap sebagai “penduduk sipil”.²⁶¹

Distorsi penerjemahan konsep dalam klasifikasi perbuatan di bawah definisi kejahatan terhadap kemanusiaan juga terjadi, dengan menterjemahkan konsep “*persecution*”,²⁶² menjadi “penganiayaan”.²⁶³ Padahal “*persecution*” bukanlah penganiayaan, baik dalam arti leksikal (perlakuan yang sewenang-wenang, seperti penyiksaan, penindasan, dst),²⁶⁴ maupun dalam pengertian yang diatur oleh KUHP.²⁶⁵

Karena tidak ada penjelasan definitif dan detail, maka besar kemungkinan Jaksa akan merujuk definisi “penganiayaan” dalam KUHP. Padahal, *persecution* memiliki arti yang lebih luas, mencakup perlakuan

²⁶⁰ Lihat “*Opinion and Judgment*” dalam kasus Milenko Tadic (ICTY). Masih dalam ICTY, lihat juga Keputusan Peninjauan Kembali Dakwaan berkaitan dengan aturan No. 61 dalam *Rules of Procedures and Evidence*, ICTY Case No. IT-95-13-R61 (Kasus Vukovar), 3 April 1996, Bab I paragraf 29. Secara subsekuen, ICTR dalam kasus Akayesu juga mengadopsi definisi yang secara substansial serupa.

²⁶¹ Lihat Mahkamah Agung, *Pedoman... op. cit.*, hlm. 28.

²⁶² Pasal 7 ayat 1 (h) dan ayat 2 (g) Statuta Roma.

²⁶³ Pasal 9 huruf (h): “penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jems kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional”.

²⁶⁴ *Kamus Besar... op. cit.*, hlm. 53.

²⁶⁵ Pasal 351-358 KUHP.

diskriminatif yang menghasilkan kerugian mental, fisik ataupun ekonomis.²⁶⁶ Artinya tidak mensyaratkan perbuatan yang secara langsung ditujukan pada fisik seseorang.²⁶⁷

Selain itu dalam UU No. 26 Tahun 2000 tidak terdapat pencantuman secara detail dan eksplisit jenis tindakan kejahatan seksual yang masuk dalam yurisdiksi pengadilan HAM. Pasal 9 (g) tidak menyertakan penjelasan definitif mengenai "bentuk-bentuk kekerasan seksual lainnya yang setara". Ini berimplikasi pada bisa diinterpretasikannya kejahatan seksual lain sebagai bentuknya yang setara, padahal di Statuta Roma yang setara adalah bobot kekerasan atau kejahatannya (*equal gravity*).

Dalam risalah pembahasan RUU ini di DPR, ketentuan ini sama sekali tidak dipersoalkan atau tidak menjadi salah satu pasal yang diperdebatkan oleh Pansus DPR. Ketika Ketua Panja M Yahya Zaini menawarkan

pembahasan, dijawab oleh anggota Panja bahwa draf usulan pemerintah sudah cukup.²⁶⁸

(2) **Konsep Tanggung Jawab Komando**²⁶⁹

Ketentuan pidana dalam UU No. 26 Tahun 2000 meliputi juga tanggung jawab komando (*command responsibility*). Namun Pasal 42 ayat 1 yang mengatur hal tersebut, memiliki beberapa kelemahan dengan konsekuensi hukum yang besar. Pengertian tanggung jawab komando dalam pasal ini dijabarkan sebagai berikut:

"komando militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer **dapat** dipertanggungjawabkan

²⁶⁶ Dalam buku pedoman unsur-unsur tindak pidana pelanggaran HAM yang berat dan pertanggungjawaban komando, terbitan Mahkamah Agung tahun 2006, hlm. 52 menjelaskan bahwa tidak ada definisi yang baku tentang persekusi di semua instrument internasional, walaupun ada satu negara yang menyatakan bahwa kejahatan "persekusi dengan dasar sosial, politik, ras, agama dan budaya" adalah sangat samar dan artinya sangat luas sehingga dapat mencakup kejahatan apapun.

²⁶⁷ Bandingkan pengertian "persecution" dalam ICC atau ICTY Statute dengan pengertian "penganiayaan" dalam UU No. 26 Tahun 2000 pasal 9 (h). Penganiayaan sebagaimana pengertian dalam KUHP dalam bahasa Inggris setara (bukan sama secara definitif) dengan pengertian "assault" yang menunjuk pada penyerangan secara langsung terhadap fisik seseorang. Lihat juga M Cherif Bassiouni, *Crimes Against Humanity in the International Law*, Kluwer Law International, 1999, hlm 247.

²⁶⁸ Lihat Risalah Resmi Rapat Panitia Kerja RUU tentang Pengadilan HAM, tahun sidang 2000/2001, masa Persidangan I, Rapat ke-3, Senin, 4 September 2000, hlm 2-3.

²⁶⁹ Konsep tanggungjawab komando yang diterjemahkan dari *command responsibility* merupakan doktrin yang berhubungan dengan pertanggungjawaban pidana secara individual yang dikembangkan melalui kebiasaan dan praktik-praktik pengadilan kejahatan perang, terutama sesuai Perang Dunia II. Kerangka konsep pertanggungjawaban komandan setelah Perang Dunia II terdiri dari 3 aspek, sebagai berikut: (1) aspek fungsional: bahwa kedudukan seorang komandan harus menimbulkan kewajiban untuk bertindak; (2) Aspek kognitif: Seorang komandan harus memiliki pengetahuan (*must have known*) atau seharusnya memiliki pengetahuan (*should have known*) tentang kejahatan; (3) Aspek Operasional: Harus ada kegagalan (*failure*) untuk bertindak yang dilakukan komandan. Selanjutnya baca Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Pedoman Unsur-Unsur Tindak Pidana Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat dan Pertanggungjawaban Komando*, Mahkamah Agung, 2006, hlm. 59-60. Lihat juga Amnesty Internasional dalam "Amnesty International's Comments on the Law on Human Rights Courts (Law No.26/2000)", hlm. 8, AI Index: ASA 21/005/2001.

terhadap tindak pidana yang berada dalam yurisdiksi pengadilan HAM, yang dilakukan oleh pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif, ...”

Pasal 42 UU 26 Tahun 2000 adalah kopi Pasal 28 Statuta Roma yang berjudul “Tanggung Jawab Komandan dan Atasan lain (*Responsibility of commanders and other superiors*). Tetapi dalam Pasal 42 ayat (1) UU 26 Tahun 2000 tersebut terdapat istilah yang diterjemahkan secara keliru atau mungkin sengaja diubah atau dikelirukan yang mengakibatkan perbedaan fundamental dalam daya mengikatnya.

Frasa dalam Pasal 28 huruf (a) Statuta Roma menyatakan bahwa “*A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the court...*” tidak diadopsi secara “jujur” oleh UU No. 26 Tahun 2000. Hal ini nyata dari rumusan kalimat awal Pasal 42 ayat (1) UU 26 Tahun 2000 yang berbunyi “Komandan militer atau seseorang yang secara efektif²⁷⁰ bertindak sebagai komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap ...”.

Dalam rumusan tersebut terdapat tiga diskrepansi dengan rumusan Pasal 28 huruf (a) Statuta Roma, yakni:²⁷¹

- (i) Kata “*effectively*” seharusnya diterjemahkan “secara nyata” atau “yang nyata-nyata” atau “yang sungguh-sungguh”, bukan “yang secara efektif” karena istilah ini, (yang berarti ada efeknya, akibatnya, pengaruhnya, atau kesannya,

atau manjur atau mujarab, atau dapat membawa hasil atau berhasil guna, atau hal mulai berlakunya) tidak tepat dipergunakan sebagai padanan kata “*effectively*” dalam konteks ketentuan yang bersangkutan.²⁷²

- (ii) Kata “*shall*”, yang berarti harus, wajib, atau mesti (tidak boleh tidak) telah dipelintir (*twisted*) menjadi “dapat” (yang padannya adalah “*may*”) yang mengakibatkan perbedaan dalam daya mengikatnya karena pertanggungjawaban komandan tidak bersifat imperatif melainkan opsional.
- (iii) Kata “*criminally*” dalam frasa “*shall be criminally responsible for...*” yang seharusnya diterjemahkan dengan “secara pidana” ternyata tidak disebut dalam frasa yang bersangkutan. Ketidadaan adverbial “secara pidana” ini mengakibatkan komandan militer yang bersangkutan tidak saja hanya “dapat” (jadi fakultatif, tidak imperatif) melainkan juga bahwa ia tidak harus dipertanggungjawabkan secara pidana (*criminally*) tetapi dapat saja secara lain, misalnya secara administratif.

²⁷⁰ Penebalan oleh penulis.

²⁷¹ Lihat Enny Soeprapto, *loc. Cit.*

²⁷² Kritik dan saran yang relatif sama disebutkan juga dalam buku Mahkamah Agung, *ibid*, hlm. 66. Disana dikemukakan bahwa: “perlu dipertimbangkan bahwa pengertian “efektif” yang berarti “berhasil guna” dalam bahasa Indonesia berbeda dengan “*effective*” yang berarti “nyata-nyata benar” dalam arti bahasa Inggris. Mengingat Pasal 42 UU No. 26 Tahun 2000 adalah merupakan adopsi dari Statuta Roma dalam teks Inggris, maka sudah selayaknyalah apabila “pengendalian efektif” dalam pasal ini diartikan sebagai adanya tindakan pengendalian yang nyata/ benar atau dengan kata lain merupakan pengendalian secara *de facto* (nyata)”.

Dari catatan tersebut di atas, Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 tampak sangat melemahkan konsep pertanggungjawaban komandan. Sungguh ironis, apabila seorang komandan militer menurut Pasal 42 ayat (1) dinyatakan hanya "dapat" (tidak "harus") dipertanggungjawabkan, dan pertanggungjawaban itupun tidak perlu harus bersifat "pertanggungjawaban pidana". Malah seorang atasan non-militer, menurut Pasal 42 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000, justru harus bertanggung jawab, dan tanggung jawab itu haruslah bersifat tanggung jawab pidana (atas tindak pidana yang dilakukan oleh bawahannya), sama seperti yang ditetapkan dalam Pasal 28 huruf (b) Statuta Roma.

Penggunaan kata "dapat" (*could*) dan bukannya "akan" (*shall*) atau "harus" (*should*), secara implisit menegaskan bahwa tanggung jawab komando dalam kasus Pelanggaran HAM yang berat bukanlah suatu hal yang bersifat otomatis dan wajib.

Lebih lanjut, pasal 42 ayat 1 (a) mensyaratkan penanggung jawab komando untuk "seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut **sedang melakukan** atau **baru saja melakukan** pelanggaran HAM yang berat." Padahal sumber dari pasal spesifik tersebut, yaitu pasal 28 ayat 1 (a) Statuta Roma yang secara tegas menyatakan bahwa komandan militer seharusnya "mengetahui bahwa pasukan tersebut **melakukan** atau **hendak melakukan** kejahatan..."²⁷³.

Distorsi ini mengabaikan kewajiban pemegang tanggung jawab komando untuk mencegah terjadinya kejahatan. Meskipun dalam pasal 42 ayat 1 (b) pengabaian ini dikoreksi dengan kalimat "komando

militer tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah dan menghentikan perbuatan tersebut, ..." namun tidak ada definisi dan batasan yang tegas tentang apa yang "layak" dan "perlu" dilakukan oleh penanggung jawab komando.²⁷⁴

Selain itu, pasal ini bisa berimplikasi pada pengadilan yang sangat mungkin akan memfokuskan perhatiannya pada proses, yaitu apakah tindakan yang dilakukan sudah layak atau tidak, perlu atau tidak (*obligation of conduct*), yang secara otomatis mengabaikan pada kenyataan apakah tindakan yang diambil oleh penanggung jawab komando berhasil mencegah dan menghentikan kejahatan atau tidak (*obligation of result*). Padahal, selain harus bertanggung jawab jika menjadi pelaku langsung, penganjur, atau penyerta, seorang atasan seharusnya juga bertanggung jawab secara pidana atas kelalaian melaksanakan tugas (*dereliction of duty*) dan kealpaan (*negligence*).

Standar hukum kebiasaan internasional untuk "kealpaan" dan "kelalaian" dalam arti yang luas menyatakan bahwa seorang atasan bertanggung jawab secara pidana jika: (1) ia seharusnya mengetahui (*should have had knowledge*) bahwa pelanggaran hukum telah dan atau sedang terjadi, atau akan terjadi dan dilakukan oleh bawahannya; (2) ia mempunyai kesempatan untuk mengambil tindakan; dan (3) ia gagal mengambil tindakan korektif yang seharusnya dilakukan sesuai keadaan yang ada atau terjadi saat itu.²⁷⁵ Tentang

²⁷³ Pasal 28 ayat 1 (a) Statuta Roma: "That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes;" (garis bawah dari penulis).

²⁷⁴ Batasan definitif tanggung jawab komando yang kabur ini juga diulangi pada pasal 42 ayat 2 yang mengatur tentang tanggung jawab atasan (polisi dan pejabat sipil).

²⁷⁵ Lihat artikel Jordan J. Paust "Superior Orders and Command Responsibility" dalam M Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, Volume I, Kluwer International, 1999, hlm 236-

apakah seseorang tersebut “seharusnya mengetahui” harus diuji sesuai keadaan yang terjadi dan dengan melihat juga orang/pejabat lain yang setara dengan tertuduh.

Pasal 7 (3) Statuta ICTY juga secara interpretatif mencerminkan standar kebiasaan internasional tersebut. Pasal tersebut mengakui adanya pertanggungjawaban pidana jika seseorang “mengetahui atau mempunyai alasan untuk tahu” (*knew or had reason to know*) tindakan bawahannya. Kalimat ini berkaitan dengan adanya kegagalan untuk mencegah suatu kejahatan atau menghalangi tindakan yang melanggar hukum yang dilakukan oleh bawahannya, atau menghukum mereka yang telah melakukan tindak pidana. Meskipun pasal ini memfokuskan pada keadaan dimana seorang bawahan akan melakukan suatu tindak pidana atau telah melakukannya, tidak ada indikasi bahwa tanggung jawab pidana tersebut akan dihilangkan jika ada tindakan yang telah dilakukan oleh si atasan namun pelanggaran atau kejahatan oleh bawahan tetap terjadi.²⁷⁶

(3) **Tidak Ada Hukum Acara Tersendiri**

Penjelasan Umum UU menyatakan bahwa pelanggaran HAM yang berat adalah kejahatan luar biasa (*extra-ordinary crimes*), bukan tindak pidana yang diatur di

237; Lihat juga artikel Anthony D’Amato, *Superior Orders vs Command Responsibility*, American Journal of International Law, edisi 80 (1986), hlm. 604, 607-608; Penjelasan yang lebih panjang lebar dapat dilihat pada tulisan William Eckhardt, *Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard*, Military Law Review, edisi 97 (1982).

²⁷⁶ Seperti yang ditegaskan kembali dalam Laporan Sekjen PBB tentang Resolusi Konflik Keamanan 808, UN Doc. S/25704 (1993) paragraf 56.

dalam KUHP, sehingga diperlukan langkah-langkah penyelidikan, penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan yang bersifat khusus. Tetapi anehnya tidak dibuat hukum acara khusus bagi pelaksanaan UU 26 No. Tahun 2000. UU ini hanya menyebutkan: “dalam hal tidak ditentukan lain dalam undang-undang ini, hukum acara atas perkara pelanggaran HAM yang berat dilakukan berdasarkan ketentuan hukum acara pidana” (Pasal 10). Padahal KUHP didesain sebagai hukum acara bagi tindak pidana biasa (*ordinary crimes*) sehingga dipastikan tidak dapat diberlakukan secara optimal untuk menangani pelanggaran HAM yang berat yang tergolong kejahatan luar biasa (*extra-ordinary crimes*). Demi konsistensi, seharusnya UU No. 26 Tahun 2000 mempunyai hukum acara sendiri yang lengkap, seperti halnya Statuta ICTY 1993, Statuta ICTR 1994, dan Statuta Roma 1998.

Ketiadaan hukum acara sendiri yang lengkap dapat menimbulkan persepsi di kalangan lembaga penyidik bahwa penyelidikan menurut UU No. 26 Tahun 2000 merupakan subsistem penyidikan sebagaimana diatur KUHP, dan bukan fungsi yang independen dari fungsi penyidikan. Dengan persepsi demikian maka penyidik harus menuruti semua kehendak penyidik apabila penyidik tidak ingin hasil penyelidikannya tidak ditindaklanjuti oleh penyidik.

Jika tersedia hukum acara khusus akan memudahkan proses hukum karena merujuk pada satu hukum acara yang terpadu. Selain itu akan menghindarkan penafsiran yang berbeda antara penyidik dan penyidik mengenai ketentuan tertentu dalam proses penyelidikan, seperti berita acara “pemeriksaan” saksi; apakah tepat apabila berita acara demikian disebut berita acara “pemeriksaan”, karena penyidik tidak memeriksa melainkan (hanya) “meminta keterangan, apakah penyidik harus disumpah, dan sebagainya.

Selain itu, UU No. 26 Tahun 2000 tidak dilengkapi dengan aturan terpisah berupa *Rules of Procedure and Evidence* serta *Element of Crimes*,²⁷⁷ sehingga bisa membingungkan para penegak hukum khususnya hakim ketika menafsirkan suatu tindak pidana sebagai pelanggaran HAM yang berat. Ketiadaan hukum acara khusus ini sempat didiskusikan oleh anggota Panja dan ditanyakan kepada pemerintah, tetapi terbatas pada kejelasan kewenangan penyelidikan dan penyidikan antara Komnas HAM dan Kejaksaan Agung, tetapi tidak memasuki perdebatan substansi secara mendasar menyangkut kelemahan penggunaan KUHAP sebagai instrument hukum prosedural penyelesaian Pelanggaran HAM yang berat

Dengan menggunakan KUHAP sudah bisa dipastikan Jaksa dan Hakim akan mengalami kesulitan hukum²⁷⁸ untuk (paling) tidak membuktikan adanya Pelanggaran HAM yang berat, lebih-lebih ditangan hakim yang ketat dengan cara berpikir normatif (*sylogisme*) dapat dipastikan kasus akan berakhir dengan putusan pembebasan.

²⁷⁷ Statuta Roma yang dijadikan acuan pembuatan UU No. 26 Tahun 2000 dilengkapi dengan aturan terpisah yakni *Rules of Procedure and Evidence* mengenai hukum acaranya serta *Element of Crimes* mengenai penjelasan unsur-unsur kejahatan yang menjadi yurisdiksi ICC, yaitu kejahatan perang, kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida.

²⁷⁸ Diantara ketentuan KUHAP yang menyulitkan dilakukannya pembuktian adalah tentang alat bukti. KUHAP jelas menganut asas *unus testis nullus testis*. Asas ini tidak mungkin bisa dipakai untuk kasus perkosaan yang seringkali menyeratai Pelanggaran HAM yang berat. KUHAP juga tidak mengatur alat bukti rekaman, foto copy, dan seterusnya seperti diatur dalam Pasal 185 ayat (2), yang digunakan dalam peradilan Nuremberg, Tokyo, ICTY dan ICTR.

Mantan Menteri Kehakiman, Muladi mengakui bahwa UU No. 26 Tahun 2000 masih mengandung banyak kelemahan-kelemahan.²⁷⁹ Menurut Muladi, sebetulnya UU itu sudah berusaha mengadopsi norma-norma hukum internasional, terutama perumusan kejahatan terhadap kemanusiaan, genosida dan beberapa ketentuan tentang hukum substantif dalam *International Criminal Court* (ICC). Hanya saja, pengambilannya sangat tidak sistematis dan menghilangkan hal-hal penting.²⁸⁰

Terhadap penggunaan KUHAP, Muladi menilai bahwa penegak hukum tidak akan berani menciptakan terobosan-terobosan hukum, keluar dari KUHAP. Misalnya dengan mengambil hukum internasional sebagai landasan hukum.²⁸¹ Penegak hukum kita sudah terpolat pikir secara normatif doktriner. Seolah-olah hanya hukum positif kita yang dapat diterapkan.”. Padahal dengan mengacu pada ICC, Indonesia bisa mengambil hukum kebiasaan internasional, seperti traktat, doktrin, dan keputusan hakim tentang HAM negara lain.²⁸²

Kelemahan UU No. 26 Tahun 2000 itu menurut Romli Atmasasmita, karena secara historis pembentukan disiplin hukum pidana internasional pada umumnya, dan khususnya hukum humaniter serta Statuta Roma (ICC) tidak diperkuat oleh doktrin-doktrin, kecuali hanya ad hoc Tribunal sejak Nuremberg (1946) sampai dengan ad hoc Tribunal untuk kasus Rwanda dan Yugoslavia. Sampai sekarang belum ada hasil keputusan lembaga berwenang mengenai dispute penafsiran hukum atas ketentuan dalam Statuta ICC

²⁷⁹ Wawancara tanggl 20 Januari 2008 di Jakarta.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² *Ibid.*

sebagai Mahkamah Permanen karena memang masih sangat baru dalam sejarah hukum internasional.²⁸³ Keberhasilan penafsiran hukum atas ketentuan dalam Statuta ICC maupun dalam implementasi UU No. 26 tahun 2000 sangat ditentukan oleh keluasan dan kedalaman ilmu pengetahuan hukum pidana internasional, dan hukum humaniter dari para hakim, jaksa penuntut umum dan para penasihat hukum.²⁸⁴

Hal senada dinyatakan oleh mantan Sekjen Komnas HAM, Asmara Nababan. Walau Asmara mengakui bahwa UU Pengadilan HAM mengandung banyak kelemahan—mengutip penelitian David Cohen, Asmara mengatakan bahwa persoalan pengadilan HAM tidak sebatas pada peraturan dan pengetahuan hakim atas peraturan itu. Namun lebih kepada independensi dan imparialitas aparat penegak hukumnya.²⁸⁵

- (4) *Tidak Diatur Prosedur Pengusulan Pembentukan Pengadilan HAM Ad Hoc*
Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 menetapkan bahwa pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU No. 26 Tahun 2000 diperiksa dan diputus oleh Pengadilan HAM ad hoc. Menurut Pasal 43 ayat (2) Pengadilan HAM ad hoc dibentuk atas usul DPR berdasarkan peristiwa tertentu dengan Keppres. Penjelasan Pasal 43 ayat (2) menyatakan bahwa dalam hal DPR mengusulkan pembentukan Pengadilan HAM ad hoc, DPR “mendasarkan(nya) pada **dugaan**²⁸⁶ telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat” (yang dibatasi pada *locus*

²⁸³ Wawancara dengan Romli Atmasasmita 13 Juli 2006 di Yogyakarta.

²⁸⁴ *Ibid.*

²⁸⁵ Wawancara tanggal 1 Januari 2005 di Jakarta.

²⁸⁶ Penebalan oleh (penulis).

dan *tempus delicti* tertentu yang terjadi sebelum diundangkannya UU No. 26 Tahun 2000).

Hal yang tidak diatur oleh UU No. 26 Tahun 2000 adalah **prosedur yang harus ditempuh** yang berujung pada tindakan DPR untuk mengusulkan pembentukan Pengadilan ad hoc. Karena penjelasan Pasal 43 ayat (2) jelas-jelas menyatakan bahwa pengusulan tersebut (harus) didasarkan pada dugaan telah terjadinya pelanggaran HAM yang berat sedangkan dugaan terjadinya pelanggaran HAM yang berat hanya dapat disimpulkan setelah dilakukan penyelidikan, dan karena penyelidikan pelanggaran HAM yang berat dilakukan oleh Komnas HAM, maka, berdasarkan pikiran dan logika hukum normal, DPR seharusnya mendasarkan tindakannya untuk mengusulkan pembentukan Pengadilan ad hoc itu pada hasil penyelidikan Komnas HAM, yang menyimpulkan terjadinya pelanggaran HAM yang berat dalam peristiwa yang diselidikinya. Dengan demikian, juga berdasarkan akal sehat, Komnas HAM-lah yang seharusnya diberi kewenangan untuk meminta DPR mengusulkan pembentukan Pengadilan ad hoc tersebut agar hasil penyelidikan Komnas HAM dapat ditindaklanjuti sampai pemeriksaan di pengadilan.

- (5) *Tidak Ada Ketentuan Batas Waktu Balik Baliknya BAP*
Dalam Pasal 20 ayat (3) dinyatakan bahwa “Dalam hal penyidik berpendapat bahwa hasil penyelidikan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) masih kurang lengkap, penyidik segera mengembalikan hasil penyelidikan tersebut kepada penyidik disertai petunjuk untuk dilengkapi dan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal diterimanya hasil penyelidikan, penyidik wajib melengkapi kekurangan tersebut”.

UU hanya menetapkan batas waktu pelengkapan dan penyampaian kembali hasil penyelidikan kepada penyidik oleh penyidik, yaitu 30 (tiga puluh) hari. Tetapi UU No. 26 Tahun 2000 tidak menetapkan batas

waktu bagi penyidik untuk mengembalikan hasil penyelidikan kepada penyidik, dalam hal penyidik menganggap bahwa hasil penyelidikan masih kurang lengkap. UU hanya menetapkan bahwa pengembalian harus dilakukan dengan segera.²⁸⁷

Ketentuan ini, sebagaimana juga KUHAP tidak mengatur secara tegas berapa kali atau berapa lama Berkas Acara Penyelidikan (BAP) bolak balik dari Penyidik ke Penyidik, dan sebaliknya dari Penyidik ke Penyidik. Dengan tidak adanya batas waktu, maka peluang perkara menjadi telantar sangat besar.

Dalam Risalah rapat, hal ini telah dibicarakan Panja dengan nada kekhawatiran. Akhil Mochtar (F-FG), Komariah Kuncoro (F-FG), Zein Badjeber (F-PPP), termasuk I Ketut Astawa dari F-TNI/Polri meminta dengan tegas agar pengembalian berkas hasil penyelidikan oleh penyidik disertai dengan petunjuk, alasan dan waktu yang jelas agar perkara tidak terlanter, sebagaimana terjadi perkara pidana biasa yang diatur KUHAP.²⁸⁸ Tetapi faktanya UU No. 26 Tahun 2000 tidak mengatur waktu yang jelas, hanya menjelaskan makna "kurang lengkap" adalah belum cukup memenuhi unsur pelanggaran HAM yang berat untuk dilanjutkan ke tahap penyidikan.

²⁸⁷ Hasil penyelidikan peristiwa kerusakan Mei 13 September 1999 yang disampaikan penyidik kepada penyidik pada 3 Maret 2004, atau sekitar 5,5 bulan, kemudian karena penyidik menganggap hasil penyelidikan kurang lengkap. Hasil penyelidikan peristiwa Wasior 2001-2002 dan peristiwa Wamena 2003, yang disampaikan penyidik kepada penyidik pada 3 September 2004, baru dikembalikan dengan alasan yang sama kepada penyidik 30 November 2004, atau hampir 3 (tiga) bulan setelah hasil penyelidikan disampaikan kepada penyidik.

²⁸⁸ Risalah, *loc.cit*

Terkait dengan hal di atas, yang luput dari perhatian DPR adalah batas waktu bagi penyidik untuk memulai penyidikan. Ketiadaan ketentuan demikian berpotensi mengakibatkan tertunda-tundanya penyidikan, karena kesengajaan atau ketidaksengajaan.

(6) *Tidak Diatur Prosedur Penyelesaian Perbedaan Pendapat antara Penyidik dan Penyidik*

Langkah lebih lanjut Komnas HAM setelah hasil penyelidikan menemukan adanya peristiwa pelanggaran HAM yang berat adalah: (a) menyampaikan "kesimpulan hasil penyelidikan"nya kepada penyidik (ayat (1)); (b) menyerahkan "seluruh hasil penyelidikan"nya kepada penyidik dalam waktu paling lambat 7 (tujuh) hari kerja setelah kesimpulan hasil penyelidikan disampaikan kepada penyidik (ayat (2)); dan (c) dalam waktu 30 (tiga puluh) hari melengkapi kekurangan hasil penyelidikannya apabila penyidik berpendapat demikian (ayat (3)).

Setelah melalui proses sebagaimana diatur dalam Pasal 20,²⁸⁹ penyidik mungkin saja berbeda pendapat dengan penyidik dan menyimpulkan bahwa dalam

²⁸⁹ Pasal 20 (1) dalam hal Komnas HAM berpendapat bahwa terdapat bukti permulaan yang cukup telah terjadi peristiwa pelanggaran HAM yang berat, maka kesimpulan hasil penyelidikan disampaikan kepada penyidik. (2) Paling lambat 7 (tujuh) hari kerja setelah kesimpulan hasil penyelidikan disampaikan, Komisi Nasional Komnas HAM menyerahkan seluruh hasil penyelidikan kepada penyidik. (3) Dalam hal penyidik berpendapat bahwa hasil penyelidikan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) masih kurang lengkap, penyidik segera mengembalikan hasil penyelidikan tersebut kepada penyidik disertai petunjuk untuk dilengkapi dan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal diterimanya hasil penyelidikan, penyidik wajib melengkapi kekurangan tersebut.

peristiwa yang diselidiki oleh penyidik Komnas HAM tidak terdapat pelanggaran HAM yang berat. Dalam hal demikian, Jaksa Agung wajib mengeluarkan surat perintah penghentian penyidikan (Pasal 22 ayat (4)). Tetapi bagaimana jika Komnas HAM, selaku penyidik tidak menerima begitu saja kesimpulan Penyidik (Kejaksaan Agung)? UU No. 26 Tahun 2000 tidak memuat ketentuan yang menetapkan mekanisme dan lembaga yang dapat menyelesaikan kemungkinan perbedaan simpulan penyidik dan penyidik demikian. Ketiadaan pengaturan tersebut mengakibatkan rentannya "nasib" hasil penyelidikan Komnas HAM serta akan terhalangnya proses pencarian kebenaran dan keadilan.

(7) *Kerancuan Maksud Penyelidikan*

UU No. 26 Tahun 2000 Pasal 1 angka 5 mendefinisikan penyelidikan sebagai "serangkaian tindakan penyidik untuk mencari dan menemukan ada tidaknya suatu **peristiwa**²⁹⁰ yang diduga merupakan pelanggaran HAM yang berat guna ditindaklanjuti dengan penyidikan sesuai dengan ketentuan yang diatur dalam undang-undang ini. Pengertian penyelidikan demikian itu, merupakan adaptasi pengertian penyelidikan menurut KUHAP. Begitu pula sasaran penyelidikan yang diatur dalam Pasal 19 ayat (1) adalah "....melakukan penyelidikan dan pemeriksaan terhadap **peristiwa**.....". Dalam Pasal 20 ayat (1) kembali menegaskan tugas penyidik adalah menemukan **peristiwa**.

Konsistensi pengertian dan sasaran penyelidikan yang dimuat dalam Pasal 1 angka 5, Pasal 19 ayat (1) huruf a, dan Pasal 20 ayat (1) menjadi rancu oleh penjelasan Pasal 20 ayat (1) tentang pengertian istilah

"bukti permulaan yang cukup". Dalam penjelasan itu disebutkan bahwa "bukti permulaan yang cukup untuk menduga adanya tindak pidana bahwa **seseorang** yang karena perbuatannya atau keadaannya, berdasarkan bukti permulaan patut di duga sebagai **pelaku**."

Apabila maksud penyelidikan yang diatur dalam Pasal 1 angka 5, Pasal 19 ayat (1) huruf a, dan Pasal 20 ayat (1), adalah untuk menemukan ada atau tidaknya peristiwa yang diduga merupakan pelanggaran HAM yang berat, sedangkan penjelasannya berbunyi bahwa maksud dan tujuan penyelidikan adalah menemukan orang yang patut diduga sebagai pelaku. Kerancuan tersebut tidak hanya membingungkan maksud dan tujuan penyelidikan, tetapi juga mengacaukan kewenangan, karena tugas dan kewenangan menemukan orang sebagai pelaku bukan tugas dan kewenangan penyidik, tetapi penyidik.

Selain itu, semenjak pembahasan, anggota Panja mempersoalkan perbedaan konsep "bukti awal" yang disebut UU No. 39 Tahun 1999 dan yang diatur KUHAP yang menggunakan konsep "bukti permulaan". Menurut Panja UU ini mengacu kemana? Menggunakan konsep yang dianut UU No. 39 Tahun 1999 atau KUHAP. Panja RUU mengusulkan agar klausul ini dirumuskan dengan kriteria dan acuan yang jelas, agar tidak terjadi penyalahgunaan kewenangan oleh penyidik.²⁹¹

Hasil pembahasan Panja akhirnya diakomodir dalam penjelasan Pasal 20 ayat (1) dengan menyatakan bahwa "bukti permulaan yang cukup" adalah bukti permulaan untuk menduga adanya tindak pidana bahwa seseorang yang karena perbuatannya atau keadaannya, berdasarkan bukti permulaan patut diduga sebagai

²⁹⁰ Penebalan dari penulis.

²⁹¹ Risalah Resmi, *loc.cit.*

pelaku pelanggaran HAM yang berat. Dengan kata lain, Panja dan Pemerintah sepakat mengikuti rumusan KUHAP.²⁹²

Guna menghindarkan penyalahgunaan wewenang aparat penyelidik, penjelasan Pasal ini mencantumkan ketentuan bahwa dalam penyelidikan tetap dihormati asas praduga tak bersalah sehingga hasil penyelidikan bersifat tertutup (tidak disebarluaskan) sepanjang menyangkut nama-nama yang diduga melanggar HAM yang berat sesuai dengan ketentuan Pasal 92 UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM.

(8) *Tentang Alat Bukti*

KUHAP sebagai hukum acara pengadilan HAM ad hoc, memiliki beberapa kelemahan mendasar untuk dipakai dalam menyidangkan kasus-kasus Pelanggaran HAM yang berat. KUHAP tidak dibuat atau didesain untuk mengadili Kasus Pelanggaran HAM berat yang sifat hukum acaranya lebih khusus. Pasal-pasal yang ada dalam KUHAP jauh standar-standar hukum internasional dalam mengadili para pelanggaran HAM berat, seperti prosedur hukum acara yang digunakan oleh beberapa tribunal Internasional misalnya Pengadilan di Nuremberg, Tokyo, Rwanda, dan Yugoslavia.

Tingkat kesesuaian yang paling jauh adalah menyangkut pembuktian, termasuk di dalamnya adalah alat bukti, standar alat bukti dan prosedur pembuktian. Alat bukti menurut Pasal 184-190 KUHAP meliputi: (1) keterangan saksi. (2) keterangan ahli (3) surat (4) petunjuk dan (5) keterangan terdakwa. Bila diperhatikan, kelima jenis alat bukti yang diatur KUHAP sulit digunakan dalam persidangan kasus

pelanggaran HAM berat, karena yang harus dibuktikan Jaksa Penuntut Umum tentang ada tidaknya kejahatan terhadap kemanusiaan adalah unsur meluas, sistematis dan intensi.

Pengalaman-pengalaman internasional dalam menyidangkan kasus-kasus pelanggaran berat HAM justru lebih banyak menggunakan alat-alat bukti yang tidak sama dengan alat bukti yang diatur KUHAP misalnya, alat bukti rekaman baik yang berbentuk film atau kaset yang berisi pidato, siaran pers, wawancara korban, wawancara pelaku, kondisi keadaan tempat kejadian dan sebagainya. Kemudian alat bukti yang dipakai juga berbentuk dokumen-dokumen foto copy, kliping koran, artikel lepas, opini yang terkait dengan kasus yang disidangkan yang oleh KUHAP selama ini tidak diterima.

Begitu juga dengan prosedur pembuktian. Tidak semua alat bukti harus didatangkan di persidangan, karena karena peristiwa pidana (*tempus delicti*) terkadang jauh dari lokasi persidangan, seperti halnya kasus Timor Timur. Bagaimana bila saksi hanya bersedia bersaksi melalui rekaman video, atau melalui *teleconference* (televisi atau telepon)? Hal ini juga tidak diatur dalam KUHAP.

Hal-hal yang dapat dijadikan alat bukti dalam KUHAP ini dianggap tidak memadai jika dikomparasikan dengan praktik peradilan internasional. Pengalaman-pengalaman internasional yang menyidangkan kasus pelanggaran HAM berat justru lebih banyak menggunakan alat-alat bukti di luar yang diatur oleh KUHAP. Misalnya rekaman, baik itu yang berbentuk film atau kaset yang berisi pidato, siaran pers, wawancara korban, wawancara pelaku, kondisi keadaan tempat kejadian dan sebagainya. Kemudian alat bukti yang dipakai juga diperbolehkan berbentuk dokumen-dokumen salinan, kliping koran, artikel lepas, sampai

²⁹² Ibid.

suatu opini yang terkait dengan kasus yang disidangkan.²⁹³

(9) **Tentang Kompensasi, Restitusi dan Rehabilitasi**²⁹⁴

Ketentuan mengenai kompensasi, restitusi dan rehabilitasi dalam UU No. 26 Tahun 2000 dan dijabarkan dalam PP No. 3 Tahun 2002 ini seolah-olah memberikan pemulihan bagi korban tetapi secara yuridis sangat susah untuk diaplikasikan. Hambatan yuridis yang berkenaan dengan hak atas kompensasi, restitusi dan rehabilitasi bagi para korban ini terletak pada prosedur pengajuan atas kompensasi, restitusi dan rehabilitasi. Pengalaman pengadilan HAM *ad hoc* Tanjung Priok menunjukkan bahwa kompensasi, restitusi dan rehabilitasi bisa diberikan kepada korban tetapi karena tidak ada pengajuan tentang berapa kompensasi, restitusi dan rehabilitasi yang diminta oleh korban, dalam amar putusan hanya dijelaskan bahwa kompensasi, restitusi dan rehabilitasi untuk korban dan dilaksanakan sesuai ketentuan perundang-undang yang berlaku.²⁹⁵ Keputusan ini adalah keputusan pertama kali tentang kompensasi, restitusi dan rehabilitasi kepada korban pelanggaran HAM.

²⁹³ Lihat Progress Report pemantauan pengadilan HAM *ad hoc* Elsam ke X. Tanggal 28 Januari 2003.

²⁹⁴ KUHAP tidak mengatur tentang adanya kompensasi dan rehabilitasi bagi korban. Rehabilitasi dalam KUHAP ditujukan kepada seorang tersangka atau terdakwa yang dibebaskan. Sedangkan ketentuan KUHAP yang bisa digunakan adalah ketentuan mengenai restitusi karena korban juga berhak mendapatkan restitusi.

²⁹⁵ Lihat putusan pengadilan HAM *ad hoc* atas nama Mayjend (Pum) R.A. Butar-butar yang divonis 10 tahun penjara dan ada putusan mengenai kompensasi, restitusi dan rehabilitasi kepada korban. Putusan dibacakan pada tanggal 26 Maret 2004.

(10) **Lemahnya Perlindungan Saksi dan Korban**

UU ini hanya mengatur dan mengakui hak korban dan saksi atas perlindungan fisik dan mental dari ancaman, gangguan, teror dan kekerasan dari pihak manapun,²⁹⁶ dan sama sekali tidak mengatur kewajiban hukum penyelidik, penyidik, penuntut umum, dan pengadilan HAM untuk memastikan terjaminnya perlindungan korban dan saksi.

UUU Nomor 13 Tahun 2006 hanya mengatur: (a) perlindungan atas keamanan pribadi korban atau saksi dari ancaman fisik dan mental, (b) perasiswaan identitas korban dan saksi, dan (c) pemberian keterangan pada saat pemeriksaan di sidang pengadilan tanpa bertatap muka dengan tersangka.

Perlindungan demikian itu tidak cukup menjamin perlindungan korban dan saksi yang akibatnya dalam pada pengadilan HAM *ad hoc* Timor Timur terdapat banyak saksi korban yang tidak bersedia memberikan keterangan atau kesaksiaan karena jaminan yang tidak maksimal tersebut, berbeda dengan pengadilan ICTY,²⁹⁷ ICTR²⁹⁸ dan ICC.²⁹⁹

(11) **Tentang Jaksa dan Hakim**

Proses pemilihan dan penempatan posisi jaksa penuntut umum yang terdiri atas jaksa karier, komponen masyarakat, dan oditur militer dipilih secara tidak transparan dan tidak membuka ruang bagi partisipasi

²⁹⁶ Pasal 34 ayat (1).

²⁹⁷ Lihat Statute Pasal 22 dan *Rules of Procedure and Evidence* Pasal 69 dan 75.

²⁹⁸ Lihat Statute Pasal 21 dan *Rules of Procedure and Evidence* Pasal 69 dan 75.

²⁹⁹ Lihat Statute Pasal 68 dan *Rules of Procedure and Evidence* Pasal 87 dan 88.

publik untuk memberikan masukan atau aspirasi. Nama-nama jaksa terlalu lama disimpan sebelum dipublikasikan ke khalayak.

Kelemahan UU No 26 Tahun 2000 ternyata memberikan kontribusi besar terhadap masalah ini sebagaimana terlihat dalam Pasal 23 ayat 2 yang menyatakan bahwa pengadilan HAM ad-hoc “dapat” mengangkat jaksa ad hoc yang berasal dari masyarakat. Namun pada pasal 23 ayat 4 bagian (c), peran masyarakat tersebut ditutup oleh undang-undang ini dengan membuat syarat bahwa jaksa ad-hoc tersebut harus berpengalaman sebagai penuntut umum. Hal ini tentunya mengakibatkan jaksa ad hoc yang terpilih terbatas pada para jaksa aktif, mantan jaksa dan para oditur militer.

Dari dokumen Risalah Rapat, dapat ditemukan data bahwa tertutupnya peluang unsur masyarakat menjadi penuntut umum lebih karena pemerintah—yang disetujui oleh DPR—beralasan bahwa personal penuntut umum memang harus profesional. Selain itu unsur masyarakat bisa terwakili dilevel mekanisme penyelidikan oleh Komnas HAM yang nobatene adalah unsur masyarakat.³⁰⁰

Tidak berbeda jauh dengan rekrutmen para Jaksa, rekrutmen calon hakim pengadilan HAM yang terdiri dari para hakim karier dan non-karier juga berlangsung secara tidak transparan. Selama proses tersebut partisipasi publik sangat minim. Parameter kualifikasi para kandidat hakim juga sumir dan tidak transparan. Tidak begitu jelas apa kriteria minimum yang harus dimiliki oleh para calon hakim pengadilan HAM kecuali kriteria yang sifatnya teknis. Latar belakang calon hakim ternyata tidak menjadi pertimbangan yang penting

untuk menjadi hakim HAM, termasuk latar belakang pendidikan hukumnya.³⁰¹

Selain itu terjadi ketidak seimbangan komposisi diantara para hakim non-karier karena di antara para calon yang terpilih terdapat empat orang berasal dari IAIN Syarif Hidayatullah Jakarta, sementara dari perguruan tinggi lain hanya terdiri dari satu atau dua orang saja. Tidak ada penjelasan yang signifikan tentang landasan pertimbangan ini kepada publik, kecuali pernyataan Benyamin Mangkudilaga, sebagai ketua panitia seleksi hakim ad hoc, bahwa terbuka kemungkinan digunakannya hukum syariah sebagai acuan interpretasi hukum.

b. UU No. 27 Tahun 2004 (KKR)

(a) Latar Belakang Terbentuknya UU

Konteks pembentukan KKR di pelbagai negara adalah transisi politik dari rezim otoriter ke rezim demokratis. Dalam transisi tersebut terdapat sejumlah agenda hukum dan politik terkait pelanggaran HAM yang harus dijelaskan, diakui dan

³⁰⁰ Risalah Resmi, *loc. cit.*

³⁰¹ Misalnya, ada tiga orang hakim karier dengan latar belakang atau reputasi buruk dalam penanganan kasus-kasus yang berkaitan dengan masalah HAM tetap terpilih; dan ada calon terpilih yang belakangan terungkap tidak memenuhi syarat umur minimum yaitu Hendra Nurcahyo. Kasus berkaitan umur kandidat ini belakangan diklarifikasi oleh ketua panitia pemilihan, Benyamin Mangkudilaga, sebagai sebuah dispensasi berdasarkan potensi yang dimiliki oleh yang bersangkutan, namun tidak dijelaskan apa kriteria yang menjadi dasar pemberian dispensasi atas dasar potensialitas tersebut. Hendra Nurcahyo sendiri akhirnya menyatakan mengundurkan diri sebagai hakim pengadilan HAM atas desakan Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

dicarikan penyelesaiannya demi masa depan negara hukum demokratis yang akan dibangun; sekalipun banyak kesulitan.

Beberapa peneliti telah menegaskan kesulitan di era transisi politik. Guillermo O'Donnel, Philippe Schmitter, L. Whitehead³⁰² misalnya menyebutkan, bahwa demokratisasi adalah proses menuju lorong ketidakpastian. Tidak ada jaminan, proses transisi betul-betul mengarah pada demokrasi atau malah terjebak dalam bayang-bayang demokrasi, atau dalam istilah Carothers *gray area*³⁰³.

Rezim otoriter dimanapun memang selalu meninggalkan "hutang kemanusiaan" karena pelanggaran HAM yang mereka lakukan berlalu begitu saja tanpa pertanggungjawaban apapun. Rezim demokratis yang menggantikan selalu pula dihadapkan pada pilihan sulit; apakah akan mendiadakan saja sebagai masa lampau suatu rezim yang tidak perlu diingat apalagi diusut dan diadili, ataukah sebaliknya diselidiki dan dipertanggungjawabkan.³⁰⁴ Menurut Whitehead, "kalau kejahatan-kejahatan besar tidak diselidiki dan pelaku-pelakunya tidak dihukum, tidak akan ada penanaman norma-norma demokrasi dalam masyarakat

pada umumnya, dan karenanya tidak terjadi konsolidasi demokrasi³⁰⁵. Sekalipun terdapat pula kecenderungan untuk memaafkan dan melupakannya demi konsolidasi dan masa depan bangsa itu juga.

Pemerintahan transisi, pada umumnya berusaha menjawab masalah tersebut dengan mendamaikan kecenderungan menghukum di satu sisi dengan kecenderungan memberi maaf atau amnesti di sisi lain. Sebagai semacam "jalan tengah" upaya demikian tidak sepenuhnya memuaskan semua pihak, terutama korban, keluarga korban dan organisasi masyarakat sipil. Tetapi itulah usaha pemerintahan transisi yang dapat dilakukan mengingat kejahatan kemanusiaan yang dilakukan rejim sebelumnya mengandung dimensi politik, psikologis dan hukum sangat kompleks.

Belajar dari banyak negara,³⁰⁶ Komisi hadir untuk menangani masa lalu, tetapi berimplikasi pada masa kini dan masa depan. Semangatnya adalah reflektif-responsif sekaligus restoratif-rekonstruktif. Upayanya untuk membongkar masa lalu bukan demi masa lalu itu sendiri. Begitu juga upaya mengkonstruksi masa depan tidak dengan mengingkari sejarah masa lalu.

Dalam konteks Indonesia, pembentukan Pengadilan HAM ad hoc baru terealisasi hampir dua tahun setelah gelombang tuntutan perlunya dilakukan penuntutan dan proses peradilan atas para pelaku pelanggaran HAM.

³⁰² Guillermo O'Donnel, Philippe Schmitter, and Lawrence Whitehead (ed) *Transition....loc.cit.*

³⁰³ *Grey Area* yang dimaksud Carothers sebagai mandeknya proses transisi demokrasi. Otoriter tidak, demokratis juga tidak.

³⁰⁴ Dalam penyelesaian terhadap masa lalu, terdapat empat pola yang lazimnya mungkin dipilih. Sebagai sebuah spektrum mereka bergerak dari (1) "*never to forget, never to forgive*" (tidak melupakan dan tidak memaafkan, yang berarti "adili dan hukum") dan (2) "*never to forget but to forgive*" (tidak melupakan tetapi kemudian memaafkan, yang berarti "adili dan kemudian ampuni") sampai dengan (3) "*to forget but never to forgive*" (melupakan tetapi tidak pernah memaafkan, yang artinya tidak ada pengadilan tetapi akan dikutuk selamanya) dan (4) "*to forget and to forgive*" (melupakan dan memaafkan, yang artinya tidak ada pengadilan dan dilupakan begitu saja).

³⁰⁵ Budiman Tanuredjo, "Merundingkan Masa Lalu", *Kompas*, 16 Desember 2003.

³⁰⁶ Sudah ada paling tidak dua puluh satu komisi kebenaran resmi yang dibentuk di seluruh dunia sejak tahun 1974, meskipun memiliki nama berbeda-beda. Ada "komisi orang hilang" di Argentina, Uganda dan Sri Lanka, "komisi kebenaran dan keadilan" di Haiti dan Ekuador, "komisi klarifikasi sejarah" di Guatemala, dan "komisi kebenaran dan rekonsiliasi" di Afrika Selatan dan Chili. Yang lainnya terbentuk di Jerman, El Salvador, dan seterusnya.

Sedangkan KKR baru direkomendasikan juga pada tahun yang sama melalui TAP MPR No. V/MPR/2000 yang menugaskan Presiden dan DPR untuk antara lain membuat RUU KKR³⁰⁷ serta UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, Pasal 47 Ayat (1) dan (2)³⁰⁸.

Signifikansi pembentukan KKR di Indonesia, bukan sekadar alternatif pengadilan HAM ad hoc, tetapi sebagai kawan seiring. Ia merupakan upaya kunci yang di dalamnya kental perspektif HAM dan paradigma humanis yang mengedepankan kepentingan para korban di satu sisi, dan menyelamatkan kehidupan masyarakat umum di sisi lain. Ia merupakan wahana untuk menerapkan konsep keadilan yang restoratif dan reparatif di satu sisi dan konstruktif di sisi lain. Kalau pengadilan hanya menekankan aspek pro yustisia penuntutan, dan penghukuman, maka komisi bergerak lebih jauh dari itu, yaitu mengungkapkan kebenaran tentang suatu peristiwa untuk memenuhi hak untuk tahu dari korban, keluarga korban, dan masyarakat secara luas sebagai pelajaran agar tidak terulang; sekaligus menjadi alternatif penyelesaian apabila pengadilan gagal melakukan peran yudisialnya.

³⁰⁷ TAP MPR No. V/MPR/2000 Bab V Butir (3) menyebutkan, Membentuk Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi Nasional sebagai lembaga ekstra judicial yang jumlah dan kreterianya ditetapkan dengan undang-undang. Komisi bertugas untuk menegakkan kebenaran dengan mengungkapkan penyalahgunaan kekuasaan dan pelanggaran HAM masa lampau, sesuai dengan ketentuan hukum dan perundang-undangan yang berlaku dan melaksanakan rekonsiliasi dalam perspektif kepentingan bersama sebagai bangsa.

³⁰⁸ Pasal 47 ayat (1) Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum berlakunya Undang-undang ini tidak menutup kemungkinan penyelesaiannya dilakukan oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi. (2) Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk dengan Undang-undang.

Dengan landasan TAP MPR No. V/MPR/2000 dan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, Pasal 47 Ayat (1) dan (2), pemerintahan Megawati mengesahkan UU No. 27 Tahun 2004 tentang KKR pada 6 Oktober 2004, atau enam tahun setelah rezim otoriter Soeharto jatuh. Tetapi belum sempat komisioner dan mandat dari UU ini dibentuk dan dilaksanakan, UU ini telah dibatalkan oleh MK melalui keputusan No. 006/PUU-IV/2006 setelah sejumlah LSM mengajukan peninjauan kembali (*judicial review*) terhadap UU KKR karena dinilai bertentangan dengan UUD 1945.³⁰⁹

³⁰⁹ *Judicial Review* diajukan oleh sejumlah lembaga hukum dan perseorangan antara lain: Elsam Jakarta, KontraS, Imparsial, dan Raharja Waluya Jati, H. Tjasman Setyo Prawiro (perseorangan). Para Pemohon, mohon kepada Majelis Hakim Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia untuk memeriksa dan memutus Permohonan Uji Materil UU KKR terhadap UUD 1945, sebagai berikut: 1. Menerima dan mengabulkan seluruh permohonan pengujian UU para Pemohon; 2. Menyatakan materi muatan Pasal 27 UU No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 27 Ayat (1), Pasal 28D Ayat (1), Pasal 28I Ayat (2) UUD 1945; 3. Menyatakan materi muatan Pasal 44 UU No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 28D Ayat (1) dan Pasal 28I Ayat (4) UUD 1945; 4. Menyatakan materi muatan Pasal 1 Ayat (9) UU No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi bertentangan dengan UUD 1945, khususnya Pasal 28D Ayat (1) dan Pasal 28I Ayat (5) UUD 1945; 5. Menyatakan materi muatan Pasal 27, Pasal 44 dan Pasal 1 Ayat (9) UU No. 27 Tahun 2004 tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi tidak mempunyai kekuatan hukum yang mengikat.

(b) Respon dan Peran Aktor

1. Pemerintah

Peran dan respon negara terhadap penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu di era reformasi, mulai dari pemerintahan Presiden B.J. Habibie, Gus Dur, Megawati Soekarnoputri, dan SBY, menunjukkan fluktuasi sikap, pandangan dan kebijakan yang berbeda, sejalan dengan perubahan sosial politik selama satu dekade setelah Orde Baru.

UU KKR adalah inisiatif Pemerintah sebagai respon hukum atas TAP MPR No. XVII/MPR/1998 Tentang HAM, dan TAP MPR No. V/MPR/2000 Tentang Pemantapan Persatuan dan Kesatuan Nasional,³¹⁰ serta UU No. 26 Tahun 2000.³¹¹ Tap MPR No. XVII merupakan kebijakan umum (*public policy*) tentang penghormatan, perlindungan dan

penegakan HAM, sedangkan Tap MPR No. V secara implisit menyebut pembentukan KKR.³¹²

Respon dan Peran pemerintahan B.J. Habibie dalam mendorong institusionalisasi gagasan penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu cukup terlihat. Tidak kurang 5 TAP MPR, 16 UU, 24 Keppres, 1 Instruksi Presiden, dan 4 Institusi yang langsung atau tidak langsung berhubungan dengan upaya perlindungan, penghormatan dan penegakan HAM telah dikeluarkan.

Pada era pemerintahan Gus Dur, dan penerusnya Megawati, respon dan peran keduanya sekalipun tidak menunjukkan keberatan dengan gagasan KKR tetapi lebih banyak mengambil posisi pasif; tidak cukup progresif mendorong langkah-langkah cepat pembuatan UU KKR. Prakarsa pembentukan UU KKR di era kedua pemerintahan lebih banyak datang dari kalangan masyarakat sipil, khususnya LSM, dan yang paling mengemuka adalah ELSAM.³¹³

³¹⁰ Secara formal TAP ini tidak dijadikan Konsideran dalam UU No. 27 Tahun 2004 karena TAP MPR tidak termasuk peraturan perundang-undangan. Tap MPR ini secara jelas memberikan mandat bagi pembentukan suatu "Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi" yang akan memusatkan pada "penyalahgunaan kekuasaan serta pelanggaran HAM", yang dengan demikian membuka jalan menuju tindakan-tindakan yang lebih komprehensif, termasuk pengakuan bersalah, permintaan maaf dan pemberian maaf, rekonsiliasi, penegakan hukum, rehabilitasi atau tindakan semacam lainnya yang akan bermanfaat guna mengonsolidasikan kesatuan dan keutuhan nasional, yang menghormati rasa keadilan masyarakat."

³¹¹ Pasal 47 UU No. 26 Tahun 2000 menyatakan bahwa 'tidak tertutup kemungkinan' bahwa penyelesaian "pelanggaran-Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum berlakunya Undang-Undang ini" akan dilakukan oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi.

³¹² Munculnya gagasan pembentukan komisi kebenaran disuarakan oleh berbagai kalangan yakni tokoh politik, lembaga swadaya masyarakat dan juga Komnas HAM yang mendorong adanya Komisi Rekonsiliasi Nasional pada tahun 1998. Gagasan pembentukan komisi rekonsiliasi ini kemudian ditindak lanjuti dengan adanya kesepakatan antara Komnas HAM dengan pihak pemerintah untuk membentuk Tim Informal Rekonsiliasi Nasional. Gagasan rekonsiliasi ini juga ditangkap berbagai kelompok misalnya tokoh politik, meskipun dengan usulan format rekonsiliasi yang berbeda-beda diantaranya Rembuk Nasional, Forum Konsolidasi Nasional, sampai pada gagasan untuk membentuk Komisi Pencari Kebenaran dan Rekonsiliasi.

³¹³ Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (Elsam) adalah LSM yang paling getol dan terdepan menyuarakan perlunya dibentuk segera KKR sesuai amanat TAP MPR dan UU. Elsam bahkan menyiapkan naskah RUU KKR.

Latar belakang Gus Dur sebagai tokoh yang dekat bahkan bagian dari aktivis LSM yang kritis terhadap Orde Baru, serta karakternya yang terbuka dan informal memberi makna tersendiri bagi respon kalangan organisasi kemasyarakatan terhadap pelebagaan agenda penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu. Di era Gus Dur inilah perbincangan intensif hingga penyusunan draf RUU KKR diajukan ke DPR.

Sementara Presiden Megawati yang diwarisi masalah politik ketatanegaraan akibat pemberhentian Gus Dur dari Presiden, belum tuntasnya agenda institusionalisasi transisi politik dari Orde Baru, banyaknya kekerasan di pelbagai daerah yang disinyalir sebagai reaksi sisa rezim Orde Baru atas pengusutan kasus Timor Timur dan Tanjung Priok telah menyebabkan Pemerintahan Megawati cenderung pasif terhadap agenda UU KKR, dan lebih memfokuskan pada agenda penataan politik dan ekonomi.

Departemen hukum dan HAM (dulu departemen Kehakiman dan Perundang-undangan) pada era Megawati memang melakukan beberapa kali seminar guna membahas dan meminta masukan pembentukan KKR dari organisasi-organisasi masyarakat sipil, terutama dari Elsam. Tetapi hasilnya dan usulan Elsam tentang format KKR kepada Pemerintah tidak kunjung disusun ke dalam RUU KKR.

Setelah menunggu hampir tiga tahun setelah berlakunya UU No. 26 Tahun 2000, yakni 23 November 2000, RUU KKR baru diserahkan kepada DPR hingga Mei 2003, yaitu dengan surat Presiden No. R.07/PU/V/2003 tertanggal 26 Mei 2003,³¹⁴ yang berarti proses pemeriksaan sidang pengadilan kasus Timor Timur dan Tanjung Priok telah berjalan, dan sudah selesai pula proses penyelidikan tiga kasus

Pelanggaran HAM yang berat masa lalu, yaitu perkara Peristiwa Trisakti 1998, Semanggi I 1998, dan Semanggi II 1999.

Respon pemerintah terhadap RUU KKR sesungguhnya lebih diorientasikan kepada terciptanya persatuan dan kesatuan bangsa atau rekonsiliasi, yang berlawanan dengan gagasan kelompok-kelompok penekan yang lebih mengutamakan pemenuhan hak-hak korban, dan menempatkan rekonsiliasi nasional di tempat kedua.

Di era SBY, masalah di sekitar UU KKR berlanjut dalam bentuk pengabaian pembentukan institusi (Komisi) yang dimandatkan UU untuk dibentuk. Pemerintahan SBY tidak saja pasif, lamban, tetapi juga resisten dengan menunda-nunda pembentukan KKR³¹⁵. Apapun hambatan pemilihan 21 nama calon anggota KKR, pemerintahan SBY telah melanggar ketentuan undang-undang yang membatasi pembentukan KKR paling lambat 6 (enam) bulan setelah UU disahkan.

Sikap dasar dan perspektif pemerintahan era reformasi terhadap KKR pada dasarnya sama; bahwa UU ini diorientasikan pada upaya rekonsiliasi, dan bukan untuk pencarian kebenaran dan keadilan korban sebagaimana argumen dan perdebatan di DPR, termasuk keterangan pemerintah di persidangan MK, yang jelas menyebutkan bahwa pembentukan KKR merupakan ikhtiar kolektif yang mengedepankan "nilai-nilai Islah" dari Bangsa Indonesia dalam rangka perlindungan dan penegakan HAM.

Pemerintah menegaskan bahwa esensi yang sangat penting dalam menyelesaikan pelanggaran HAM berat yang terjadi pada masa lalu adalah antara pelaku dan korban saling

³¹⁴ Lihat Komentar ICTJ (*International Central for Transitional Justice*) Atas Undang-Undang Pembentukan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi di Indonesia, hlm. 4.

³¹⁵ 42 (empat puluh dua nama) calon anggota KKR yang telah berada di tangan Presiden selama Lima (5) bulan lebih tidak kunjung terpilih 21 nama untuk disampaikan ke DPR sampai akhirnya UU KKR dibatalkan oleh MK.

memaafkan (Pasal 29 UU KKR), guna terwujudnya rekonsiliasi nasional dalam rangka memantapkan persatuan dan kesatuan nasional, seperti diamanatkan oleh TAP MPR-RI No. V/TAP/MPR/2000 tentang Pemantapan Persatuan dan Kesatuan Nasional.³¹⁶

Atas dasar itu Pemerintah menyatakan bahwa guna mewujudkan UU KKR harus didasari kesadaran bersama untuk membangun integrasi bangsa yang berguna lebih merekatkan persatuan dan kesatuan bangsa sekalipun dipahami langkah tersebut bukan hal yang mudah, perlu penanganan sungguh-sungguh sehingga tidak menjurus kepada langkah penghancuran bangsa.³¹⁷

2. DPR

Tahap pembentukan UU KKR berlangsung lebih dari satu setengah tahun.³¹⁸ Panjangnya proses RDPU disebabkan banyaknya kelompok masyarakat yang diundang.³¹⁹ Tidak kurang dari 50 pihak yang diundang dalam proses RDPU yang

³¹⁶ Baca *Putusan MK, ibid.*, hlm. 112.

³¹⁷ Lihat Materi Menter Dalam Negeri Pada Rapat Kerja Pansus RUU Tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, tanggal 16 September 2003.

³¹⁸ Peran dan Respon Parlemen atas UU ini juga tidak serius, selain mengabaikan percepatan pembentukan pembahasan substansi karena hingga bulan September 2003, atau 3 bulan setelah RUU diserahkan oleh Pemerintah, Ketua Pansus belum terbentuk, juga dibahas pada masa yang tidak tepat, yaitu akan berakhirnya periode DPR dan Presiden. Para pengkritik rancangan Undang-Undang ini mengusulkan agar pembahasan ditunda sampai dengan terpilihnya parlemen baru. Lihat *Jakarta Post*, tanggal 20 September, 2003. "*Experts Doubt Merit of Reconciliation Commission*".

³¹⁹ Pihak yang diundang oleh Pansus diantaranya dari organisasi kemasyarakatan, tokoh politik, tokoh Agama, mantan perwira

berlangsung selama 3 bulan; sesuatu yang tidak lazim dilakukan dalam pembentukan undang-undang lainnya.

Respon atas RDPU beragam. Ada masukan yang sifatnya substansi maupun prosedural dalam artian masukan tentang sistematika undang-undangnya. Perdebatan substansi RUU KKR selama RDPU inilah yang justru mewarnai berbagai polemik tentang komisi kebenaran di Indonesia. Pembicaraan tentang "kebenaran," dan "keadilan" serta bagaimana "rekonsiliasi" diwujudkan menjadi perhatian.

Jend. Pol. (Purn) Awaloedin Djamin dalam RDPU dengan Pansus menyatakan bahwa dalam hal pemecahan masalah pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum adanya UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, maka RUU tentang KKR diharapkan akan merupakan solusinya yang akan bermanfaat untuk menegakkan persatuan dan kesatuan bangsa. RUU KKR kurang sesuai apabila yang dituju adalah rekonsiliasi nasional, karena yang diutamakan adalah kasus per kasus yang diajukan korban atau pelaku tentang suatu kasus pelanggaran HAM yang berat dan dicari kebenarannya hingga terdapat rekonsiliasi antara korban dan pelaku.³²⁰ Sementara Frans Magnis Suseno menyatakan bahwa fungsi KKR mestinya pengakuan tentang kebenaran sebagai syarat untuk minta amnesti. Membangun kesadaran di level nasional bahwa terjadi pelanggaran HAM secara besar-besaran, yang lepas dari oportunisme politik. Sebelum Komisi benar-benar bekerja, sasaran historis harus dipertajam, dan jangan sampai Komisi ini menjadi sarana pelaku agar

TNI, Kedutaan besar, dan juga para mantan presiden. Pansus juga mengundang berbagai departemen dan institusi negara diantaranya Departemen Luar negeri, Departemen Dalam Negeri, Panglima TNI dan Kapolri, Komnas HAM dan Lemhannas

³²⁰ Lihat Laporan Singkat Pansus RUU Tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, Tahun Sidang : 2003-2004, Masa Persidangan : II, Rapat ke : Ke-13, Senin, 17 November 2003.

lepas dari perbuatannya, sementara korban belum terehabilitasi. Jangan sampai RUU ini menjadi semacam pemutihan tanpa kebenaran.³²¹

Sementara itu pandangan Fraksi-Fraksi secara umum mendukung terbentuknya UU KKR, meskipun masing-masing memberikan catatan-catatan. Fraksi PDI-P pada prinsipnya setuju dan mendukung terbentuknya UU KKR, dan menghendaki agar paradigma berpikir semua pihak menempatkan UU KKR sebagai upaya mengungkap kebenaran, mengakhiri dendam tanpa menimbulkan masalah. Fraksi ini juga mengkaitkan pembahasan UU KKR dengan perbedaan sikap MPR dan sebagian masyarakat atas penolakan pencabtan TAP MPR No.XXV/MPRS/1967 dan No.XXXIII/MPRS/1967³²².

Fraksi Reformasi tidak mempersoalkan niat baik untuk terbangunnya rekonsiliasi demi kebersamaan sebagai bangsa Indonesia ke depan, tetapi Fraksi ini pesimis karena menurut mereka apapun undang-undang yang dirancang dan diberlakukan tidak menjamin negara ini tidak tercabik-cabik, jika proses penegakan hukum yang ada tidak berjalan pasti dan adil. Yang perlu dijamin ke depan adalah bagaimana bangsa ini dapat terjamin oleh penyelenggaraan negara yang didasarkan oleh suatu kepastian hukum. Fenomena di masa lalu biarlah berlalu, dan ke depan bagaimana membangun negara didasarkan suatu konsistensi bersama antara pemerintah dan masyarakat. Fraksi Reformasi berpendapat bahwa RUU ini sebaiknya digabungkan ke dalam pembahasan perubahan UU tentang HAM dan UU Pengadilan HAM dan Rancangan UU perubahan tentang KUHP.³²³

³²¹ *Ibid.*

³²² Lihat Pemandangan Umum Fraksi PDI-P Pada Rapat Kerja Pansus, tanggal 18 Februari 2004.

³²³ Lihat Pemandangan Umum Fraksi Reformasi Pada Rapat Kerja Pansus, tanggal 18 Februari 2004.

Selanjutnya, Fraksi Partai Bulan Bintang menekankan pada cakupan pengungkapan kebenaran oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi Nasional dimulai dari semenjak Indonesia merdeka 17 Agustus 1945 sampai terwujudnya Rekonsiliasi Nasional. Fraksi ini juga mempersoalkan ketentuan pemberian kompensasi atas dasar diterima atau ditolaknya amnesty. Bagi fraksi ini, terlepas daripada permohonan amnesty ditolak atau diterima maka terhadap korban, atau terhadap ahli waris korban kompensasi harus tetap diberikan oleh negara apabila bukti-bukti yang sah terhadap korban telah diterima oleh komisi³²⁴

Sementara itu, Fraksi PKB menyambut positif adanya RUU KKR yang diharapkan mampu menjadi payung hukum mencari dan mengungkap kebenaran serta penegakan keadilan, penghargaan terhadap HAM dalam koridor mewujudkan persatuan dan rekonsiliasi nasional.

Fraksi ini cenderung membatasi pada garapan penciptaan rekonsiliasi, dengan berbagai pertimbangan. Jika pengungkapan kebenaran yang menjadi garapan, dari segi yuridis, kita akan menghadapi banyak kendala karena terkait dengan kasus-kasus yang kejadiannya telah melewati waktu yang lama. Dari segi teknis, upaya mengungkapkan kebenaran juga tidak mudah, apalagi jika dikaitkan dengan kondisi psikologis bangsa kita yang saat ini cenderung menjadi bangsa yang amarah. Padahal upaya menuju rekonsiliasi dan mengungkapkan kebenaran memerlukan situasi yang ramah. Dari sisi ekonomis, upaya mengungkapkan kebenaran juga akan berdampak pada kesiapan ekonomis kita, di mana akan banyak anggaran yang harus dikeluarkan.³²⁵

³²⁴ Lihat Pengantar Musyawarah Fraksi Bulan Bintang Atas RUU KKR, Pada Rapat Kerja Pansus, tanggal 18 Februari 2004.

³²⁵ Lihat Pemandangan Umum Fraksi PKB-P Pada Rapat Kerja Pansus, tanggal 18 Februari 2004.

Jika dicermati, sebagian besar pandangan fraksi-fraksi di DPR lebih banyak menyampaikan hal-hal yang sifatnya umum dan normatif; setuju dan mendukung karena penghormatan dan penegakan HAM sesuai dengan UUD 1945, sesuai amanat reformasi, dan seterusnya. Tetapi tidak satupun fraksi yang secara tajam mencermati dan mengajukan usul perubahan, penambahan atau catatan-catatan

Pro kontra terhadap UU KKR diakui oleh mantan Ketua Pansus RUU KKR Mayjen. Pol. (Purn.) Drs. Sidarto. Sidarto mengatakan, terdapat dua masalah penting yang mengundang perdebatan panjang dalam pembahasan RUU KKR waktu itu, yaitu Pasal 1 Angka 1 dan Pasal 5 mengenai pengungkapan kebenaran dan Pasal 27 UU. Banyak pihak yang merasa "keberatan" dicantumkannya ketentuan mengenai pengungkapan kebenaran dalam UU, karena dengan demikian akan membuka peluang bagi terbukanya berbagai persoalan bangsa yang selama ini berusaha untuk "dilupakan". Sedangkan terkait dengan Pasal 27, keberatan berasal dari pihak korban dan keluarga korban, karena Pasal 27 ini dapat diartikan akan mengeliminir keberadaan Pasal 19.³²⁶

Ketika Pansus membahas Pasal 27, ada sekitar 15 organisasi korban yang menyatakan keberatan dengan pemberlakuan pasal ini, di antaranya adalah Forum Komunikasi Eks Menteri Kabinet Dwikora Korban Penyalahgunaan Supersemar, Tim Advokasi Jajaran TNI AD, Tim Advokasi Jajaran TNI AU, Tim Advokasi Jajaran TNI AL, Tim Advokasi Jajaran Polri Paguyuban Korban Orde Baru, Lembaga Perjuangan Rehabilitasi Korban Rejim Orde Baru, Solidaritas Korban Pelanggaran HAM, Komite Aksi Pembebasan Tapol/Napol, Lembaga Penelitian Korban Peristiwa '65 Bali.

³²⁶ Ibid.

Keberatan atau penolakan terhadap ketentuan Pasal 27 UU KKR yang disampaikan oleh korban dan lembaga yang selama ini memperjuangkan hak-hak korban sangat dipahami. Namun konstelasi politik pada waktu itu membuat fraksi-fraksi di DPR menerima rumusan Pasal 27 UU KKR seperti adanya sekarang.³²⁷

Penerimaan DPR terhadap keberadaan pasal ini adalah sebagai bentuk kompromi sehingga pembahasan RUU KKR tidak sampai berlarut-larut dan *deadlock*, dan dikhawatirkan saksi-saksi hidup yang masih ada akan berkurang satu demi satu, sehingga keberadaan KKR nantinya tidak akan terlalu signifikan lagi karena sudah semakin kehilangan momentum. Oleh sebab itu, ketika RUU KKR disahkan, mayoritas anggota Pansus berpendapat bahwa keberatan pihak-pihak yang masih merasa kurang puas sebenarnya dapat disalurkan melalui beberapa wadah yang sudah tersedia seperti misalnya mengajukan "Hak Uji Materil" kepada Mahkamah Konstitusi, seperti yang dilakukan saat ini.³²⁸

Mantan Ketua Pansus ini pada keterangannya di MK menyatakan³²⁹ bahwa DPR telah berusaha menjalankan tugas yang diamanatkan oleh rakyat sesuai amanat TAP MPR No. V/MPR/2000 dengan sebaik-baiknya, walaupun sangat disadari bahwa UU KKR belumlah maksimal yang dapat memberikan kepuasan kepada semua pihak yang berkepentingan. Hasil akhir dari pekerjaan DPR dipandang masih lebih baik bila dibandingkan dengan *draft* awal yang disampaikan oleh Pemerintah.

Di luar yang sifatnya substantif, aspek-aspek formal administrasi pembahasan RUU KKR mengindikasikan kekurangseriusan DPR dalam membahas RUU ini. Masa Persidangan Kedua Tahun Sidang 2003-2004 ditandai oleh

³²⁷ Ibid., hlm. 94.

³²⁸ Ibid.

³²⁹ Baca *Putusan MK No.: 006/PUU-IV/2006*, hlm. 93.

suasana sidang yang tidak seantusias sebagaimana yang ditemui di awal-awal masa sidang. Anggota DPR yang mengikuti sidang sangat minim. Pada hari pertama sidang, Senin 27 Oktober 2003, hanya 212 dari 495 anggota DPR saja yang hadir pada saat itu, yang dapat diartikan sebagai minimnya perhatian anggota DPR terhadap isu KKR.³³⁰ Salah satu sebab minimnya peserta sidang adalah karena penjadwalan sidang di DPR tidak pernah dilakukan dengan tertib; hampir selalu terjadi tabrakan jadwal antara satu sidang dengan sidang lainnya, sehingga setiap anggota DPR tidak jarang harus memilih sidang mana yang akan diikutinya.

3. TNI/Polri

Panglima TNI dalam memberikan tanggapan dan jawaban atas pertanyaan Anggota Pansus menjelaskan bahwa secara universal suatu UU tidak boleh bersifat retroaktif karena menginjak-nginjak HAM, sebab yang berlaku dimasa lalu dengan standar masa lalu kemudian dinilai dengan standar sekarang, itu artinya menjadi berubah.³³¹ Sementara Gubernur Lemhanas dalam memberikan tanggapan dan jawaban atas pertanyaan Anggota Pansus menjelaskan bahwa RUU tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi menitikberatkan pada pencapaian tujuan rekonsiliasi yang berpedoman pada paradigma nasional dengan menyikapi secara arif dan bijaksana kasus pelanggaran masa lalu, untuk mencapai harapan kesejahteraan yang lebih baik di masa depan.

Sikap dasar TNI/Polri terhadap RUU KKR semakin terbaca melalui Daftar Isian Masalah (DIM) yang diajukan Fraksi TNI/Polri. Pandangan Fraksi ini menjadi khas dan

bernuansa berbeda dari fraksi-fraksi lainnya. Usulan-usulan yang dikeluarkan oleh fraksi yang sudah tidak ada di DPR hasil Pemilu tahun 2004 yang lalu, seolah-olah membuat pembatasan-pembatasan terhadap kewenangan KKR demi melindungi kepentingan dari TNI/Polri sendiri.³³²

Jika menyimak usulan TNI/Polri diurut dari awal susunan RUU, maka terlihat keberpihakan yang dimaksud. *Pertama*, pada bagian menimbang, fraksi ini dengan tegas menggarisbawahi kebenaran untuk mewujudkan persatuan dan kesatuan bangsa di atas segala-galanya. Bahkan fraksi ini dengan jelas pula mengusulkan agar nama RUU KKR cukup menjadi UU Komisi Rekonsiliasi tanpa menggunakan kata "kebenaran" sebagaimana idealnya yang diusulkan oleh fraksi-fraksi lain. Usulan ini menggambarkan persepsi para anggota fraksi yang sama sekali mengenyampingkan proses pengungkapan kebenaran dan lebih mengutamakan rekonsiliasi yang mengatasnamakan persatuan dan kesatuan bangsa.

Terlepas dari kewajiban yang diemban oleh personil TNI/Polri yang didoktrin untuk menjaga persatuan dan kesatuan bangsa di atas segalanya, seharusnya disadari esensi dari dibentuknya KKR. Meskipun rekonsiliasi merupakan tujuan, pengungkapan kebenaran seharusnya menjadi titik tolak utama di mana rekonsiliasi baru akan terjadi pada saat telah terjadi pengungkapan kebenaran mengenai pelanggaran HAM berat yang terjadi.

Kedua, pada bagian mengingat, fraksi ini mengusulkan dimasukkannya TAP MPRS No. XX/MPRS/1966 tentang Pelarangan Penyebaran Ajaran Komunisme/Marxis/Leninisme di Wilayah Hukum Republik Indonesia. Jika usulan Fraksi TNI/Polri ini dimasukan, maka KKR akan

³³⁰ Lihat Reny Rawasita Pasaribu Tim Pemantauan Parlemen PSHK dalam *www.parlemen.net*.

³³¹ Lihat Saran dan masukan Panglima TNI dan Gubernur Lemhanas terhadap RUU tentang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, 11 November 2003.

³³² Lihat Daftar Inventarisasi Masalah (DIM) Fraksi TNI/Polri yang disampaikan dalam Rapat 27 Januari-10 Februari 2004. Lihat juga Reny Rawasita Pasaribu Laporan Pemantauan RUU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi April 2004 Minggu Kedua.

kesulitan untuk mengusut perkara pelanggaran HAM berat yang berkaitan dengan peristiwa “pemberontakan” Partai Komunis Indonesia (PKI) yang dilakukan pada tahun 1965 atau lebih dikenal dengan G 30 S/PKI. Usulan ini memang terasa sangat ganjil di tengah usulan berbagai pihak yang menuntut diselesaikannya berbagai pelanggaran HAM yang mengiringi peristiwa G-30S/PKI, di mana para keluarga korban dari peristiwa itu sudah bertemu langsung dalam dengar pendapat dengan para anggota DPR di sidang-sidang sebelumnya.

Ketiga, pada saat berbicara mengenai kebenaran, Fraksi TNI/Polri mengusulkan definisi kebenaran, yaitu fakta atau realita yang dapat diungkapkan dalam alam dan semangat Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) yang berlandaskan Pancasila dan UUD 1945. Lagi-lagi, esensi kebenaran sejati dikesampingkan demi persatuan dan kesatuan bangsa.

Keempat, pada bagian kewenangan KKR, fraksi ini menambahkan satu butir khusus, yaitu bahwa komisi tidak memiliki wewenang untuk melakukan penyelidikan kasus pelanggaran HAM berat atas akibat peristiwa makar yang bertujuan untuk mengubah dasar negara. Dengan maksud memperkuat usulan tersebut, selain usulan untuk memasukkan TAP MPR No. XX/MPRS/1966, Fraksi TNI/Polri juga mengusulkan dimasukkannya UU No. 27 Tahun 1999 tentang Perubahan Kitab Undang-undang Hukum Pidana yang berkaitan dengan Kejahatan terhadap Keamanan Negara.

Posisi demikian masih sangat mencerminkan sikap yang digunakan penguasa selama masa “Orde Baru” untuk mempertahankan kekuasaannya. Di masa itu, tindakan subversi (makar) menjadi senjata ampuh dalam menjatuhkan lawan-lawan politiknya. Dengan menerapkan usulan ini berarti membiarkan Indonesia kembali ke masa-masa kegelapannya, di mana kebenaran hanya menjadi hak istimewa kalangan elite.

Pembatasan kewenangan KKR kembali dibatasi oleh fraksi ini, yaitu kewenangan untuk meminta penetapan pengadilan untuk melakukan upaya paksa atas keputusan yang dibuatnya. Fraksi TNI/Polri mengusulkan agar kewenangan ini dihapus dengan alasan bahwa kewenangan tersebut merupakan campur tangan terhadap lembaga yudikatif. Jika demikian, daya paksa apa yang akan dimiliki oleh keputusan KKR ini nantinya? Bukankah syarat efektifnya KKR adalah memiliki legitimasi dan kekuatan putusan yang memiliki daya paksa. Bayangkan ketika seorang jendral divonis bersalah dan diharuskan meminta maaf dan membayar ganti rugi kepada keluarga korban tetapi ia tidak bersedia. Tanpa adanya daya paksa dari pengadilan tentu saja dengan jabatan, kewenangan, relasi dan uang yang dimiliki, ia akan dengan mudah lepas dari tanggung jawabnya.

4. Kelompok Penekan

Berseberangan dengan pandangan Pemerintah, Parlemen dan TNI Polri, kelompok-kelompok penekan dari unsur cendekiawan, aktivis LSM dan korban memiliki pandangan tersendiri tentang konstruksi hukum UU KKR. Bagi kelompok ini UU KKR haruslah digagas dan diorientasikan untuk mengungkap kebenaran dan bukan rekonsiliasi. Rekonsiliasi harus diletakkan sebagai konsekuensi terungkap dan diakuinya kebenaran.

Elsam sebagai organisasi non pemerintah yang paling intens menyuarakan pembentukan KKR, memberi respon kritis atas RUU KKR. Secara umum Elsam ragu terhadap kemampuan komisi untuk menjadi sarana akuntabilitas atas serangkaian-Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di masa lalu oleh regim Orde Baru. Komisi dikhawatirkan justru menjadi sarana impunitas baru yang membebaskan para pelaku pelanggaran HAM berat di masa lalu dari proses penghukuman. Memang sebagaimana sarana akuntabilitas yang lain, gagasan ini memiliki kemungkinan untuk

dimanfaatkan melanggengkan impunitas. Apabila hal ini terjadi, keadilan bagi korban dan masyarakat akan semakin jauh dari realitas.³³³

Secara umum, RUU KKR-yang diajukan pemerintah kepada DPR lebih memfokuskan pada pengaturan teknis mengenai komisi itu sendiri, baik teknis pemilihan keanggotaan, dan pengambilan keputusan dalam internal komisi. Sebaliknya RRU justru kurang menggambarkan watak dan karakteristik komisi kebenaran yang akan dibentuk. Penggambaran ini sangat penting karena dapat secara khusus menunjukkan komitmen dan sikap pemerintah menghadapi pelanggaran HAM masa lalu oleh regim yang sebelumnya melalui komisi.³³⁴

Sejumlah kelemahan substansial yang dikemukakan Elsam, antara lain;³³⁵ *Pertama*, tidak terdapat pengaturan mengenai prinsip ketidakberulangan (*non re-occurrence principle*). *Kedua*, tidak terdapat pengaturan mengenai pengertian pelaku. *Ketiga*, pencantuman rekonsiliasi sebagai salah satu mandat komisi tidak tepat, mengingat fungsi komisi melalui pengungkapan kebenaran adalah mendorong terjadinya proses rekonsiliasi dan bukan melaksanakan rekonsiliasi itu sendiri. Jadi rekonsiliasi adalah proses lanjutan yang diharapkan akan terjadi adanya pengungkapan kebenaran atas pelanggaran HAM berat masa lalu tersebut. *Keempat*, mandat komisi yang diatur dalam pasal mengenai fungsi tidak mencantumkan mandat untuk memberikan rekomendasi yang penting bagi tindakan-tindakan administratif ataupun hukum yang diperlukan untuk menjamin ketidak berulangan praktik-praktik serupa di masa datang. *Kelima*, RUU ini tidak mengatur batas waktu yang jelas. *Keenam*, tidak ada kriteria pemberian amnesty.

³³³ Baca Kertas Posisi atas RUU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, Elsam, Jakarta, 2003, hlm. 2.

³³⁴ *Ibid.*, hlm. 7.

³³⁵ *Ibid.*, hlm. 8.

Sementara itu Komnas HAM, melalui Ketua dan Anggotanya menyampaikan bahwa tujuan KKR haruslah menegaskan lima hal: (1) Terpenuhinya rasa keadilan masyarakat, terutama korban, dan/atau keluarga, dan/atau ahli warisnya; (2) Tidak terjadinya lagi pelanggaran yang sama di kemudian hari; (3) Terpulihkannya martabat dan kehormatan korban, dan/atau keluarga, dan/atau ahli warisnya dalam masyarakat serta keseluruhan haknya yang dijamin oleh peraturan perundang-undangan; (4) Diterima (kembali) pelaku dan, dalam hal tertentu, juga korban dan/atau saksi, oleh lingkungannya; (5) Tersembuhkannya luka lama meskipun bekasnya tidak dapat dan memang tidak dimaksud untuk dihapuskan (*forgiven but not forgotten*).³³⁶

Respon lebih kritis dikemukakan Enny Soeprapto, mantan Komisioner Komnas HAM. Dia menyatakan bahwa di dalam batang tubuh RUU KKR tidak ada ketentuan yang mengatur proses pengungkapan kebenaran itu sendiri, padahal tidak ada dalam sistem semacam ini di negara mana pun tidak ada rekonsiliasi tanpa didahului oleh pengungkapan kebenaran.³³⁷

Rachland Nasidik, salah seorang aktivis KontraS menyatakan bahwa dalam menghadapi *past human rights abuses*, saya sangat keberatan kalau pilihan terbaik yang diambil adalah KKR. Kalau memang pilihan kita adalah rekonsiliasi, maka pertanyaannya adalah rekonsiliasi antara siapa? Itu saya kira satu masalah besar. Kalau dibandingkan dengan situasi Afrika Selatan, kita mempunyai kebutuhan yang berbeda dengan konteks sosial politik di negara tersebut. KKR di sana dibentuk pertama-tama untuk menjawab kebutuhan meredakan tindak kekerasan yang terjadi. Dan harus diingat, proses rekonsiliasi di sana sepenuhnya adalah

³³⁶ Lihat Risalah Rapat Dengar Pendapat Umum Komnas HAM dengan Panitia Khusus RUU KKR, Hari/tanggal: Rabu, 17 September 2003, hlm. 3.

³³⁷ *Ibid.*, hlm. 6

hasil dari politik negosiasi antara Nelson Mandela dengan rezim politik apartheid. Persetujuan yang dicapai adalah semua dilupakan dan pelakunya diherikan pengampunan.³³⁸

Memang betul terdapat proses pencarian kebenaran, utamanya adalah *court convention*, guna pemberian amnesti. Sementara proses pemulihan korban dijalankan melalui testimoni. Tetapi menurut saya di Indonesia kebutuhannya sama sekali berbeda, tidak ada kebutuhan untuk melakukan rekonsiliasi seperti di Afrika Selatan. Tapi yang terjadi di Indonesia menurut saya, sepenuhnya tidak hanya *state violence*, di sini terjadi problem rasialisme yang berhimpitan dengan kekuasaan. *Past human rights abuses* di Indonesia betul-betul *state violence*, sehingga tidak ada kebutuhan meniru Afrika Selatan. Di sisi lain, kebutuhan kita bukanlah menghentikan kekerasan, tapi mencegah kejadian tidak terulang, sehingga yang dibutuhkan adalah *justice* ketimbang rekonsiliasi".³³⁹

Pada bagian lain, Daniel Sparingga mengemukakan bahwa KKR Afrika Selatan lahir dari proses politik yang amat panjang. Didahului oleh pembicaraan awal di antara rejim Apharteid pimpinan de Klerk dan Nelson Mandela ketika Mandela masih menjalani hukumannya di akhir 1980-an sampai dengan ketika ia memimpin ANC. Dengan kata lain, terdapat negosiasi yang amat panjang, sekurang-kurangnya tiga tahun (1989-1991), di antara mereka hingga menghasilkan formula bersama tentang transisi di Afrika selatan.³⁴⁰

Lahirnya KKR di Afrika Selatan sesungguhnya merupakan hasil kompromi politik yang menghasilkan sejumlah kesepakatan mendasar tentang bagaimana di satu pihak mereka menyelesaikan masa lalu dan di pihak lain

menyelamatkan masa depan Afrika Selatan. Di Indonesia, dapat dikatakan prakarsa itu lebih banyak datang dari kalangan masyarakat, khususnya LSM/Ornop (dalam hal ini, Elsam adalah yang paling mengemuka), menyusul mundurnya Soeharto di tahun 1998. Pemerintah transisi pimpinan Gus Dur, dan penerusnya Megawati, walaupun mungkin tidak berkeberatan dengan gagasan tentang KKR ini, pada dasarnya lebih banyak mengambil posisi pasif.³⁴¹

Dalam sistem politik manapun, kesepakatan politik yang diwujudkan dalam bentuk undang-undang negara itu selalu merupakan hasil proses politik. Sangat mungkin, pada akhirnya undang-undang KKR akan merupakan kompromi politik yang paling mungkin di antara kekuatan-kekuatan politik yang ada di negeri ini. Menilik prosesnya hingga saat ini, dari usaha menerbitkan gagasan KKR hingga penyelesaian rancangan undang-undangnya, jalan yang ditempuh untuk itu amat berliku dan panjang. Sebagai sebuah gagasan, KKR di Indonesia sendiri telah berusia lima tahun. Naskah RUU KKR yang sekarang ini kita miliki telah berubah beberapa kali.³⁴²

Sementara itu respon korban pelanggaran HAM terhadap UU KKR cenderung menolak. Ketika pada tanggal 19 November 2003 diadakan RDPU dengan pihak korban, yaitu Pengurus Forum Koordinasi, Tim Advokasi dan Rehabilitasi Korban Peristiwa Semanggi dan Trisakti, Pengurus Organisasi Korban Kerusakan Mei 1998 serta Pengurus Organisasi Korban Kasus Lampung; mereka tegas menolak RUU KKR yang saat itu sedang dibahas oleh DPR.

³³⁸ Lihat Ifdhal Kasim; Eddie Riyadi T., *Kebenaran vs Keadilan, Pertanggungjawaban Pelanggaran HAM di Masa Lalu*, Elsam, 2003, hlm. 52-55.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Lihat Daniel Sparingga, *Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi: Penyelesaian Atas Warisan Rejim Otoritarian dan Penyelamatan*

Masa Depan di Indonesia, *Makalah* Disampaikan Pada Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII Tema Penegakan Hukum Dalam Era Pembangunan Berkelanjutan Diselenggarakan Oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional Departemen Kehakiman Dan Hak Asasi Manusia RI Denpasar, 14 - 18 Juli 2003, hlm. 5.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² *Ibid.*

Alasan yang dikemukakan antara lain karena ketentuan yang ada dalam RUU tersebut sangat tidak memihak kepentingan korban dan lebih cenderung pada memberikan kemudahan-kemudahan pada pelaku. Penyelesaian kasus-kasus masa lalu seharusnya diselesaikan lewat jalur Pengadilan HAM.

Pada RDP dengan korban dan keluarga korban kasus Tanjung Priok, mereka juga menyatakan menghargai niat pemerintah untuk berekonsiliasi dan menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu dengan mengajukan RUU KKR, tetapi mereka tegas menolak RUU KKR karena mereka menilai RUU KKR banyak kelemahan-kelemahan, antara lain: adanya pasal-pasal yang merugikan korban dan sangat menguntungkan pelaku yang ujung-ujungnya memberikan impuniti kepada para pelaku. Contoh yang mereka sebutkan adalah pasal yang dimuat dalam Ketentuan Bab IX pasal 42 RUU: "Pelanggaran HAM yang berat yang telah diungkapkan dan diselesaikan oleh komisi, perkaranya tidak dapat diajukan lagi kepada Pengadilan HAM ad hoc". Mereka berpandangan bahwa mustinya kedudukan Komisi ini adalah berposisi komplementer atau saling melengkapi, sehingga penyelidikan terhadap kasus-kasus pelanggaran HAM berat oleh komisi ini adalah materi penyelidikan yang bisa dilimpahkan ke Pengadilan HAM.

Kelemahan lain terletak pada Pasal 27 (1) yang menyebutkan bahwa dalam hal antara pelaku dan korban pelanggaran HAM yang berat yang terjadi pada masa sebelum berlakunya UU No. 26 th 2000 tentang Pengadilan HAM telah saling memaafkan dan melakukan perdamaian, maka komisi dapat memberi rekomendasi kepada Presiden untuk memberi Amnesti. Itu artinya amnesti bisa diberikan tanpa ada hukuman moral mengungkapkan kebenaran lebih dahulu. Itulah sebagian dari alasan penolakan korban kasus Tanjung Priok.³⁴³

³⁴³ Lihat pernyataan Sikap Korban dan Keluarga Korban Tanjung Priok Terhadap Rancangan Undang-Undang Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, 4 Desember 2003 dalam *www.parlemen.net*.

Catatan yang patut ditambahkan pada bagian akhir ini adalah bahwa tidak ada suatu usulan undang-undang yang demikian kontroversial seperti RUU KKR. Rancangan ini tidak saja ditolak oleh korban tetapi juga oleh pelaku. Tidak saja oleh aktivis-aktivis HAM tetapi juga oleh tokoh-tokoh organisasi masyarakat dan keagamaan.

Rancangan itu ditolak oleh kekuatan yang ingin menghabisi sisa-sisa kekuatan Orde Baru maupun oleh mereka yang ingin mempertahankan status quo dan pernah menjadi bagian dari kekuatan Orde Baru. Mereka yang ingin menghabisi kekuatan Orde Baru menganggap, bahwa RUU KKR merupakan bagian dari agenda pelaku untuk membebaskan diri dari jeratan hukum, sebab dalam RUU ini termaktub pasal amnesti. Sedangkan mereka yang pernah menjadi bagian dari kekuatan Orde Baru menganggap RUU KKR merupakan upaya memanipulasi hukum dan sistem peradilan yang berwenang menangani kasus pidana maupun pelanggaran HAM. Sementara itu tokoh organisasi keagamaan dan kemasyarakatan memandang dari sudut politik. Pengungkapan kebenaran sebagaimana mandat komisi, dipandang akan membuka luka lama tanpa ada jaminan mampu mengobatinya. Sedang yang lain memandang komisi ini adalah alat untuk membangkitkan komunisme.

Semua pandangan ini terekam sepanjang Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) dengan Panitia Khusus RUU KKR dalam kurun waktu Oktober-Desember 2003. Menimbang berbagai pandangan dalam dengar pendapat ini, secara umum mungkin bisa dikatakan bahwa inilah satu-satunya gagasan komisi kebenaran di dunia yang ditolak oleh masyarakatnya sendiri. Umumnya korban, pekerja kemanusiaan, aktivis HAM mendukung kerja komisi ini, terutama dalam situasi politik yang belum menguntungkan di mana pengadilan belum mungkin terjadi, misalnya komisi di Chile, Guatemala, El Salvador, Peru, Nigeria. Tantangan biasanya datang dari para pelaku, pejabat negara, aparat keamanan yang menjadi

sasaran penyelidikan, khususnya yang berkaitan dengan kekerasan negara. Komisi di Afrika Selatan adalah salah satu dari sedikit komisi yang ditolak oleh sekelompok korban. Tentu hal ini mengundang pertanyaan ada apa dengan gagasan Komisi Kebenaran di Indonesia?

Menurut Enny Soeprapto pembentukan KKR sudah kehilangan momentum politik karena KKR biasanya dibentuk beberapa saat setelah rezim otoriter berakhir, seperti yang terjadi di Argentina, Afrika Selatan, dan lain-lain.³⁴⁴

(c) Substansi UU KKR

Substansi UU KKR dalam konteks Pengadilan HAM ad hoc adalah bersifat komplementer yang diperlukan karena proses penyelesaian melalui pengadilan mengandung berbagai keterbatasan. Pengadilan tidak jarang mengalami kegagalan untuk mengungkap fakta yang dapat memberikan gambaran lengkap tentang kejadian yang sesungguhnya karena kendala saksi dan alat bukti. Keterbatasan ini seringkali dianggap tidak dapat memenuhi hak korban (dan ahli warisnya) untuk mengetahui peristiwa sebenarnya (*the right to know the truth*), dan bahkan dalam beberapa kasus tidak dapat mengungkap tentang nasib dan keberadaan korban pelanggaran HAM yang berat. Akibatnya hak untuk memperoleh keadilan (*the right to justice*) dan perbaikan (*the right to reparation*) juga tidak terpenuhi. Di luar kendala yang bersifat yuridis, faktor biaya, cepat atau lambannya proses, serta keterbatasan jumlah kasus yang bisa diadili ikut menjadi pertimbangan perlunya mekanisme lain, di luar mekanisme pengadilan.

KKR bukan sarana terselubung untuk melanggengkan impunitas, dan bukan hanya untuk memberikan *restorative*

justice bagi kepentingan korban, tetapi juga mengandung prinsip rekonstruksi masa depan, berupa pembelajaran bagi masyarakat agar sejarah negatif tidak kembali terulang. Pengungkapan kebenaran melalui KKR bukan sekedar pemenuhan hak untuk mengetahui yang dimiliki korban tetapi merupakan upaya pelurusan sejarah yang berguna bagi pembelajaran bangsa, agar kejadian serupa tidak terulang lagi dimasa mendatang.

Pemberian kompensasi, restitusi dan rehabilitasi tidak saja hanya untuk memulihkan hak-hak sosial dan ekonomi korban, tetapi juga pemenuhan hak asasi lainnya. Anak cucu korban dapat menikmati hak atas pendidikan, hak atas pekerjaan, hak atas kesehatan dan hak-hak lainnya. Disamping sebagai pelaksanaan hak korban atas remedi yang efektif sebagaimana diamanatkan dalam berbagai instrumen HAM, pemberian kompensasi, restitusi dan rehabilitasi, juga sekaligus sebagai pelaksanaan dari prinsip *interdependency* dan *indivisibility* HAM yang bersifat universal.

KKR mensyaratkan adanya suatu proses pencarian kebenaran yang dilandasi atas fakta-fakta yang terungkap, yang kemudian dijadikan sejarah resmi suatu bangsa. Untuk itu, segala pengakuan melalui komisi ini harus diberikan secara penuh (*full truth*) dan harus ada kesempatan untuk memverifikasi dan melakukan investigasi yang memadai untuk memperoleh kebenaran yang nyata. Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi juga mensyaratkan jaminan terpenuhinya hak-hak korban secara adil dan tanpa diskriminasi, dan tidak boleh menempatkan korban dalam posisi yang tidak seimbang dan tertekan. Suatu Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi juga mensyaratkan terpenuhinya prinsip-prinsip HAM, sehingga maksud dan tujuan komisi tersebut, yakni menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu tetap dalam kerangka prinsip-prinsip hukum yang berlaku secara universal.

KKR dalam kerangka keadilan transisional harus dipandang sebagai bagian dari kewajiban negara untuk pemajuan, perlindungan dan pemenuhan HAM. Di lain pihak

³⁴⁴ Dikemukakan Enny Soeprapto dalam banyak kesempatan, salah satunya pada saat Penulis memperbincangkan pembatalan UU KKR oleh MK tanggal 12 Juni 2006 di Yogyakarta.

juga mencerminkan bentuk solidaritas masyarakat untuk tidak melupakan pelanggaran HAM berat di masa lalu, tetapi dibuka kemungkinan untuk memaafkan melalui proses amnesti dengan persyaratan-persyaratan tertentu (*not to forget but to forgive*). Disamping tentu saja mengandung usaha untuk pemulihan hak-hak korban di atas. Ketiga dimensi kepentingan tersebut merupakan prasyarat (*prerequisite*) untuk terciptanya rekonsiliasi yang dibangun atas dasar kebenaran (*reconciliation based on truth*).

Substansi KKR demikian itu, adalah juga substansi pembentukan KKR di Indonesia melalui UU No. 27 Tahun 2004, yaitu sebagai kerangka legal untuk mengungkapkan kebenaran demi kepentingan korban dan ahli warisnya untuk mendapatkan kompensasi, restitusi dan rehabilitasi. Jadi kepentingan korban di sini cukup mengemuka dan berkaitan dengan kewajiban atas remedi yang efektif.

Lebih jauh, UU No. 27 Tahun 2004 secara substansial berbeda dengan ketentuan yang diatur dalam UU 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM. UU ini tidak mengatur tentang proses penuntutan hukum (*due process of law*), tetapi lebih terfokus pada pencarian dan pengungkapan kebenaran, pertimbangan amnesti, pemberian kompensasi, restitusi dan/atau rehabilitasi kepada korban atau keluarga korban yang merupakan ahli warisnya, sehingga diharapkan akan membuka jalan bagi proses rekonsiliasi dan persatuan nasional.

KKR dibentuk berdasarkan asas-asas kemandirian, bebas dan tidak memihak, kemaslahatan, keadilan, kejujuran, keterbukaan, perdamaian, dan persatuan bangsa. Kedepan diharapkan penyelesaian pelanggaran HAM yang berat yang meliputi kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida yang terjadi pada masa lalu dapat diselesaikan diluar pengadilan, guna mewujudkan perdamaian (rekonsiliasi) sesama anak bangsa, dalam rangka menegakkan persatuan dan kesatuan nasional dengan semangat saling pengertian dan saling memaafkan.

Pembentukan UU KKR didasarkan pada pertimbangan bahwa pelanggaran HAM yang berat yang terjadi pada masa sebelum berlakunya UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM yang sampai saat ini belum dipertanggungjawabkan secara tuntas, sehingga korban atau keluarga korban yang merupakan ahli warisnya masih belum mendapatkan kepastian mengenai latar belakang terjadinya pelanggaran HAM yang berat terhadap korban. Selain belum mendapatkan kompensasi, restitusi, dan/atau rehabilitasi atas penderitaan yang mereka alami, pengabaian atas tanggungjawab ini telah menimbulkan ketidakpuasan, sinisme, apatisme, dan ketidakpercayaan yang besar terhadap institusi hukum, karena negara dianggap memberikan pembebasan dari hukuman kepada para pelaku.

Penyelesaian menyeluruh terhadap pelanggaran HAM yang berat, yang terjadi pada masa sebelum berlakunya UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM sangat urgen untuk segera dilakukan, karena ketidakpuasan dan ketegangan politik tidak boleh dibiarkan terus berlarut-larut tanpa kepastian penyelesaiannya. Dengan diungkapkannya kebenaran tentang pelanggaran HAM yang berat yang terjadi pada masa sebelum berlakunya UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, melalui KKR diharapkan dapat diwujudkan rekonsiliasi nasional. Hal ini juga sesuai dengan Pasal 47 UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM.

Dari Penjelasan Umum UU KKR dapat disimpulkan bahwa tugas KKR adalah untuk mengungkap kebenaran serta menegakkan keadilan dan untuk membentuk budaya menghargai HAM guna mewujudkan rekonsiliasi untuk mencapai persatuan nasional, karena adanya pelanggaran HAM berat sebelum berlakunya UU Pengadilan HAM. KKR tidak menyangkut proses penuntutan hukum, tetapi mengatur proses pengungkapan kebenaran, pemberian restitusi, dan/atau rehabilitasi serta memberi pertimbangan amnesti.

Dari sisi tujuan dan ide pembentukan, KKR bukan semata-mata sebagai lembaga untuk menyelesaikan kasus

pelanggaran HAM pada masa lalu, tetapi untuk tujuan yang lebih besar, yaitu kepentingan bangsa ke depan. Artinya, KKR yang hendak dibangun adalah institusi dan mekanisme yang mampu memberikan pemahaman atas apa yang terjadi dimasa lalu, menentukan siapa korban dan siapa pelaku, dan melakukan langkah-langkah untuk menghadapi masa lalu baik dari sisi hukum maupun politik, memberikan reparasi kepada korban dan menjadi katalisator untuk proses rekonsiliasi demi masa depan bangsa yang damai dan demokratis.

(d) Kelemahan UU KKR

Catatan awal terhadap UU KKR ini adalah bahwa, UUKR oleh pembuatnya agaknya tidak (lagi) dimaksudkan untuk melaksanakan TAP No. V/MPR/2000 tertanggal 18 Agustus 2000 (khususnya Lampiran, Bab V, butir 3). UU KKR terlihat menetapkan pertimbangan dan tujuannya sendiri, sebagaimana tampak dari beberapa kenyataan berikut:

Pertama, TAP No. V/MPR/2000, yang tidak pernah dicabut sama sekali dalam konsideran menimbang. Hal ini dapat dimengerti karena Tap MPR tidak lagi sebagai peraturan perundang-undangan.

Kedua, UU KKR ternyata menciptakan alasan dan tujuannya sendiri, yakni: (i) Kebutuhan ditelusurinya kembali pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum diundangkannya UU 26 Tahun 2000 tentang pengadilan HAM³⁴⁵; (ii) UU KKR mempunyai dua tujuan pokok, yakni mengungkapkan kebenaran³⁴⁶, dan membentuk budaya menghargai HAM;³⁴⁷ (iii) UUKR mempunyai dua subtujuan, yakni mewujudkan rekonsiliasi (sebagai subtujuan

pengungkapan kebenaran, penegakan keadilan, dan pembentukan budaya menghargai HAM);³⁴⁸ memungkinkan korban dan/atau keluarganya yang merupakan ahli warisnya mendapatkan kompensasi, restitusi, dan/atau rehabilitasi.³⁴⁹

Ketiga, tujuan yang hendak dicapai dengan pembentukan KKR adalah “menegakkan persatuan dan kesatuan bangsa” (dengan sepenuhnya memperhatikan rasa keadilan dalam masyarakat).³⁵⁰ *Keempat*, kemungkinan pembentukan KKR sebagai alternatif “penyelesaian” pelanggaran HAM yang berat (yang terjadi sebelum diundangkannya UU Nomor 26 Tahun 2000) justru tidak disebutkan sama sekali dalam konsideran sebagai alasan dibuatnya UU KKR.

Kelima, tujuan pembentukan KKR sebagaimana disebut dalam Pasal 3 UU KKR tidak sepenuhnya sama dengan yang dimaksud dalam Tap V/MPR/2000.

UU KKR yang diharapkan menjadi satu bagian dari politik hukum pemerintahan era reformasi setelah UU No. 26 Tahun 2000 untuk menyelesaikan pelanggaran berat HAM yang terjadi di masa lalu, memiliki sejumlah kelemahan, baik dalam proses pembentukan maupun substansi UU. Kelemahan-kelemahan tersebut meliputi:

Pertama, rendahnya kemauan politik dan komitmen pemerintah untuk segera membentuk UU KKR, sekalipun rekomendasi hukum dan politik pembentukan UU ini sudah ada dalam TAP MPR No. 5/MPR/2000 tentang Penguatan Persatuan dan Kesatuan Nasional,³⁵¹ dan UU No. 26 Tahun

³⁴⁵ Baca konsideran point (a).

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ Baca konsideran point (b).

³⁵⁰ Kalimat terakhir Tap V/MPR/2000, Lampiran, Bab V, butir 3.

³⁵¹ Ketetapan ini merekomendasikan untuk membentuk Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi Nasional sebagai lembaga ekstrasudisial, yang bertugas untuk menegakkan kebenaran dengan mengungkapkan penyalahgunaan kekuasaan dan pelanggaran HAM pada masa lampau dan melaksanakan rekonsiliasi.

2000³⁵². Pembentukan UU KKR 6 (enam) tahun setelah rezim Orde Baru berakhir tidak lazim jika dibandingkan dengan apa yang dilakukan negara lain seperti Argentina, Afrika Selatan, Chile yang membentuk UU dan Lembaga KKR segera setelah rezim otoritarian itu berakhir.

Keterlambatan pembentukan menghilangkan momentum politik dan psikologis, terutama psikologis korban yang sangat penting pada setiap pengungkapan kebenaran terjadinya Pelanggaran HAM yang berat yang dilakukan rezim otoritarian masa lalu. Keterlambatan itu juga berakibat pada terlambatnya negara melaksanakan kewajiban investigasi, penuntutan, penghukuman kepada pelaku dan melakukan reparasi kepada korban, termasuk serangkaian kebijakan untuk memastikan bahwa kekejaman di masa lalu tidak akan terulang.³⁵³

³⁵² Pasal 47 ayat (1) menyatakan bahwa: 'Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum berlakunya Undang-undang ini tidak menutup kemungkinan penyelesaiannya dilakukan oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi. Ayat (2) Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk dengan undang-undang.

³⁵³ Proses pembentukan di DPR berlangsung lebih dari satu setengah tahun. Pembahasan RUU KKR di Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) dimulai sejak diujukannya RUU tersebut ke DPR pada tanggal 26 Mei 2003 sampai disahkan pada 6 September 2004. Lamanya proses ini dipengaruhi oleh beberapa persoalan mendasar seperti panjangnya proses Rapat Dengar Pendapat Umum (RDPU) dan Panjangnya proses RDPU disebabkan karena banyak kelompok masyarakat yang diundang. Tidak kurang dari 50 pihak yang diundang dalam proses RDPU yang berlangsung selama 3 bulan. Pihak yang diundang oleh Pansus diantaranya dari organisasi kemasyarakatan, tokoh politik, tokoh Agama, mantan perwira TNI, Kedutaan besar, dan juga para mantan presiden. Pansus juga mengundang berbagai departemen dan institusi negara diantaranya Departemen Luar negeri, Departemen Dalam Negeri, Panglima TNI dan Kapolri,

Kedua, UU KKR yang diharapkan menjadi komplementer UU No. 26 Tahun 2000 hanya akan membatasi rekomendasi-rekomendasinya pada kasus-kasus individual yang diselidikinya, dan tidak akan dapat merekomendasikan kebijakan-kebijakan untuk mencegah pengulangan keadaan-keadaan yang menyebabkan terjadinya pelanggaran-pelanggaran HAM tersebut.

UU KKR tidak mengatur adanya acara-acara yang bersifat terbuka untuk menyebarluaskan pekerjaannya serta untuk mendidik publik tentang kejahatan-kejahatan yang sedang diselidiki. Tidak ada ketentuan yang mengharuskan bahwa pengakuan serta permintaan maaf yang diajukan oleh para pelaku akan disebarluaskan, dan tidak ada pula yang menyebutkan kemungkinan untuk melakukan dengar pendapat terbuka pada kasus-kasus tertentu, atau pada pola-pola umum atau konteks yang telah diidentifikasi oleh Komisi. Juga tidak ada tanda-tanda bahwa Komisi ini akan mengeluarkan suatu laporan akhir yang komprehensif dengan segala temuan-temuan utamanya kepada masyarakat luas.³⁵⁴

UU No. 27 Tahun 2004 di Indonesia mempersempit konsep-konsep yang kompleks tersebut, sehingga secara efektif membatasi kapasitas para anggota komisi untuk menginterpretasikan mandat yang mereka miliki. Lebih lanjut, UU No. 27 Tahun 2004 juga menuangkan definisi sempit atas konsep-konsep tersebut. Pasal 1 dari UU mematok *kebenaran* sebagai "kebenaran atas suatu peristiwa, yang dapat diungkapkan, berkenaan dengan pelanggaran HAM berat,

Komnas HAM dan Lemhannas, sesuatu yang tidak lazim dilakukan dalam pembentukan undang-undang lainnya. RDPU yang dilakukan ini tercatat sebagai RDPU yang mengundang paling banyak pihak dibanding dengan pembahasan UU yang lain. Lihat *Progress Report: "Pembentukan KKR Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat"*, Elsam, Jakarta, 27 Januari 2006, hlm. 3.

³⁵⁴ *Op. cit.*, Komentar ICTY....hlm. 5.

baik tentang korban, pelaku, tempat maupun waktu." Sebagai tambahan, UU ini mendefinisikan "*rekonsiliasi*" sebagai ".... hasil dari suatu proses pengungkapan kebenaran, pengakuan dan pengampunan (*amnesti*).

Sangat disayangkan, konsepsi-konsepsi dasar yang begitu kompleks itu dikonseptualisasi begitu sempit. Kebenaran faktual atas peristiwa masa lalu tentu saja penting, tetapi masyarakat memerlukan lebih daripada kebenaran faktual agar dapat menilai dan menyimpulkan masa lalunya. Demikian pula halnya dengan konsep rekonsiliasi nasional yang menjadi tujuan penting dari UU, telah digeser ke arah pemberian amnesti bagi para pelaku.

Ketiga, terdapat kelemahan konstruksi norma-norma hukum dalam beberapa pasal yaitu:³⁵⁵ Pasal 1 ayat (9), Pasal 27 dan Pasal 44. Penjelasan Pasal 1 ayat (9) menyatakan bahwa "Amnesti adalah pengampunan yang diberikan oleh Presiden kepada pelaku pelanggaran HAM yang berat dengan memperhatikan pertimbangan DPR." Pasal ini jelas bertentangan dengan prinsip hukum yang telah diakui masyarakat internasional dimana Indonesia termasuk sebagai bagian di dalam komunitas tersebut.

PBB secara konsisten telah berulang kali menegaskan bahwa amnesti tidak dapat diberikan kepada pelaku pelanggaran HAM yang berat. Indonesia juga terikat dengan Konvensi Internasional yang telah diratifikasi, yang memuat larangan amnesti bagi pelaku pelanggaran HAM yang berat. Indonesia telah meratifikasi Konvensi Menentang Penyiksaan melalui UU No. 5 Tahun 1998 yang menegaskan kewajiban kepada negara peserta untuk menghukum pelaku penyiksaan.

Genosida, penghilangan paksa dan tindak penyiksaan telah diakui sebagai *jus cogens* (*peremptory norms*).³⁵⁶ Oleh

karena itu, bagi pelaku berlaku yurisdiksi universal (*universal jurisdiction*). Dengan melekatnya norma *jus cogens* ini maka pelakunya dinyatakan sebagai musuh segala umat manusia (*hostis humanis generis*), serta menjadi kewajiban negara untuk melakukan penuntutan (*obligatio erga omnes*).

Pemberian amnesti memang wewenang Presiden, namun berdasarkan prinsip hukum, amnesti tidak dapat diberikan kepada pelaku pelanggaran HAM yang berat, sejalan dengan prinsip hukum yang melarang amnesti terhadap pelaku pelanggaran HAM yang berat. Oleh sebab itu rumusan Pasal 1 Ayat (9): "*Amnesti adalah pengampunan yang diberikan oleh Presiden kepada pelaku pelanggaran HAM yang berat dengan memperhatikan pertimbangan Dewan Perwakilan Rakyat*" bertentangan dengan prinsip hukum dan karenanya tidak memiliki kekuatan hukum.

Keempat, Pasal 27. Pasal ini berbunyi, "Kompensasi dan rehabilitasi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 dapat diberikan apabila permohonan amnesti dikabulkan." Pada bagian umum dari Penjelasan UU KKR tersebut menyatakan: "Apabila pelaku mengakui kesalahan, mengakui kebenaran fakta-fakta, menyatakan penyesalan atas perbuatannya, dan bersedia meminta maaf kepada korban atau keluarga korban yang merupakan ahli warisnya, pelaku pelanggaran HAM yang berat dapat mengajukan permohonan amnesti kepada Presiden. Apabila permohonan amnesti tersebut beralasan, Presiden dapat menerima permohonan tersebut, dan kepada korban harus diberikan kompensasi dan/atau rehabilitasi. Apabila permohonan amnesti ditolak, maka kompensasi dan/atau rehabilitasi tidak diberikan oleh negara, dan perkaranya ditindaklanjuti untuk diselesaikan berdasarkan ketentuan UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM."

pengurangan (*derogation*) tidak dipebolehkan dan dimana perubahan atas norma tersebut hanya dapat dilakukan oleh norma hukum internasional umum dengan karakter yang sama. Lihat *Glosari, Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat*, Elsam, Jakarta, 2007, hlm. 26.

³⁵⁵ Lihat Materi Uji Material yang diajukan Pemohon dalam Putusan MK No.: 006/PUU-IV/2006.

³⁵⁶ Norma yang diterima dan diakui oleh negara-negara dalam komunitas secara keseluruhan sebagai norma dimana

Ketentuan Pasal 27 UU KKR yang membuat hak korban atas kompensasi dan rehabilitasi bergantung pada pemberian maaf dan bukan pada substansi perkara, telah mendiskriminasi korban dan melanggar jaminan atas perlindungan dan persamaan di depan hukum dan penghormatan terhadap martabat manusia. Lebih dari itu, pemulihan (kompensasi dan rehabilitasi) hanya dapat diberikan apabila permohonan amnesti dikabulkan. Hal ini telah menegasikan hak korban terhadap pemulihan karena pemulihan korban sama sekali tidak berhubungan dengan ada atau tidaknya amnesti.

Konsep Amnesti dalam Pasal 27 UU KKR mensyaratkan adanya pelaku. Konsekuensinya, tanpa adanya pelaku yang ditemukan, maka amnesti tidak akan mungkin diberikan. Akibat berikutnya, korban pun tidak mendapat jaminan atas pemulihan. Ketentuan ini pun telah mendudukkan korban pelanggaran HAM dalam keadaan yang tidak seimbang dan tertekan, sebab korban diberikan persyaratan berat untuk mendapatkan haknya, yakni bergantung kepada pemberian amnesti.

Dampak dari perumusan Pasal 27 UU KKR tersebut akan memberikan ketidakadilan kepada korban pelanggaran HAM. Sebab korban harus berharap agar pelaku yang selama ini telah membuat korban menderita bisa mendapatkan amnesti. Apabila pelaku tidak mendapatkan amnesti, maka hak korban atas pemulihan, yakni kompensasi dan rehabilitasi tidak bisa korban dapatkan, dan korban harus menempuh upaya lain yang tidak pasti. Dengan demikian, ketentuan Pasal 27 UU KKR telah membuat kedudukan yang tidak seimbang antara korban dan pelaku, dan telah mendiskriminasi hak atas pemulihan (kompensasi dan rehabilitasi) yang melekat pada korban dan tidak bergantung pada pelaku. Pasal-pasal tersebut juga tidak menghargai korban yang telah menderita akibat pelanggaran HAM yang berat yang dialaminya.

Kelima, Pasal 44. Pasal ini berbunyi, "Pelanggaran HAM yang berat yang telah diungkapkan dan diselesaikan oleh

Komisi, perkaranya tidak dapat diajukan lagi kepada Pengadilan HAM ad hoc." Pasal ini menyalahi prinsip dasar UU itu sendiri yang bersifat komplementer terhadap Pengadilan yang tidak boleh menutup kemungkinan korban memperjuangkan hak-hak hukum dan keadilan melalui lembaga peradilan. Pasal ini juga menghilangkan kewajiban negara menuntut pelaku pelanggaran HAM yang berat sebagaimana yang diatur dalam hukum internasional, baik yang tertuang dalam praktik (*International Customary Law*) maupun perjanjian-perjanjian internasional (*International Treaties*).

Kelemahan-kelemahan konstruksi hukum tersebut mendorong sejumlah pihak (lembaga dan perseorangan)³⁵⁷ mengajukan Peninjauan Kembali (*Judicial Review*) ke MK, karena UU KKR dinilai melanggar UUD 1945 yang telah memberikan jaminan atas penghormatan, pemenuhan, dan perlindungan HAM, berupa jaminan atas persamaan di depan hukum³⁵⁸, jaminan tidak diperlakukan diskriminatif,³⁵⁹ pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil,³⁶⁰ penegakan dan perlindungan HAM sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis³⁶¹, serta perlindungan, pemajuan penegakan dan pemenuhan HAM sebagai tanggung jawab negara. Konsekuensinya, maka undang-undang yang berkaitan dengan HAM harus memberikan: (1) jaminan bagi

³⁵⁷ Lembaga Studi dan Advokasi Masyarakat (ELSAM), Komisi untuk Orang Hilang dan Korban Kekerasan (Kontras), Solidaritas Nusa Bangsa (SNB), Inisiatif Masyarakat Partisipatif untuk Transisi Berkeadilan (Imparsial), Lembaga Penelitian Korban Peristiwa 65 (LPKP 65), Lembaga Perjuangan Rehabilitasi Korban Rezim ORBA (LPR-KROB), Raharja Waluya Jati, H. Tjasman Setyo Prawiro.

³⁵⁸ Pasal 27 Ayat (1) dan Pasal 28D Ayat (1).

³⁵⁹ Pasal 28 I Ayat (2).

³⁶⁰ Pasal 28 D Ayat (1).

³⁶¹ Pasal 28 I Ayat (5).

para korban untuk tidak mengalami diskriminasi, (2) jaminan bagi para korban untuk mendapatkan keadilan yang seadil-adilnya, (3) jaminan bagi para korban untuk mendapatkan perlindungan dari undang-undang yang dibuat dan bukan sebaliknya justru tidak melindungi korban, (4) jaminan bahwa undang-undang yang berkaitan dengan HAM tersebut memenuhi prinsip-prinsip hukum yang berlaku secara universal dan diakui oleh negara-negara yang beradab.

(e) Gagalnya Pembentukan KKR

Lambannya pembentukan UU KKR hingga 5 (lima) tahun jika dihitung semenjak berakhirnya Orde Baru 1998, gagalannya pembentukan anggota KKR, yang diakhiri dengan pembatalan UU KKR oleh MK, seolah seperti satu rangkaian kebijakan yang direncanakan, dan menunjukkan tidak adanya kemauan dan komitmen pemerintah untuk menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu.

Gagalnya pembentukan KKR sudah terlihat semenjak keterlambatan Presiden SBY menerbitkan dua Perpres yang menjadi dasar bagi panitia seleksi untuk bekerja, yaitu Keppres No. 7 tahun 2005 tentang Anggota Panitia Seleksi dan Perpres No. 27 tahun 2005 tentang Tata Cara Seleksi Anggota KKR yang baru diterbitkan tanggal 28 Maret 2005. Atau dengan kata lain Presiden menerbitkan kedua regulasi tersebut terlambat hampir 5 bulan dari ketentuan yang semestinya, akibatnya keseluruhan proses terlambat.³⁶²

³⁶² Panitia seleksi baru mulai bekerja efektif 9 April 2005, dan menyelesaikan kerjanya pada 1 Agustus 2005. Dalam jangka waktu 5 bulan itu, Panitia berhasil memilih dan menentukan 42 (empat puluh dua) orang calon anggota KKR. Empat puluh dua (42) orang calon yang ditetapkan oleh Panitia Seleksi ini adalah hasil penyaringan dari 1.300 orang yang mendaftar diri kepada Panitia. Sesuai dengan mandat yang diberikan oleh Presiden (Keppres) Panitia menyerahkan nama ke 42 orang calon yang terseleksi tersebut pada bulan Agustus itu juga

Kemacetan kedua terjadi di tangan Presiden setelah Presiden menerima 42 nama calon yang diserahkan Tim Seleksi. Setelah muncul banyak pertanyaan mengenai kemacetan pembentukan KKR, Presiden melalui Mensesneg mulai mengemukakan beberapa alasan yang menunjukkan adanya keragu-raguan dari pemerintah untuk membentuk KKR, yaitu Presiden masih memerlukan waktu untuk mempelajari nama-nama yang disodorkan oleh Panitia Seleksi. Di lain kesempatan juga dikemukakan, bahwa Presiden perlu berkonsultasi dengan pimpinan lembaga tinggi negara lainnya seperti MPR, DPR, MA dan MK sebelum membentuk KKR. Atau juga dikemukakan Presiden membutuhkan dukungan dari lembaga-lembaga politik dalam upaya membentuk KKR.³⁶³

Pada kesempatan lain dikemukakan alasan, bahwa Presiden belum membentuk KKR karena sedang berupaya meminta kembali panitia seleksi melakukan pendalaman atas 42 nama yang akan diajukan, mempersiapkan penyusunan aturan pelaksana, seperti peraturan pemerintah (PP), Keppres tentang Tata Cara dan Mekanisme Kerja, serta Perpres mengenai struktur dan organisasi KKR. Juga dikemukakan Presiden perlu konsultasi dengan panitia seleksi untuk memberikan pertimbangan nama-nama calon anggota KKR yang hendak dia pilih. Bahkan juga dikatakan, belum dibentuknya KKR karena Presiden masih menimbang-nimbang waktu yang tepat.

Seluruh alasan-alasan yang dikemukakan di atas pada dasarnya lebih menunjukkan tidak adanya *sense of urgency* dari Pemerintah mengenai kehadiran KKR. Sebab, seluruh alasan yang dikemukakan mengada-ada, dan di luar yang diatur

³⁶³ Baca Penundaan Pembentukan KKR: Peningkaran atas Platform Nasional dalam Penyelesaian Pelanggaran HAM di Masa Lalu, Progress Report KKR, Elsam, Jakarta 10 September 2006, hlm. 4.

oleh UU itu sendiri. UU KKR menegaskan dalam pembentukan KKR Presiden diberi hak mandiri untuk menentukan nama orang yang hendak dipilih setelah ada calon dari Panitia Seleksi.³⁶⁴

Di samping itu alasan bahwa presiden perlu membuat PP mengenai struktur organisasi KKR, atau Keppres tentang Tata Cara dan Mekanisme kerja menunjukkan keenganan pemerintah menjalankan UU KKR. UU KKR telah mengatur secara jelas struktur KKR.³⁶⁵ Seharusnya keperluan untuk pembuatan PP dan Keppres bukan alasan untuk menunda pembentukan KKR.

Alasan bahwa Presiden masih memerlukan untuk menimbang-nimbang dan mencari waktu tepat untuk membentuk KKR juga menunjukkan cara kerja yang tidak sinkron. Artinya ketika Presiden dan DPR telah mengesahkan UU, berarti Presiden dan DPR telah mengkaji dan menimbang secara mendalam dan seksama mengenai keperluan KKR ini dibentuk. Jika berpikirnya setelah UU disahkan itu menunjukkan bahwa pertimbangan kepentingan politik yang datang belakangan lebih mendominasi sikap ketimbang pemikiran yang jernih sebelumnya. Sementara itu, Wakil Presiden Yusuf Kalla mengemukakan kepada media bahwa

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ Struktur KKR adalah terdiri dari 21 orang anggota yang terbagi ke dalam tiga Sub Komisi. KKR dipimpin oleh seorang Ketua dengan didampingi oleh dua orang Wakil Ketua (Pasal 38) yang dipilih dari dan oleh anggota KKR sendiri. Selain itu setiap Sub Komisi dipimpin oleh seorang Ketua dan Wakil Ketua Sub-Komisi yang dipilih oleh anggota Sub-Komisi sendiri (Pasal 41). Masing-masing Sub Komisi komposisi anggotanya juga telah diatur secara jelas, yaitu 9 orang Sub-Komisi Investigasi, 5 orang Sub-Komisi Kompensasi, Rehabilitasi dan Restitusi, dan 4 orang Sub Komisi Pertimbangan Amnesty. Sementara itu mengenai tata cara dan mekanisme kerja KKR juga diatur secara rinci oleh UU

menurutnya tidak ada urgensi pembentukan KKR di Indonesia karena beranggapan bahwa di Indonesia tidak jelas mengenai pihak-pihak yang akan melakukan rekonsiliasi.³⁶⁶

Di kala pemerintah terus menunda-nunda dengan alasan yang dicari-cari, DPR juga diam. Tidak ada desakan secara insitusional dari DPR agar pemerintah sesegera mungkin membentuk KKR, dan membiarkan pemerintah mengabaikan ketentuan UU yang secara jelas mewajibkan pembentukan KKR dalam jangka waktu 6 bulan. DPR tidak melakukan terobosan dalam pembentukan KKR ini misalnya dalam bentuk memanggil Panitia Seleksi dan Mensesneg serta kemudian bersama-sama menentukan nama-nama dari daftar nama yang telah ada untuk dipilih menjadi anggota KKR. Pada hal secara hukum dan politik DPR juga merupakan lembaga yang bertanggung jawab untuk mendorong proses penyelesaian masalah HAM. Dengan mendiamkan kelalaian pemerintah, berarti DPR membenarkan sikap pemerintah dalam menunda-nunda pembentukan KKR.

Sementara Fadjroel Rahman dan Ifdhal Kasim³⁶⁷ menyikapi kelalaian pemerintah itu sebagai cerminan dari politik kekuasaan saat ini yang kembali permisif terhadap cara-cara lama yang dipraktikkan oleh Golkar dan militer yang kembali mantap dalam kekuasaan selayaknya di era Orde Baru. Keduanya mengemukakan bahwa pemerintah sebenarnya enggan untuk memebentuk KKR, sehingga secara sengaja diundur-undur waktu pembentukannya agar tidak menjadi beban pemerintah saat ini. Sinyalemen dari dua orang ini terbukti dengan keluarnya pernyataan dari Wakil Presiden yang menyatakan "KKR tidak diperlukan lagi di Indonesia."³⁶⁸

³⁶⁶ *Ibid.*, hlm. 5.

³⁶⁷ Fadjroel Rahman dan Ifdhal Kasim adalah dua diantara 42 nama yang lolos seleksi.

³⁶⁸ Progress Report, *loc. cit.*

Dalam kekecewaan seperti itu, Presiden dalam Pidato Kenegaraan pada tanggal 16 Agustus 2006 di hadapan DPR kembali menyatakan akan meneruskan proses pembentukan KKR, agar dapat menjadi wahana untuk menyelesaikan berbagai dugaan kasus pelanggaran HAM yang berat, disamping keberadaan Pengadilan HAM yang sudah ada.³⁶⁹ Namun janji ini kembali mentah, karena Presiden melalui Mensesneg pada akhir September 2006 menyatakan bahwa dirinya tidak mengenal nama-nama yang telah dinominasikan sebagai anggota KKR. Artinya Presiden menyatakan bahwa dia perlu waktu lagi untuk mempelajari ulang daftar nama yang telah diterimanya. Dengan kata lain Presiden tidak akan membentuk KKR dalam waktu yang dekat ini.³⁷⁰

Pernyataan itu menimbulkan pertanyaan, apakah presiden bersungguh-sungguh mau menjalankan UU atau hanya sekedar bermain kata-kata. Kalau Presiden benar-benar memiliki *sense of urgency* dalam menangani masalah HAM, presiden mestinya memberi waktu kepada Panitia Seleksi untuk bertemu dengan dirinya. Atau paling tidak menunjuk salah satu menternya bersama dengan Panitia Seleksi untuk menangani masalah ini secara menyeluruh.

Ketidakmauan Presiden untuk membentuk KKR sangat terlihat jelas, karena di satu sisi Presiden menyatakan perlu waktu untuk mendalami nama-nama, namun Presiden tidak kunjung memberi waktu kepada Panitia Seleksi untuk bertemu agar bisa menjelaskan semua nama-nama itu. Bahkan janji untuk bertemu dengan Panitia Seleksi pada bulan Agustus 2006 pun dibatalkan oleh Presiden.³⁷¹ Jika Presiden memiliki kemauan dan ada perhatian terhadap masalah penyelesaian pelanggaran HAM, Presiden bisa mengundang semua atau sebagian dari nama yang telah diterimanya untuk

bertemu. Langkah sederhana ini pun tidak dilakukan oleh Presiden.

(f) Pembatalan UU KKR oleh Mahkamah Konstitusi

Kelemahan-kelemahan UU KKR telah mendorong sejumlah LSM dan perseorangan mengajukan peninjauan kembali (*judicial review*) ke MK. Tiga pasal yang diajukan pemohon untuk dibatalkan karena dinilai bertentangan dengan UUD 1945 adalah Pasal 27, Pasal 1 ayat (9) dan Pasal 44. Dari tiga Pasal yang diajukan pengujian, hanya Pasal 27 yang diterima MK. Sementara terhadap permohonan pengujian pasal 44 mengenai hubungan KKR dan pengadilan dan pasal 1(9) mengenai amnesti, MK menolak permohonan para pemohon.

Dalam argumentasinya, pemohon melihat perumusan pasal 44 menempatkan KKR sebagai satu substitusi dari pengadilan HAM dan oleh karenanya haruslah dibatalkan. Menanggapi pendapat ini, MK melihat KKR lebih sebagai suatu alternatif bagi korban, dan karenanya tak dapat juga dikatakan sebagai substitusi. Sementara terhadap pasal 1 (9) MK beranggapan bahwa pasal tersebut bukanlah pasal yang mengatur mengenai norma melainkan hanya berisi definisi dan pengertian semata, sehingga tidak perlu dilakukan peninjauan ulang. Terhadap diterimanya pengujian Pasal 27 MK berpendapat bahwa:

“Meskipun yang dikabulkan dari permohonan hanya Pasal 27 UU KKR, akan tetapi oleh karena seluruh operasionalisasi UU KKR bergantung dan bermuara pada pasal yang dikabulkan tersebut, maka dengan dinyatakannya Pasal 27 UU KKR bertentangan dengan UUD 1945 dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat, seluruh ketentuan dalam UU KKR menjadi tidak mungkin untuk dilaksanakan. Hal ini terjadi karena keberadaan Pasal 27 tersebut berkaitan erat dengan Pasal 1 Angka 9, Pasal 6

³⁶⁹ Kompas, 17 Agustus 2006.

³⁷⁰ Progress Report, *op.cit.*, him. 6.

³⁷¹ Ibid.

huruf c, Pasal 7 Ayat (1) huruf g, Pasal 25 Ayat (1) huruf b, Pasal 25 Ayat (4), Ayat (5), Ayat (6), Pasal 26, Pasal 28 Ayat (1), dan Pasal 29 UU KKR. Padahal, keberadaan Pasal 27 dan pasal yang terkait dengan Pasal 27 UU KKR itu merupakan pasal-pasal yang sangat menentukan bekerja atau tidaknya keseluruhan ketentuan dalam UU KKR sehingga dengan menyatakan tidak mengikatnya secara hukum Pasal 27 UU KKR, maka implikasi hukumnya akan mengakibatkan seluruh pasal berkaitan dengan amnesti tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat.

Dengan argumen hukum tersebut, MK memutuskan menyatakan UU No. 27 Tahun 2004 Tentang KKR bertentangan dengan UUD Tahun 1945. Menyatakan UU No. 27 Tahun 24 tentang KKR tidak mempunyai kekuatan hukum mengikat".³⁷²

Putusan MK tersebut di luar perkiraan banyak pihak, terutama oleh para pemohon uji metari dan korban. Buat para korban dan atau keluarganya, putusan ini memupus harapan mereka yang sempat optimis dengan adanya UU KKR. Buat masyarakat umum, putusan ini juga mementahkan kembali upaya mendorong negara untuk menunjukkan komitmen yang konkrit atas tuntutan keadilan terhadap berbagai pelanggaran HAM masa lalu yang sampai saat ini tidak pernah secara formal diakui eksistensinya.³⁷³ Dengan

³⁷² *Ibid.*, Putusan MK.

³⁷³ Baca Ketika Prinsip Kepastian Hukum Menghakimi Konstitusionalitas Penyelesaian Pelanggaran HAM Masa Lalu: Pandangan kritis atas putusan MK dan implikasinya bagi Penyelesaian Pelanggaran HAM Masa lalu, Elsam, Jakarta, 19 Desember 2006, hlm. 18.

demikian, tujuan untuk melindungi generasi mendatang dari kemungkinan perulangan terjadinya kejahatan yang sama di masa yang akan datang akan semakin sulit direalisasikan.³⁷⁴

Pertimbangan yang mendasari putusan MK tersebut adalah bahwa UU KKR sangat lemah, tidak memiliki kepastian hukum karena konstruksi pasal-pasalanya, terutama ketidak pastian hukum bagi para pelaku yang memilih mekanisme ini akibat perumusan hubungan antara mekanisme pengadilan dan KKR yang tidak secara jelas dicantumkan. Selain ini, berbagai hambatan operasional di tingkat yang lebih teknis juga diuraikan lebih lanjut dalam pertimbangan mahkamah. Seperti diungkapkan oleh ketua MK, kenyataan bahwa sampai saat ini Presiden gagal menjalankan kewajibannya dalam membentuk komisi. Kelambanann pemerintah yang tidak juga membentuk institusi KKR telah dijadikan pertimbangan oleh MK untuk membatalkan UU ini.³⁷⁵

Putusan MK ini banyak menuai kekecewaan dari para korban pelanggaran HAM di masa lalu yang sampai saat ini terus menyuarakan tuntutan keadilan.³⁷⁶ Hal senada juga terungkap dari berbagai komentar dari pihak-pihak baik pemerintah, anggota DPR, maupun komunitas pembela HAM sesaat setelah putusan MK dijatuhkan. Mereka menilai putusan ini sebagai kembalinya usaha mengusung pertanggungjawaban atas kejahatan pelanggaran masa lalu ke titik nol.³⁷⁷

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Lihat, *The Jakarta Post*, "Govt pledge to settle rights abuses questioned", 9 Desember 2006.

³⁷⁶ Lihat, wawancara dengan Si Pon, dalam "MK dinilai Mengecewakan", *Media Indonesia*, 9 Desember 2006.

³⁷⁷ Ada yang melihat putusan ini sebagai suatu yang berlebihan, lihat komentar AM Fatwa pada *Media Indonesia*, 9 Desember 2006, juga Mualimin Abdi, Kepala Subdirektoral Depkumham, *Koran Tempo*, 8 Desember 2006, juga, Asvi di Kompas, Komentar Asmara Nababan, dll.

Berkaitan dengan permohonan pencabutan pasal 44 UU No 27 Tahun 2004, MK berpendapat bahwa KKR merupakan suatu *alternative dispute resolution* yang akan menyelesaikan perselisihan HAM secara *amicable* dan apabila berhasil akan menutup penyelesaian secara hukum.³⁷⁸ Dengan demikian, tertutupnya proses hukum dalam mekanisme ini merupakan akibat logis, dan bukanlah merupakan impunitas sebagaimana diungkapkan oleh pemohon. Selain itu, MK melihat bahwa KKR bertujuan untuk mencapai rekonsiliasi nasional.³⁷⁹

Pertimbangan demikian jelas merupakan penafsiran yang keliru karena tidak disandarkan pada konsep umum yang sudah sering digunakan dan dijadikan pedoman oleh para akademisi maupun praktisi tentang *alternative dispute resolution* (ADR).³⁸⁰ Penerapan konsep ADR untuk melihat KKR jelas merupakan kekeliruan yang besar karena kompetensi absolut dari ADR haruslah sengketa perdata yang sebelumnya sudah disepakati oleh para pihak bahwa apabila timbul sengketa diantara mereka, maka perkaranya akan diperiksa melalui mekanisme *alternative disputes resolution*.³⁸¹

ADR yang dalam bahasa Indonesia diterjemahkan dengan alternatif penyelesaian sengketa merupakan lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli. Penyelesaian sengketa atau beda pendapat antar para pihak dalam suatu hubungan hukum tertentu yang telah mengadakan perjanjian arbitrase yang secara tegas menyatakan bahwa semua sengketa atau beda pendapat yang timbul atau yang mungkin timbul dari

hubungan hukum tersebut akan diselesaikan dengan cara arbitrase atau melalui alternatif penyelesaian sengketa.³⁸²

Kata "alternatif" disini sebenarnya sebagai penegasan terhadap pengertian selain "daripada" "pengadilan". Sengketa atau beda pendapat (perdata) dapat diselesaikan oleh para pihak melalui alternatif penyelesaian sengketa yang didasarkan pada itikad baik dengan mengesampingkan penyelesaian secara litigasi di Pengadilan Negeri. Penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui alternatif penyelesaian sengketa tersebut diselesaikan dalam pertemuan langsung oleh para pihak dalam waktu paling lama 14 (empat belas) hari dan hasilnya dituangkan dalam suatu kesepakatan tertulis. KKR bukanlah suatu gagasan yang muncul dari suatu hubungan keperdataan tetapi suatu mekanisme transisional untuk menyelesaikan pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di suatu negara.³⁸³

Pendapat hukum MK yang menyatakan bahwa KKR merupakan alternatif dari penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu merupakan suatu argumentasi yang tidak berdasarkan pada referensi-referensi hukum yang kuat dan memadai. Karena mengandaikan pelanggaran hak asasi yang berat menjadi kompetensi absolut dari KKR- terjadi karena adanya konsensus atau kesepakatan dari korban terhadap apa yang dilakukan pelaku.

Bersamaan dengan pembatalan secara keseluruhan UU KKR, MK merekomendasikan kepada Pemerintah bahwa banyak cara yang dapat ditempuh untuk itu, antara lain dengan mewujudkan **rekonsiliasi** dalam bentuk kebijakan hukum (undang-undang) yang serasi dengan UUD 1945 dan instrumen HAM yang berlaku secara universal, atau dengan melakukan **rekonsiliasi** melalui kebijakan politik dalam rangka **rehabilitasi dan amnesti secara umum**.³⁸⁴

³⁷⁸ Lihat Putusan MK No. 006/PUU-IV/2006 hlm 123.

³⁷⁹ Lihat Putusan MK No. 006/PUU-IV/2006 hlm 130.

³⁸⁰ *Ketika Prinsip...op.cit.*, hlm. 10.

³⁸¹ *Ibid.*

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid.*

Pendapat MK ini sudah memasuki ranah politik kebijakan yang domainnya ada pada Pemerintah dan DPR sebagai pembuat peraturan perundang-undangan. Terlebih lagi pendapat MK ini dapat mengakibatkan terjadinya "*blanket amnesty*". Karena amnesti diberikan secara umum kepada siapa saja yang dianggap sebagai pelaku pelanggaran HAM yang berat, tanpa memperhatikan syarat-syarat yang ketat yang seharusnya dijadikan rujukan ketika amnesti akan diberikan, yaitu:³⁸⁵ (a) sebelum pemberian amnesti dilakukan, terlebih dahulu harus ada pengungkapan kebenaran; (b) amnesti tidak boleh diberikan untuk kejahatan terhadap kemanusiaan dan genosida; (c) pemberian amnesti tersebut haruslah sesuai dengan keinginan rakyat.

Pada bagian lain dari argumen MK dalam putusannya adalah, MK salah dalam memahami substansi KKR sebagaimana pandangan beberapa pihak di luar MK yang menganggap KKR sebagai institusi untuk rekonsiliasi. Padahal substansi KKR adalah komisi kebenaran untuk mengungkapkan kebenaran. Pengakuan akan kebenaran untuk keadilan inilah inti KKR, sekaligus yang akan membawa negara pada kewajiban-kewajiban pemulihan hak-hak korban.

Pemahaman MK ini relatif sama dengan gagasan institusionalisasi KKR yang mengedepankan rekonsiliasi dan dipromosikan oleh berbagai pihak, diantaranya pejabat negara, petinggi militer maupun akademisi. Gagasan inilah yang kemudian pertama kali secara formal diinstitusionalisasikan dengan pembentukan Tim Rekonsiliasi Nasional pada pemerintahan B.J. Habibie.

Putusan MK membatalkan UU No. 27 Tahun 2004 tersebut menjadi klimaks dari perjalanan panjang untuk mendorong lahirnya komitmen negara atas kekerasan dan pelanggaran HAM di masa lalu. Ironisnya, tindakan ini justru dilakukan MK dengan mempergunakan tuturan dan pemikiran baik dari para korban yang mencoba mencari

perlindungan terakhir dari konstitusi. Prosedur hukum dan peninjauan konstitusionalitas yang diupayakan para korban dan lembaga yang banyak memperjuangkan penegakan HAM justru menjadi pukulan balik yang paling telak. Lebih ironis lagi, pemutus kata akhir, MK, sembari menguatkan hak-hak konstitusionalitas para korban menguburnya dengan landasan kepentingan umum, dan rekomendasi rekonsiliasi politik.

Pembatalan undang-undang ini memberikan implikasi serius pada dua aspek. *Pertama*, memupus harapan pembentukan KKR yang memang sudah sangat terlambat, karena UU No. 27 Tahun 2004 mewajibkan pemerintah membentuk KKR paling lambat 6 (enam) bulan setelah UU terbentuk,³⁸⁶ tetapi faktanya hingga dibatalkan oleh MK, Pemerintah baru berhasil menyelesaikan penyaringan calon anggota sampai tingkat 42 (empat puluh dua) nama yang sudah berada di tangan Presiden. Tanpa diketahui dengan pasti alasannya, Presiden tidak segera melimpahkan nama-nama tersebut ke DPR sampai akhirnya UU KKR tersebut dibatalkan MK.

Kedua, pembatalan itu berimplikasi pada terhentinya agenda penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu di Aceh dan Papua yang menggantungkan pembentukan mekanisme penyelesaiannya pada mekanisme nasional, yaitu KKR. UU No. 21 tahun 2001 tentang Otonomi Khusus Papua Pasal 44 secara jelas menyatakan bahwa KKR di Papua dimaksudkan untuk "melakukan klarifikasi sejarah dan merumuskan serta menetapkan langkah-langkah rekonsiliasi" dalam rangka menjaga persatuan bangsa. Artinya DPR dan Pemerintah telah berjanji secara konstitusional kepada rakyat Papua bahwa KKR akan dibentuk. Hal serupa terjadi juga di Aceh. Pembentukan KKR yang direncanakan di Aceh merupakan

³⁸⁵ *Ibid.*

³⁸⁶ UU ini disahkan oleh DPR bersama Presiden pada tanggal 6 Oktober 2004. Jika DPR dan Pemerintah konsisten dengan produk UU yang telah dibuatnya, maka KKR seharusnya telah terbentuk pada bulan April 2005.

hasil perundingan internasional antara RI dengan GAM yang teruang dalam sebuah MoU. Janji dalam MoU Helsinki itu kemudian dituangkan dalam Pasal 229 UU No. 11 tahun 2006 tentang Pemerintah Aceh yang menyebutkan: "untuk menyelesaikan pelanggaran HAM di masa lalu di Aceh dibentuk Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi."

Kelemahan substansi UU serta tertunda-tundanya proses pembentukan KKR, yang berujung pada pembatalan UU KKR oleh MK seolah menjadi satu rangkaian kegagalan politik hukum HAM pemerintah era reformasi menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu menyusul bebasnya semua pelaku pelanggaran HAM kasus Timor Timur dan Kasus Tanjung Priok.

Sampai pada bagian ini, dapat konstatir satu pandangan bahwa jalan hukum untuk menyelesaikan Pelanggaran HAM yang berat masa lalu yang dimandatkan kepada UU No. 26 Tahun 2000 dan UU No. 27 Tahun 2004 telah kandas di jalan hukum itu sendiri. Apakah kesimpulan David Cohen³⁸⁷ yang menyatakan gagalnya pengadilan HAM Timor Timur, sebagaimana juga gagalnya pengadilan HAM Tanjung Priok dan pupusnya jalan KKR merupakan jalan yang memang disiapkan untuk gagal? masih merupakan pertanyaan hipotetis, yang sekalipun cukup meyakinkan, tetapi masih memerlukan penelusuran lebih jauh pada bagian-bagian berikutnya dari disertasi ini.

c. Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP)

(a) Latar Belakang Terbentuknya KKP

Pemerintah Indonesia dan Pemerintah Timor Leste pada tanggal 9 Maret 2005 telah menandatangani suatu Deklarasi Bersama (*Joint Declaration*) untuk menyelesaikan

masalah pelanggaran HAM berat di Timor Leste pada tahun 1999 melalui pembentukan suatu Komisi Kebenaran dan Persahabatan (*Truth and Friendship Commission*). Deklarasi Bersama ini merupakan tindak lanjut pertemuan kedua Kepala Negara pada tanggal 14 Desember 2004 di Tampak Siring, Bali.

Pembentukan KKP yang telah disepakati kedua pemerintahan, merupakan cara untuk mencegah intervensi masyarakat internasional khususnya PBB memasuki masalah pelanggaran HAM berat di Timor Leste yang menurut pandangan Indonesia dianggap mampu untuk diselesaikan secara bilateral.

Langkah strategis yang dipandang tepat untuk sementara ini sudah barang tentu dengan satu kondisi yaitu bahwa kedua pemerintahan mampu meredam gejolak politik di dalam negara masing-masing, dapat menjamin bahwa KKP secara serius mampu menyelesaikan tugasnya se-objektif dan semaksimal mungkin, untuk menemukan dan menggali fakta-fakta yang diharapkan dapat mengungkapkan kebenaran tentang peristiwa pelanggaran HAM berat pasca jajak pendapat.

Pembentukan KKP untuk menyelesaikan peristiwa pelanggaran HAM yang berat pasca jajak pendapat tahun 1999, bertujuan untuk menemukan kebenaran, tanpa penuntutan melainkan hanya untuk pemberian amnesty atau kompensasi atau reparasi terhadap korban-korban. Hal ini ditegaskan sebagai salah satu prinsip dalam *Term of Reference* (TOR) pembentukan KKP (huruf c): "...the CTF (KKP) process will not lead to prosecution and will emphasize institutional responsibilities".

Mukadimah TOR KKP angka 8 berbunyi sebagai berikut:

"Based on and benefiting from our shared experience, and motivated by our strong desire to move forward, we are determined to bring to a closure chapter of our recent past through joint efforts. A definitive closure

387 Cohen, *Ibid.*

of the issues of the past would further promote further bilateral relations”.

Berangkat dari mukadimah (angka 8) di atas sangat gamblang bahwa kedua pemerintahan telah sepakat untuk menutup buku kasus pelanggaran HAM yang berat paska jajak pendapat tahun 1999 di wilayah Timor Leste dengan memilih memaafkan kejahatan masa lalu itu, untuk menyongsong masa kini dan masa depan sejalan dengan makna KKP yang dalam glossary yang diterbitkan oleh Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP) merumuskan persahabatan sebagai “Hubungan baik antar dua bangsa dan rakyatnya berdasarkan pada pendekatan rekonsiliatif dan berorientasi ke depan serta memajukan kontak antara orang dan orang yang inovatif dan kerjasama untuk meningkatkan perdamaian dan stabilitas”.

(b) Mekanisme Kerja KKP³⁸⁸

Untuk memenuhi mandatnya menetapkan “kebenaran konklusif” mengenai kekerasan di Timor Timur tahun 1999, Komisi telah mengumpulkan dan menganalisis sejumlah besar bukti dari berbagai sumber. Bukti dan analisis ini berfokus pada dua pertanyaan utama yang dihadapkan kepada Komisi: Apakah pelanggaran HAM berat telah terjadi di Timor Timur tahun 1999? Jika memang demikian, apakah ada institusi yang bertanggung jawab atas pelanggaran-pelanggaran tersebut?

Guna menjawab pertanyaan-pertanyaan tersebut Komisi melakukan Telaah Ulang Dokumen yang menganalisis hasil proses peradilan dan penyelidikan yang pernah dilakukan sebelumnya. Dokumen-dokumen ini mencakup, antara lain; Laporan Komisi Penyelidik

³⁸⁸ Diolah dari Laporan Akhir KKP Indonesia-Timor-Leste, hlm. 14.

Pelanggaran HAM di Timor Timur (KPP HAM) yang ditunjuk oleh Komnas HAM; dokumen-dokumen persidangan Pengadilan HAM Ad Hoc Jakarta, termasuk BAP-BAP Kejaksaan Agung RI; Laporan Komisi Penerimaan, Kebenaran dan Rekonsiliasi Timor-Leste (CAVR) dan; dokumen persidangan dan penyidikan yang dijalankan oleh Panel Khusus untuk Kejahatan Berat pada Pengadilan Distrik Dili (SPSC) serta Unit Kejahatan Berat (SCU) di Dili.

Di samping Telaah Ulang Dokumen, Komisi menjalankan suatu proses Pencarian Fakta yang luas melalui Dengar Pendapat Terbuka dan Tertutup, Pengambilan Pernyataan, Wawancara, dan Submisi Tertulis. Karena Komisi bukan merupakan lembaga yudisial dengan wewenang untuk memaksakan kesaksian, acara-acara dengar pendapat bersifat inklusif guna memberi kesempatan kepada semua pihak untuk mengetengahkan pandangan mereka tanpa interupsi. Pada dengar pendapat juga terdapat sesi “klarifikasi”, di mana Komisioner dapat mengajukan pertanyaan.

Guna membantu menetapkan kebenaran, Komisi mengembangkan mekanisme Dengar Pendapat Tertutup yang memberi kesempatan kepada perorangan untuk menyampaikan kesaksian yang mungkin mereka enggan atau takut sampaikan di depan publik. Melalui proses ini, Komisi dapat memastikan bahwa berbagai sudut pandang tentang kekerasan tahun 1999 telah diperoleh dari mereka yang mengalami peristiwa tahun 1999 dalam berbagai peran. Satu sudut pandang yang tidak terwakili dalam proses Pencarian Fakta adalah dari PBB. Meskipun Komisi berulang kali berupaya mengundang personil PBB untuk bersaksi dalam dengar pendapat, PBB telah memilih untuk tidak mengizinkan personilnya hadir dan memberikan kesaksian.

Metodologi Telaah Ulang Dokumen dan Pencarian Fakta Komisi harus dilihat sebagai dua bagian terpisah namun saling melengkapi dari suatu proses yang ditujukan untuk menetapkan sejauh mungkin “kebenaran konklusif”

mengenai kekerasan tahun 1999. *Kedua* metodologi ini dijalankan berdasarkan kerangka konseptual, yang menjabarkan secara rinci kriteria yang diperlukan bagi temuan mengenai pelanggaran HAM berat dan tanggung jawab institusional. Kerangka tersebut dipaparkan pada Bab 3 dan 5-7 Laporan.

Dengar Pendapat Terbuka hanyalah merupakan salah satu dari banyak sumber informasi dan kesaksian yang telah digunakan oleh Komisi. Terhadap semua-sumber informasi tersebut, Komisi telah melakukan suatu proses analitis yang memperbandingkan berbagai sumber bukti satu sama lainnya guna mencapai temuan dan kesimpulan yang kuat.

Guna memenuhi mandatnya untuk menyelidiki hakikat, cakupan, dan penyebab kekerasan tahun 1999, Komisi melakukan penelitian mengenai latar belakang historis, dinamika politik, dan struktur-struktur kelembagaan yang berpengaruh terhadap terjadinya peristiwa kekerasan sebelum dan selama tahun 1999. Hal ini memungkinkan Komisi memperkaya kesimpulannya melalui pemahaman lebih luas mengenai bagaimana penyebab-penyebab kekerasan tahun 1999 tersebut berhubungan dengan struktur dan praktik kelembagaan yang sudah mapan di masa lalu. Pemahaman ini terutama sangat penting guna merumuskan rekomendasi-rekomendasi yang ditujukan untuk mencegah terulangnya pelanggaran HAM di masa mendatang melalui reformasi kelembagaan dan langkah-langkah lainnya.

(c) Respon dan Peran Aktor

1. Pemerintah

Sebagai kesepakatan dua negara, sudah barang tentu pemerintah Indonesia memberi dukungan dan berperan penting terhadap lahir dan bekerjanya komisi. Tetapi sikap dasar pemerintah Indonesia terhadap KKP adalah tidak memberi ruang bagi apa yang dipahami pemerintah sebagai intervensi pihak luar.

Dengan sikap dan pandangan tersebut, pemerintah Indonesia melalui departemen Luar Negeri telah beberapa kali menyatakan penolakannya untuk berkerja sama, dengan alasan komisi ini tidak diperlukan lagi dengan dibentuknya KKP (Komisi Kebenaran dan Persahabatan) Indonesia-Timor Leste. Sementara Pemerintah Timor Leste menunjukkan sikap lebih kooperatif dengan membuka akses kepada 3 anggota Komisi Ahli PBB ini pada tanggal 3-9 April 2005 untuk memasuki Timor Leste dan bertemu dengan lembaga-lembaga negara terkait, ORNOP HAM, dan keluarga korban.³⁸⁹

Menanggapi hasil kerja KKP, Presiden SBY mengatakan, hasil KKP sebagai proses penyembuhan luka lama yang diderita kedua belah pihak. SBY berharap, Indonesia dan Timor Leste tidak mengulangi kesalahan di masa lalu. "Hasil rekomendasi KKP menjadi proses penyembuhan luka lama agar kejadian serupa tidak terulang lagi di masa yang akan datang."³⁹⁰

Lebih lanjut SBY menyatakan, "selama ini peristiwa-peristiwa pelanggaran HAM di Timor Leste telah diberitakan sejumlah media. Dia berharap, ada pelurusan pemberitaan melalui laporan KKP ini. "Waktu itu banyak laporan tentang terjadinya kekerasan di Televisi; banyak korban jiwa pelanggaran HAM. Mereka hanya mampu memberi gambaran secara acak. Seiring adanya kebenaran baru yang dihasilkan ini, yang dilakukan secara terarah dan sistematis,

³⁸⁹ Baca *Siaran Pers LSM Indonesia* No. 021/SK/HRWG/IV/05 dengan judul: "Martabat Negara Republik Indonesia dipertaruhkan dalam persoalan permohonan kerjasama Komisi Ahli PBB tentang Pengadilan Adhoc Kasus Timor Leste", tanggal 13 April 2005.

³⁹⁰ Dikemukakan SBY dalam sambutannya di hadapan Presiden Timor Leste Ramos Horta, PM Timor Leste Xanana Gusmao, dan para delegasi keduane negara, *Kompas*, 14 Juli 2008

diharapkan ada penyelesaian yang tuntas,”. SBY menegaskan, bahwa kasus ini tidak akan dilanjutkan ke jalur hukum.³⁹¹

Pada bagian lain, Menteri Pertahanan Juwono Sudarsono mengatakan, laporan Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP), apa pun rumusannya, tidak akan membawa kedua negara, Indonesia dan Timor Leste, ke pengadilan internasional atau *international tribune* karena KKP dibentuk dengan perjanjian bahwa hasilnya hanyalah sebuah *conclusive truth* dari peristiwa Timor Leste 1999. “Tidak ada niat kedua negara untuk mempermasalahkan itu,” ujar Juwono ketika menyampaikan jawaban atas pertanyaan Komisi I dalam rapat kerja Komisi I DPR RI dengan Dephan dan TNI”.³⁹²

Menurut Juwono, pembentukan KKP telah disepakati dalam empat poin sejak awal, yaitu temuannya tidak akan diselesaikan secara hukum, KKP bersifat melihat ke depan dan tidak terlalu terbebani dengan masa lampau, KKP bertugas mencari kebenaran hakiki dalam jajak pendapat 1999, dan penelusuran KKP merujuk pada persoalan bahwa kedua pihak bersalah. Juwono mengatakan, temuan KKP juga telah disepakati bersifat *retroactive justice*. Hal ini berarti bahwa temuan bersifat memulihkan hubungan kedua negara dan tidak mempersoalkan lagi masalah-masalah dari kedua belah pihak.³⁹³

2. DPR

Respon DPR terhadap hasil KKP cenderung negatif, dan menilai hasil kerja dan laporan KKP tendensius; cenderung menyalahkan TNI. Permadi dari Fraksi PDI Perjuangan meminta TNI menolak seluruh laporan akhir dari Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP). “Kami minta

TNI menolak seluruh dokumen yang bersangkutan,” kata Permadi, politikus PDI Perjuangan saat rapat kerja dengan Menteri Pertahanan dan Panglima TNI di Komisi Pertahanan MPR/DPR.³⁹⁴

Menurut Permadi, dokumen KKP bisa menjadi aib bangsa. Dokumen tersebut jelas menyalahkan dan meminta pertanggungjawaban dari banyak institusi baik TNI maupun perorangan neger ini.³⁹⁵

Senada dengan Permadi, Sutradara Ginting, yang juga dari PDI Perjuangan berharap pemerintah bertindak tegas. Kesepakatan menjadikan komisi ini sebagai pencari kebenaran dan persahabatan kedua negara malah menjadi seperti ini. “Pemerintah harus tegas, dari dulu kita yang selalu disalahkan,” kata Sutradara Ginting.³⁹⁶

Pada bagian lain, Permadi juga menilai dokumen tersebut berat sebelah. Komisi tersebut hanya menyalahkan Indonesia dalam kasus Timor Leste. Sementara Ketua Komisi I DPR RI, Theo L Sambuaga, meminta pemerintah konsisten apapun isi laporan Komisi Kebenaran dan Persahabatan yang akan disampaikan besok. Kekonsistenan itu didasarkan pada kesepakatan tentang KKP sejak semula, termasuk tidak akan mempersoalkan hasil temuan di pengadilan internasional.³⁹⁷ Meski Theo mengaku bahwa dirinya belum mengetahui persis isi dokumen tersebut, namun dari segi prinsip dan semangat terbentuknya KKP, Theo menilai bahwa tugas KKP adalah untuk menemukan kebenaran dan mendorong persahabatan. Kita kan bersepakat untuk menyelesaikan dengan baik. Maka dari itu dibentuklah KKP. Dengan semangat menemukan kebenaran dan rekonsiliasi persahabatan. Dari segi semangat, kita terima hasilnya. Pelaksanaannya sudah tentu tunduk pada

³⁹¹ Ibid.

³⁹² *Tempo Interaktif*, 14 Juli 2008.

³⁹³ Ibid.

³⁹⁴ *Tempo Interaktif*, 14 Juli 2008.

³⁹⁵ Ibid.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ *Kompas*, 14 Juli 2008.

hukum nasional dan tidak perlu membawanya ke pengadilan internasional.³⁹⁸

3. TNI/Polri

Panglima TNI Djoko Susanto enggan berkomentar banyak soal laporan Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP) soal pelanggaran HAM yang dilakukan oleh militer dan sipil Indonesia dalam jajak pendapat 1999 di Timor Timur (Timor Leste). Menurut Djoko, dirinya tak dapat berkomentar jika laporan secara resmi pun belum diterimanya. "Yang pertama kita akan tunggu. Seperti apa kita akan pelajari dulu. Nanti kita akan berkoordinasi dan berkonsultasi dengan Departemen Pertahanan (Dephan)," ujar Djoko di sela-sela rapat kerja Komisi I DPR-RI dengan Dephan dan TNI di Jakarta.³⁹⁹

Menurut Djoko, TNI tak akan campur tangan soal rumusan KKP dan tidak ada tuntutan untuk menyikapinya sebab hal itu berada di luar kewenangan TNI. Dalam demokrasi, tentara itu tidak bisa memberikan sikap di luar kewenangan. KKP adalah hasil kesepakatan dua negara, dan karena itu di luar kewenangan TNI untuk menanggapi itu. Namun Djoko juga menegaskan bahwa TNI akan mempelajari terlebih dahulu. Jika ternyata penanganannya masuk kewenangan TNI, barulah TNI akan menentukan sikap. Sikap seperti apapun, diungkapkan Djoko, akan ditentukan kemudian. Termasuk soal keterlibatan Wiranto.⁴⁰⁰

Respon TNI/Polri atas KKP sangat berhati-hati dan cenderung tidak memberi komentar apapun, sekalipun terdapat temuan KKP bahwa TNI/Polri terlibat dalam pelanggaran HAM di Timor Timur. Tetapi karena sikap dasar

dari KKP adalah "perdamaian dan persehabatan" serta ada komitmen antara kedua negara untuk tidak membawa apa yang terjadi di Timor Timur sebelum dan setelah jajak pendapat ke pengadilan internasional, tentu bagian ini menguntungkan TNI/Polri.

4. Kelompok Penekan

Human Rights Working Groups (HRWG), KontraS, Elsam, Imparsial, PBHI, dan Yayasan HAK serta FORUM-ASIA, melihat bahwa proses Komisi Kebenaran dan Persahabatan (KKP) lebih sebagai instrumen impunitas atas kasus pelanggaran HAM yang berat yang terjadi di Timor Leste tahun 1999,⁴⁰¹ ketimbang sebagai instrumen penyelesaian yang adil.

Dalam konteks ini ada beberapa alasan mendasar yang tidak menguntungkan posisi Indonesia dan Timor Leste dalam mengaplikasi keadilan transisional kedua belah negara.

Pertama, *Memorandum of Understanding* (MoU) yang menjadi landasan KKP masih mengabaikan prinsip HAM Internasional, misalnya pemberian amnesti dan tidak adanya tanggungjawab institusi untuk proses selanjutnya. Hal ini akan menyulitkan posisi Indonesia dan Timor Leste di lingkungan Internasional, seperti peran resolusi konflik yang ingin diambil Indonesia dalam demokratisasi Burma. Begitu juga, Materi MoU ini mengingkari janji dan komitmen Indonesia dalam keanggotaan *Human Rights Council*

Kedua, KKP kurang serius membongkar kejahatan HAM dengan tidak memprioritaskan pelaku kejahatan HAM untuk dihadirkan dalam *hearing process* pada 19 hingga 21 Februari 2007.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ *Tempo Interaktif*, Jakarta, Senin 14 Juli 2008.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Baca Siaran Pers Bersama, HRWG, KontraS, Elsam, Imparsial, PBHI, Yayasan HAK dan FORUM-ASIA, "CTF Mencoreng Citra Indonesia dan Timor Leste", 22 Februari 2007.

Ketiga, sampai saat ini belum jelas perumusan “persahabatan” dalam kerangka *transitional justice*. Seharusnya, persahabatan yang dikonstruksi berdasarkan kerja KKP harus bercitrakan pada agenda *transitional justice*. Misalnya kerjasama dan tanggungjawab untuk pemulihan (rehabilitasi) korban, perumusan bersama untuk memastikan para pelaku pelanggaran HAM tidak terlepas dari hukum melalui cara *information exchange*, saksi dan lain lain.

Dengan catatan-catatan tersebut, sejumlah Lembaga Swadaya Masyarakat (LSM) di atas mengajukan desakan agar:⁴⁰²

- (i) Pemerintahan dua negara ini segera mengamendmen MoU dengan menjadikan prinsip HAM internasional sebagai rujukan dan berorientasi pada aspirasi rakyat; keadilan, kebenaran dan perbaikan.
- (ii) Presiden dua negara hendaknya memberikan kekuatan hukum *subpoena* kepada KKP agar dapat memanggil semua pelaku pelanggaran HAM tanpa alasan remeh yang boleh memperlambat proses hukum.
- (iii) KKP agar memprioritaskan semua pelaku pelanggaran HAM dipanggil dalam *hearing process* secara terbuka.
- (iv) Otoritas kedua negara termasuk CTF tidak boleh membuat kesimpulan yang bertentangan dengan fakta-fakta resmi yang telah dinyatakan oleh kedua belah pemerintahan melalui; Komnas HAM Indonesia dan CIET.

Respon kritis kelompok penekan, khususnya LSM memang cukup keras. Intinya mereka menyatakan bahwa KKP adalah instrumen impunitas. KKP yang diprakarsai Pemerintah Timor Leste dan Indonesia dalam pertemuan Bali 15 Desember 2004 semakin memperlihatkan kepada dunia internasional khususnya masyarakat Timor Leste dan Indonesia, bahwa kedua pemerintah sedang memelihara

kekebalan hukum (*Impunity*) atau melindungi para pelaku. Kedua pemerintah juga semakin memperjelas sikap politik mereka dengan tidak akan peduli terhadap proses selanjutnya yang akan dilakukan oleh *Unit Serious Crimes* (USC), Panel Khusus maupun Komisi Penerimaan, Kebenaran dan Rekonsiliasi di Timor Leste.⁴⁰³

Menurut aliansi, komisi ini bukan untuk menjawab kebutuhan masyarakat Indonesia untuk mengetahui kebenaran, dan kami pun ragu atas mekanisme kebenaran yang akan ditempuh dan diperoleh dari komisi ini. Kami sangat menyadari bahwa kepentingan akan keadilan sedang dipertaruhkan dengan kondisi bangsa kami Timor Leste yang kecil dan miskin serta sedang banyak masalah dalam negeri. Sehingga semakin memperkuat keinginan kami agar PBB dapat mengambil peranan untuk memberikan keadilan bagi para korban kejahatan berat HAM. Aliansi mendesak agar PBB membentuk Komisi Ahli untuk mengevaluasi proses yang saat ini sedang dilakukan baik di Timor Leste maupun di Indonesia lalu memberikan rekomendasi.⁴⁰⁴

Sementara itu ICTJ menilai bahwa kelemahan mendasar dalam proses dengar pendapat adalah fokus Komisi pada kesaksian dari para tertuduh dan pejabat senior. Menurut analisa latar belakang para saksi, KKP mendengarkan bukti hanya dari 13 korban dari total 56 orang yang bersaksi dalam dengar pendapat. Ini sangat berbeda dengan kinerja berbagai komisi kebenaran lainnya: CAVR mendengar kesaksian dari sekitar 200 korban dalam dengar pendapat; dan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi Afrika Selatan mendengarkan kesaksian dari sekitar 2.000 korban.⁴⁰⁵

⁴⁰³ Baca pernyataan Dewan Aliansi Nasional Timor Leste untuk Pengadilan Internasional Yang ditujukan kepada Kofi Anan, Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa Bangsa di New York, tanggal 21 Desember 2004.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ Megan Hirst, *Meraih Persehabatan, Melepas Kebenaran*:

⁴⁰² *Ibid.*

Kritik keras pada KPP juga dialamatkan kepada cara kerja KKP, khususnya pada mekanisme dengar pendapat. ICTJ menyebutkan beberapa kelemahan TOR KKP, yaitu:⁴⁰⁶ (a) Fokus pada penyelesaian terhadap tuntutan untuk keadilan dengan mengalihkan ancaman terhadap pelaku, dan bukan dengan mewajibkan mereka untuk mempertanggungjawabkan tindakannya. KKP diberi mandat untuk fokus pada tanggung jawab lembaga dan bukan tanggung jawab individu. "Rekonsiliasi" diartikan sebagai upaya membantu pelaku dan bukan korban, termasuk kewenangan untuk merekomendasikan amnesti dan mengambil tindakan untuk "rehabilitasi" mereka yang telah dituduh secara salah (*wrongly accused*) bertanggung jawab atas pelanggaran HAM; (b) Tidak menyebutkan korban; (c) Tidak mempunyai kewenangan yang cukup untuk mengakses bukti dan informasi, dan tidak mempunyai mekanisme untuk menjaga kerahasiaan informasi; (d) Tidak jelas atau tidak secara mendetail memberi gambaran bagaimana Komisi ini akan mengatasi berbagai isu. Secara khusus, mandat KKP dan kegiatan yang harus dilakukannya tidak jelas. Misalnya, TOR tidak menyebutkan apakah Komisi ini dapat atau harus menjalankan dengar pendapat; (e) Membatasi mandat KKP pada peristiwa tahun 1999, sehingga menanggalkannya dari konteks yang luas dan membatasi kemampuan KKP untuk melihat persoalan-persoalan sejarah yang mendasar.

Judicial System Monitoring Programme (JSMP), juga menilai bahwa KKP dimaksudkan untuk melindungi orang-orang yang bertanggungjawab atas kejahatan yang terjadi dan dilakukan di Timor Leste, dengan berlindung dibalik fungsi kebenaran dan rekonsiliasi. Dari TOR sudah tampak bahwa peranan utama dari KKP adalah untuk mencegah semua

investigasi dan penuntutan pada masa depan terhadap para pejabat senior Indonesia yang dituduh bertanggung jawab atas kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan di Timor Leste sebelum dan setelah 1999.⁴⁰⁷

Pada bagian lain disebutkan bahwa KKP belum dapat memberi kontribusi yang substantif pada proses keadilan transisi dan bahwasanya dengar pendapat yang telah dilakukannya telah semakin menjauhkan kedua negara dari tercapainya kebenaran dan rekonsiliasi. Banyak kelemahan dari KKP berakar dari motivasi dan metode yang digunakan KKP, serta kelemahan mendasar dalam TOR yang mendirikan Komisi ini. Kelemahan-kelemahan yang telah ada sebelum didirikannya KKP semakin diperburuk dengan proses dengar pendapat yang telah dirancang dengan metode yang salah dan dilaksanakan dengan persiapan yang kurang".⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Baca siaran pers, *Judicial System Monitoring Programme (JSMP)*, yang berjudul: "Komisi Kebenaran dan Persahabatan" bertujuan untuk mengakhiri pencarian keadilan sedangkan "Komisi Ahli" mempertahankan harapan 14 Maret 2005.

⁴⁰⁸ Kelemahan dalam proses dengar pendapat ke-V oleh KKP, antara lain yaitu: *Pertama*, pertanyaan-pertanyaan dikonstruksikan seolah-olah kekerasan yang terjadi pada 1999 merupakan konflik antar masyarakat Timor; pro Kemerdekaan vs pro integrasi. Pola pertanyaan seperti ini merupakan perilaku yang selalu dilakukan oleh para komisioner di KKP. *Kedua*, ketiadaan penggalian informasi yang mendalam terhadap korban yang bersaksi. Hal ini bisa dilihat dari kurun waktu kesaksian para korban yang kerap lebih cepat selesai dibandingkan jika pelaku yang memberikan kesaksian. *Ketiga*, menanyakan pendapat dan perasaan korban terhadap pelaku atau terhadap keberadaan atau kerja Komisi Kebenaran dan Persahabatan. Pada hal adalah tugas komisi untuk merekomendasikan kebutuhan korban tanpa melanggar prinsip HAM dan tanpa menanyakan kemauan korban. Karena KKP tidak sedang mengemban tugas rekonsiliasi Komunitas dimana kemauan dan

Laporan Pemantauan Komisi Kebenaran dan Persahabatan Indonesia dan Timor Leste, International Center for Transitional Justice, Occasional Paper Series, Januari 2008.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, hlm. 6.

Sejumlah aliansi LSM nasional dan internasional merespon laporan KPP secara kritis dengan menyebut secara halus bahwa temuan dan rekomendasi KPP justru menguatkan impunitas. Aliansi menyatakan bahwa mekanisme hukum secepatnya dibutuhkan untuk menunjuk tanggungjawab individu terhadap beberapa kejahatan. Tanggungjawab individu adalah prinsip fundamental dari hukum pidana internasional dan aspek esensi dari perdamaian. Beberapa pelaku pada kekerasan ternyata memiliki dan memainkan peran yang cukup berpengaruh di Indonesia, baik dalam militer atau yang telah pensiun dan menjadi sipil aktif dalam politik.⁴⁰⁹

perasaan korban menjadi penting untuk didengar. *Keempat*, semua kesaksian dari pejabat negara RDTL diberikan secara tertutup. Hal ini dilakukan untuk menghindarkan publikasi ke publik, kepada masyarakat Timor Leste, serta bentuk diskriminasi terhadap para korban yang justru seharusnya diberikan proteksi. *Keenam*, ketidak becusan KKP mengatur jadwal kesaksian. Akibatnya pada hari ke III, terdapat 2 nama saksi yang batal memberikan kesaksian. *Ketujuh*, Penerjemah KKP dari bahasa Tetum ke Bahasa Indonesia atau sebaliknya, bukan penerjemah profesional dan tidak tersetimpah. *Kedelapan*, sangat disayangkan bahwa penggunaan bahasa dalam dengar pendapat terutama terhadap para korban tidak menggunakan bahasa Nasional korban (Tetum).

⁴⁰⁹ Pernyataan Bersama Tentang Penyerahan Laporan Komisi Kebenaran dan Persahabatan oleh: Association HAK, Australian Coalition for Transitional Justice in East Timor, East Timor and Indonesia Action Network, Human Rights First, Human Rights Working Group, Judicial System Monitoring Program, International Center for Transitional Justice, The Commission for the Disappeared and the Victims of Violence (Kontras), Maria Afonso de Jesus, victims' families' representative, TAPOL, Timor-Leste University Students' Front, 15 Juli 2008.

Pada bagian lain ditegaskan bahwa penemuan Komisi ini bukan yang terakhir, dan bukan pula yang pertama. Pada laporan tahun 2000 yang dilakukan oleh Tim Investigasi dari Komnas HAM Indonesia mengidentifikasi kejahatan serius dan merekomendasikan penyidikan terhadap beberapa orang sipil dan militer. Komisi Kebenaran Timor Leste (CAVR) menghasilkan 200 halaman laporan komprehensif dengan rekomendasi pertanggungjawaban dan reparasi yang semuanya belum diimplementasikan.⁴¹⁰

D. Politik Hukum HAM Setengah Hati

Kejatuhan Soeharto adalah awal dari perubahan politik dan hukum di Indonesia. Elemen-elemen penyangga Orde Baru direformasi melalui sejumlah kebijakan hukum dan politik berupa pembatalan, perubahan, dan pembuatan pelbagai peraturan perundang-undangan yang diorientasikan kepada perlindungan, pemajuan, dan pemenuhan HAM, termasuk pembentukan institusi-institusi perlindungan dan penyelesaian Pelanggaran berat HAM masa lalu.

Produk-produk hukum dalam rangka reformasi politik dan hukum di era Habibie, Gus Dur dan Megawati cukup responsif dalam proses dan substansi. Ketiga pemerintahan itu memiliki komitmen dan diterminasi yang kuat dalam mengisi negara hukum dan demokrasi transisional yang sedang dibangun, sekalipun konfigurasi politik paska Soeharto belum terbangun dalam tatanan negara hukum dan demokrasi yang solid, yang menjadi prasyarat lahirnya produk-produk hukum HAM responsif.⁴¹¹

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ Dalam pandangan Moh. Mahfud, MD, Konfigurasi politik kita sekarang ini adalah konfigurasi politik oligarkis, yakni suatu konfigurasi politik yang didominasi kelompok elite yang mengerjakan politik melalui transaksi-transaksi yang saling memberi keuntungan politik di antara para elite sendiri.

Tidak demikian halnya dengan produk peraturan perundang-undangan untuk menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu. UU 26 Tahun 2000 dan UU No. 27 Tahun 2004 mengandung kelemahan-kelemahan substansial mendasar. Pembuatan kedua UU tersebut sebenarnya memiliki legitimasi politik yang kuat seiring menguatnya konfigurasi politik di DPR hasil Pemilu 1999, termasuk menguatnya dukungan elemen-elemen demokrasi di luar Parlemen. Tetapi kemenangan kekuatan pro demokrasi pada Pemilu 1999 terbatas pada kemenangan kuantitas aktor di Parlemen yang tidak signifikan mampu memproduksi hukum-hukum responsif yang kuat dalam proses dan substansi.

Pergulatan kepentingan antara kekuatan pro demokrasi dengan sisa rezim masa lalu yang masih eksis di DPR saat UU dibuat di tahun 2000 hingga 2004 telah menghasilkan hukum HAM seperti yang ada sekarang, yaitu hukum HAM yang mementingkan "bungkus daripada isi". Lebih mengedepankan topik daripada substansi.

Dari risalah sidang pembahasan kedua UU di DPR membuktikan tidak adanya pembahasan yang komprehensif dan mendalam terhadap draf-draf pasal yang diajukan pemerintah. Yang ada adalah semangat untuk sesegera mungkin mengesahkan kedua RUU sesuai permintaan pemerintah. Pemerintah mengedepankan tekanan

Wajarlah kalau kemudian kinerja hukum kita tidak responsif sebab konfigurasi politik kita bukanlah demokratis melainkan konfigurasi yang oligarkis. Di dalam konfigurasi politik yang oligarkis keputusan-keputusan penting kenegaraan dilakukan oleh para elite secara kolusif dan koruptif. Parpol tidak lagi dapat menyentuh fungsi idealnya sebab di dalam sistem yang oligarkis parpol hanya menjadi *political crowded* (kerubutan politik). Hukum responsif hanya bisa hidup di alam demokratis, bukan di dalam sistem yang oligarkis. Selengkapnya baca, Moh Mahfud, MD, Pengadilan dan Demokrasi: Rabaan Diagona dan Terapi, *Makalah*, Surabaya 21 November 2007.

internasional sebagai argumen utama pentingnya kedua RUU disyahkan, sementara DPR tidak memiliki referensi memadai tentang hak asasi manusia dan KKR untuk membahas dan memberikan masukan pada substansi kedua UU. Hanya Fraksi PDI-P dan F-PKB yang paling progresif merespon RUU Pengadilan HAM. Kedua Fraksi ini menegaskan pendirian paradigmatisnya terhadap pengadilan HAM, dengan menyatakan bahwa RUU ini harus merupakan semangat bersama untuk menetapkan satu norma imperatif perlindungan terhadap kemanusiaan, dalam kadar nilai yang sama dan umum secara universal.

Pada sisi lain yang berkaitan dengan KKR, politik hukum pemerintah tentang KKR dibangun dengan perspektif bahwa KKR tidak diorientasikan untuk mengungkap kebenaran suatu peristiwa, tetapi kepada terciptanya persatuan dan kesatuan bangsa, atau rekonsiliasi. Sementara DPR lebih banyak menyampaikan hal-hal yang sifatnya umum dan normatif. Tidak satupun fraksi yang secara tajam mencermati dan mengajukan usul perubahan, penambahan atau catatan-catatan kritis terhadap substansi RUU.⁴¹²

⁴¹² RUU KKR adalah usulan undang-undang yang paling kontroversial. Rancangan ini tidak saja ditolak oleh korban tetapi juga oleh pelaku. Tidak saja oleh aktivis-aktivis HAM tetapi juga oleh tokoh-tokoh organisasi masyarakat dan keagamaan. Rancangan ini ditolak oleh kekuatan yang ingin menghabisi sisa-sisa kekuatan Orde Baru maupun oleh mereka yang ingin mempertahankan status quo dan pernah menjadi bagian dari kekuatan Orde Baru. Mereka yang ingin menghabisi kekuatan Orde Baru menganggap RUU KKR bagian dari agenda pelaku untuk membebaskan diri dari jeratan hukum, sebab dalam RUU ini termaktub pasal amnesti. Bagi mereka yang pernah menjadi bagian dari kekuatan Orde Baru, menilai RUU KKR sebagai upaya memanipulasi hukum dan sistem peradilan yang berwenang menangani kasus pidana maupun pelanggaran HAM.

Kewenangan pemerintah yang cukup besar dalam urusan pembentukan, perubahan dan pelaksanaan dari suatu undang-undang seperti diatur dalam Pasal 5 UUD 1945 tentu sangat berpengaruh. Pemerintah tentu saja memiliki kesempatan pertama dan utama untuk merumuskan apa yang akan dan patut diatur dalam suatu undang-undang. Begitu pula kewenangan pembentukan aturan pelaksanaan dari suatu UU; pemerintah juga memiliki kesempatan untuk menunda, mempercepat, menguatkan atau justru melemahkan pelaksanaan dari suatu undang-undang; apalagi undang-undang yang diperuntukkan untuk mengusut dan mengadili pelaku pelanggaran HAM dari rezim Orde Baru yang notabene dari kalangan militer dan sipil tingkat tinggi, yang sebagian masih eksis di pemerintahan.

Karena itu memberikan kewenangan besar pada pemerintahan transisi sebagai kekuatan regulator, termasuk kewenangan membentuk UU organik memang menjadi problem konstitusional dan politik tersendiri bagi upaya membangun negara hukum demokratis yang mensyaratkan penguatan parlemen dan masyarakat sipil.

Pertimbangan kepentingan stabilitas politik, kepentingan untuk melindungi diri sendiri, kolega atau korp dimana pejabat sipil atau militer yang sedang berkuasa menjadi warna politik hukum HAM era reformasi. Oleh sebab itu, pergulatan kepentingan politik hukum dalam memproduksi peraturan perundang-undangan HAM pada dasarnya bukan pergulatan kepentingan politik hukum antara (*vis a vis*) aktor rezim baru (kekuasaan era reformasi) dengan rezim lama (Orde baru), tetapi antara kekuatan pro demokrasi (masyarakat sipil) dengan rezim lama warna baru.

Perimbangan kekuasaan antara berbagai faksi politik dalam masa paska Soeharto selalu berubah, tergantung pada siapa presiden yang menjabat dan siapa yang mendukung. Bila kembali meminjam model Huntington, transisi demokrasi Indonesia termasuk jenis "*transplacement*" maupun transformasi yang menunjukkan adanya perubahan politik

yang dibentuk oleh elite-elite politik, baik lama maupun "baru", yang sebagian besar merupakan bagian dari rezim Orde Baru⁴¹³. Sebagai akibatnya, elite-elite politik melakukan kesepakatan-kesepakatan politik yang ditujukan untuk memelihara stabilitas politik dan untuk mencegah diambilnya tindakan yang dapat membahayakan kepentingan mereka dan mendestabilisasi rezim.

Perkembangan setelah Pemilu 2004 justru menunjukkan melemahnya komitmen DPR terhadap pentingnya produk peraturan perundang-undangan yang ditujukan pada penguatan HAM,⁴¹⁴ terutama revisi terhadap UU No. 26 tahun 2000 yang sejak awal sudah dikhawatirkan oleh banyak pihak dalam dan luar negeri,⁴¹⁵ bakal menjadi batu sandungan utama pengadilan HAM. Begitu pula UU No. 27 Tahun 2004 tentang KKR yang telah dibatalkan oleh MK.

Tidak direvisinya UU No. 26 Tahun 2000, gagalnya pembentukan KKR, serta pembentukan KKP, menunjukkan bahwa pemerintahan era reformasi, terutama pemerintahan

⁴¹³ Pembahasan lebih rinci dan mendalam tentang transisi demokrasi di Indonesia, baca A Budiman, "The 1998 Crisis: Change and Continuity" dalam Arief Budiman, Barbara Hatley and Damien Kingsbury (eds) *Reformasi: Crisis and Change In Indonesia*, Monas Asia Institute, Monash University, Clayton, 1999, hlm. 41-58.

⁴¹⁴ Selama periode 2005-2009 DPR hanya mengesahkan tiga UU, yaitu: UU 11 Tentang Pengesahan Kovenan Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya; UU No. 12 Tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak sipil dan hak politik; dan UU No. 21 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Perdagangan Orang.

⁴¹⁵ "Amnesty International fears that, without further amendment, the process of bringing to trial perpetrators of gross human rights violations will be jeopardised." Lihat Amnesty International's Comments on the Law on Human Rights Courts (Law No.26/2000), hlm. 1, AI Index: ASA 21/005/2001.

SBY memiliki kerangka politik tersendiri dalam menyelesaikan Pelanggaran HAM yang berat masa lalu. Sukar dipungkiri bahwa penundaan dan akhirnya pembatalan UU KKR serta pembentukan KKP adalah satu paket kebijakan hukum yang memang berorientasi pada penyelesaian non yudisial.⁴¹⁶

Sebagai pendekatan baru dan unik, KKP memang mendasarkan pada semangat dan keinginan kedua pemerintah (Indonesia dan Timor Leste) untuk menghentikan proses penuntutan atas kasus-kasus pelanggaran HAM di Timor Leste paska jajak pendapat. Hal ini ditegaskan dalam salah satu prinsip KKP sebagai berikut: *Based on the spirit of a forward looking and reconciliatory approach, the CTF process will not lead to prosecution and will emphasize institutional responsibilities*". Prinsip tersebut diperkuat dengan prinsip berikut: *"Does not prejudice against ongoing judicial process with regard to reported cases of human rights violations in Timor Leste in 1999, nor does it recommend the establishment of any other judicial body*.

Dari dua prinsip itu saja, KKP jelas mencerminkan secara nyata bahwa proses penuntutan kasus-kasus pelanggaran HAM di Timor Leste sudah berakhir meskipun dalam prinsip lain ditegaskan bahwa KKP tidak menghentikan proses peradilan yang sedang berjalan, dan juga tidak akan membentuk peradilan baru.

Pembentukan KKP dengan prinsip *"institutional responsibilities"* merupakan penyimpangan atau dapat dikatakan pelanggaran terhadap Statuta ICC karena dengan prinsip tersebut, pemerintah Indonesia dan pemerintah Timor Leste telah secara nyata mengambil alih tanggung jawab

individual para pelaku pelanggaran HAM paska jajak pendapat di Timor Leste sebagai tanggung jawab negara.

Pembentukan KKP dalam konteks pemajuan dan perlindungan HAM dalam wilayah NKRI merupakan preseden yang akan ikut menentukan arah kebijakan pemerintah Indonesia dalam menangani kasus-kasus pelanggaran HAM di kemudian hari yang tidak akan terlepas dari preseden yang telah dibangun dalam kaitan pembentukan KKP ini sehingga bukan mustahil jika diprediksi bahwa implementasi BAB XA UUD 1945 dan perubahannya serta UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM di masa yang akan datang akan mengalami hambatan-hambatan besar secara sosial, politis dan hukum; dan itu berarti reformasi hukum akan gagal mencegah keberulangan pelanggaran HAM yang serius di masa depan, sekaligus ancaman terhadap eksistensi negara hukum dan demokrasi yang sedang dibangun.

Di level institusi negara, politik hukum pemisahan TNI-Polri⁴¹⁷, telah mendorong kebijakan hukum lebih lanjut berupa lahirnya UU No. 2 Tahun 2002 Tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia⁴¹⁸, dan UU No. 3 Tahun 2002

⁴¹⁶ Presiden SBY dalam Debat Calon Presiden yang disiarkan TV swasta 18 Juni 2009 tegas mengakui bahwa KKP memang kebijakan pemerinthannya. Dia ingin masalah Timor Timur diselesaikan dan ditutup dengan mengedepankan perdamaian dan persehabatan, demi masa depan kedua negara.

⁴¹⁷ Pada tanggal 25 April 2001, Gus Dur kembali mengarahkan dan memperkuat proses reformasi di tubuh Polri dengan mengeluarkan Keppres No. 54 Tahun 2001 Tentang Organisasi dan Tata Kerja Kepolisian Republik Indonesia. Berdasarkan Keppres ini di awal tahun 2001, KaPolri Jenderal Polisi Bimantoro, kemudian mulai mengganti penyebutan kepangkatan polisi dan memulai pemekaran organisasinya enam bulan kemudian (*"Polri Ganti Sebutan Tanda Kepangkatan"*, *Tempo Interaktif*, 3 Januari 2001; Lihat, *"Polri Lakukan Pemekaran Organisasi Mulai 1 Juli 2001"*, *Tempo Interaktif*, 1 Juli 2001).

⁴¹⁸ LN Tahun 2002 No. 2, TLN No. 4168. Menyusul pengesahan UU tersebut, pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah No. 1 Tahun 2003 tentang Pemberhentian Anggota Kepolisian Negara RI, Peraturan Pemerintah No. 2 Tahun 2003 tentang Peraturan Disiplin Anggota Kepolisian Negara RI dan Peraturan

tentang Pertahanan Negara⁴¹⁹ yang dikeluarkan di era Megawati Soekarnoputri.⁴²⁰

Regulasi pemisahan TNI dan Polri di atas bermakna hukum dan politik sekaligus. Makna hukumnya adalah semenjak pemisahan itu Indonesia memiliki Polri sebagai alat penegak hukum yang berwatak sipil, bukan bagian dari angkatan bersenjata (*combattan*), dengan wewenang pokok menjaga ketertiban dan keamanan dalam negeri.⁴²¹ Makna politik pemisahan itu bagi Polri adalah menjadikan keseluruhan pranata dan watak Polri sebagai lembaga sipil sesungguhnya yang memiliki kewenangan sebagai penegak

Pemerintah No. 3 Tahun 2003 tentang Pelaksanaan Teknis Institusional Peradilan Umum Bagi Anggota Kepolisian Negara RI.

⁴¹⁹ UU tentang pertahanan negara menyebutkan tentang peran dan tugas TNI yang meliputi: 1) TNI berperan sebagai alat pertahanan Negara Kesatuan Republik Indonesia, 2) TNI bertugas melaksanakan kebijakan pertahanan untuk; a) mempertahankan kedaulatan negara dan keutuhan wilayah, b) melindungi kehormatan dan keselamatan bangsa, c) melaksanakan operasi militer selain perang dan d) ikut serta secara aktif dalam tugas pemeliharaan perdamaian regional dan internasional. Dalam UU ini, salah satu poin penting adalah bahwa otoritas militer berada dalam otoritas sipil di mana segala langkah dan tindakan (pengarahan pasukan, dsb) yang dilakukan oleh institusi militer harus dengan persetujuan dari otoritas sipil.

⁴²⁰ UU ini secara tegas menyatakan bahwa peran dan tugas Polri adalah sebagai berikut: a) memelihara keamanan dan ketertiban masyarakat; b) menegakkan hukum; dan c) memberikan perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat.

⁴²¹ UU No. 2 Tahun 2002 tentang kepolisian Negara Republik Indonesia (LN Tahun 2002 No. 2, TLN No. 4168) ditentukan bahwa kepolisian merupakan salah satu fungsi dari fungsi-fungsi pemerintahan negara di bidang pemeliharaan keamanan dan ketertiban masyarakat, penegakan hukum (*law enforcement*), perlindungan, pengayoman, dan pelayanan kepada masyarakat.

hukum. Sementara makna hukum pemisahan itu bagi TNI adalah sebagai kekuatan pertahanan dan keamanan nasional, dengan kewenangan terbatas pada upaya menghadapi ancaman bersenjata dari luar (*combattan power*). Dengan demikian, TNI bukan lagi instrumen politik atau lembaga politik sebagaimana masa Orde Baru, melainkan tunduk pada otoritas politik sipil dan menjelma menjadi institusi pertahanan yang profesional.⁴²²

Meskipun pencapaian di tingkat normatif pemisahan TNI dan Polri (dengan disahkannya undang-undang tentang TNI) cukup progresif, tetapi dalam implementasinya masih terdapat hambatan-hambatan yang kembali berakibat langsung terhadap praktik-praktik pelanggaran HAM. Di samping itu sejumlah pasal dalam regulasi tersebut, terutama undang-undang pertahanan dan TNI, terdapat kelemahan-kelemahan substansial yang masih akan mengancam HAM penduduk.⁴²³

⁴²² Samuel P Huntington mengatakan ada empat prasyarat agar efektivitas kontrol sipil terhadap militer dapat tercapai. *Pertama*, adanya profesionalisme militer dan batasan yang jelas dari para perwira militer mengenai profesionalisme di bidang mereka. *Kedua*, adanya sistem subordinatif yang efektif terhadap militer oleh politisi sipil yang membuat keputusan dasar mengenai kebijakan pertahanan dan politik luar negeri. *Ketiga*, penerimaan dan pengakuan pemerintahan sipil atas kemampuan profesional dan otonomi militer. *Keempat*, minimalisasi intervensi militer ke bidang politik dan sebaliknya minimalisasi intervensi politik terhadap institusi militer. Lihat Dewi Fortuna Anwar, dkk, *Gus Dur Versus Militer, Studi Tentang Hubungan Sipil-Militer di Era Transisi*, PT. Grasindo, Jakarta, 2002, hlm. 65-66.

⁴²³ Dalam salah satu pasalnya terdapat definisi yang luas tentang ancaman yang memungkinkan TNI mengambil tindakan jika dirasakan ada ancaman yang muncul. Pasal 4 UU No. 3 Tahun 2002 tentang Pertahanan Negara yang menyatakan bahwa pertahanan negara bertujuan untuk menjaga dan melindungi kedaulatan negara, keutuhan wilayah Negara Kesatuan Republik

Sepanjang proses pemisahan itu ternyata juga tidak mampu mengurangi keterlibatan TNI dan Polri dalam peristiwa pelanggaran HAM.⁴²⁴ Di masa-masa awal, reformasi internal dimulai dengan merumuskan apa yang disebut sebagai "Paradigma Baru TNI" yang di dalamnya terkandung serangkaian doktrin yang mengubah peranan sosial politik TNI sehingga ruang dominasi militer dalam domain sosial-politik mengecil secara signifikan, sekalipun pengaruh politiknya tidak hilang sama sekali.⁴²⁵

Jika reformasi TNI-Polri belum berubah secara signifikan, maka Lembaga Peradilan justru kurang mendapat perhatian serius. Reformasi peradilan menjadi agenda penting untuk dilaksanakan ketika melihat pada masa lalu institusi ini menjadi alat kekuasaan, menjadi alat legitimasi penguasa untuk membungkam segala aktivitas yang bersuara kritis terhadap penguasa.

Indonesia, dan keselamatan segenap bangsa dari segala bentuk Ancaman. Dalam penjelasan pasal 4 disebutkan bahwa ancaman adalah setiap usaha dan kegiatan, baik dari dalam negeri maupun dari luar negeri yang dinilai membahayakan kedaulatan negara, keutuhan wilayah negara, dan keselamatan segenap bangsa. Dengan demikian ancaman bisa datang dari dalam negeri dan ini akan meruncing antara kewenangan Polri dengan TNI.

⁴²⁴ Lihat, "Melemahnya Daya Penegakan HAM: Hutang, Kemiskinan dan Kekerasan", *Laporan HAM 2003*, Elsam, Januari 2004.

⁴²⁵ Menurut *International Crisis Group* (ICG), sekurang-kurangnya ada tiga sumberdaya utama yang menjadikan militer tetap memiliki pengaruh secara politik. *Pertama* adalah penguasaannya yang tidak tergoyahkan atas struktur teritorialnya di seluruh wilayah negara. *Kedua*, representasinya yang kuat dalam dinas intelijen negara dan militer. *Ketiga*, aksesnya pada pendanaan melalui perusahaan-perusahaan bisnisnya atau melalui cara-cara lain, termasuk bisnis gelap. Bahkan di sektor terakhir ini, dominasi mereka hampir-hampir tak tersentuh oleh reformasi.

Dalam program induk Propenas tahun 2000-2004, program pemberdayaan lembaga-lembaga hukum menempati urutan yang jauh lebih besar (55,80 %) dibandingkan tiga program induk lainnya.⁴²⁶ Propenas tampaknya menganggap bahwa untuk penegakan supremasi hukum harus dimulai dari lembaga peradilan dan menjadikannya sebagai pintu gerbang tegaknya negara hukum.

Meskipun terjadi perubahan (regulasi) yang cukup maju, namun proses reformasi di institusi peradilan ini masih sulit dijalankan di tataran praktis karena adanya penolakan yang kuat dari institusi-institusi yang terkena proses reformasi, yang membuat proses pelaksanaannya tertunda-tunda, dan dijalankan setengah hati.

Sementara itu, Komnas HAM yang telah diatur dalam bab tersendiri dalam UU No. 39 Tahun 1999 ternyata tidak cukup mendapat kekuatan hukum sebagai institusi penyelidik pelanggaran HAM yang berat. Kewenangan pemanggilan paksa para pihak tidak disertai sanksi jika para pihak itu tidak memenuhi panggilan. Komnas HAM juga memiliki problem internal berkaitan dengan independensi, friksi, dan kemampuan personal sehingga Kinerja Komnas HAM dari waktu ke waktu cenderung menurun. Begitu pula dengan institusi Kejaksaan. Dalam institusi ini terkandung masalah besar berupa kedudukan strukturalnya sebagai bagian eksekutif,⁴²⁷ ketidakmandirian para jaksa penuntut umum

Lihat ICG (International Crisis Group), *Indonesia: Keeping The Military Under Control*, www.crisisweb.org/projects/asia/indonesia/reports/A400054_05092000.pdf (19 April 2001).

⁴²⁶ Pembentukan perundang-undangan menempati urutan kedua (20,93%); penuntasan kasus KKN, pelanggaran HAM, dan peningkatan kesadaran hukum dan pengembangan budaya hukum masing-masing 11,62%. Baca "*Peta Reformasi Hukum di Indonesia 1999-2001, Transisi di Bayang-Bayang Negara*", Komisi Hukum Nasional, Jakarta, 2002, hlm. 28.

⁴²⁷ Landasan hukum yang digunakan selama ini adalah UU No. 16 Tahun 2004 yang mengatur tentang peranan dan kewenangan

dalam menangani,⁴²⁸ serta masih kuatnya kultur militeristik⁴²⁹ dan sistem komando.⁴³⁰

kejaksaan. Dalam undang-undang ini tampak bahwa penuntut umum bukan bekerja sebagaimana seharusnya penuntut umum yang independen. Penuntut umum masih merupakan bagian dari pemerintah (eksekutif). Pasal 2 (1) berbunyi: "Kejaksaan Republik Indonesia yang selanjutnya dalam undang-undang ini disebut Kejaksaan adalah *lembaga pemerintahan* (pen) yang melaksanakan kekuasaan negara di bidang penuntutan serta kewenangan lain berdasarkan undang-undang".

428 Para jaksa telah dibuat menjadi tidak mandiri sejak membuat rencana penuntutan (Rentut), karena setiap rencana penuntutan harus dikonsultasikan dulu dengan atasan. Bahkan keputusan dalam proses penanganan perkara mensyaratkan adanya persetujuan dari atasan, dan dalam kasus-kasus penting, mensyaratkan adanya persetujuan dari Jaksa Agung.

429 Semasa rejim Orde Baru nyaris seluruh periode jabatan dipimpin oleh individu dari kalangan militer, atau setidaknya pernah menjalani pendidikan kemiliteran. Kalangan sipil baru menduduki jabatan penting di kejaksaan setelah Orde Baru terguling. Aturan maupun birokrasi di tubuh institusi ini bersifat hirarkis dan sentralistik. Jaksa tidak memperjuangkan perkara, bukan karena hukum mensyaratkan demikian, melainkan karena bagian dari tugas yang diberikan dari atasan. Sehingga apabila tidak terdapat perintah untuk memperjuangkan perkara, maka jaksa penuntut di pengadilan tidak akan melakukannya, meskipun hukum memintanya demikian.

430 Doktrin bahwa "kejaksaan adalah satu" (*een en ondeelbaar*) telah membentuk karakter birokrasi Kejaksaan bersifat sentralistik sehingga semua tahap penanganan perkara (penyelidikan, penyidikan dan penuntutan) dikendalikan dan didasarkan atas kebijaksanaan serta petunjuk pimpinan secara hierarkhis. Sistem komando, menempatkan birokrasi di tingkat yang lebih tinggi sebagai komandan yang dapat memberikan perintah kepada birokrasi tingkat bawah, dan birokrasi level bawah wajib menjalankan perintah.

UU No. 16 tahun 2004 tentang Kejaksaan RI ternyata tidak dikonstruksikan untuk merubah sentralisasi birokrasi dan independensi Kejaksaan. Ada banyak Pasal yang justru menguatkan kultur komando di Kejaksaan. Pasal 2 ayat 1 misalnya menyatakan bahwa kejaksaan adalah lembaga pemerintahan. Sebagai lembaga pemerintahan, tentu saja secara institusional kejaksaan bukanlah lembaga independen, karena meskipun menjalankan fungsi yudikatif tetapi tetap sebagai lembaga eksekutif. Hal ini sangat berpengaruh dalam penanganan kasus, apalagi kasus HAM yang melibatkan pejabat sipil maupun militer.

Rendahnya respon Kejaksaan Agung untuk melakukan tindakan penyidikan atas hasil-hasil penyelidikan Komnas HAM terhadap pelanggaran HAM, terutama yang terjadi di masa lalu dapat dijelaskan dari perspektif ketidakmandirian institusi Kejaksaan Agung dari Pemerintah serta kuatnya beban masa lalu Kejaksaan Agung sebagai institusi yang lebih sering dipimpin Jaksa Agung dengan latar belakang militer yang tentu saja telah membangun kultur *esprit de corps* tersendiri.[]

Bab VI

Politik Hukum HAM di Era Demokratis

A. Pengantar

Tugas kaum intelektual tidak untuk meratapi masa lalu, dan bukan pula sekedar memberi makna terhadap realitas sosial HAM yang telah atau sedang terjadi, tetapi ikut menciptakan sejarah dengan membangun gerakan pemikiran dan kesadaran kritis untuk memberi makna bagi masa depan manusia dan kemanusiaan kita sendiri.

Kelemahan substansi produk peraturan perundang-undangan UU bukanlah masa lalu yang kelam yang harus segera dilupakan begitu saja, atau melihatnya secara apriori dan melakukan langkah-langkah penyelesaian yang justru mengancam masa depan manusia dan kemanusiaan. Kelemahan tersebut membuktikan bahwa pembuatan hukum yang responsif di level proses, tidak dengan sendirinya melahirkan substansi perundang-undangan yang responsif. Variabel proses dan substansi adalah rangkaian politik hukum HAM yang tidak bisa dipisahkan satu sama lain.

Karena itu, politik hukum HAM untuk menyelesaikan Pelanggaran HAM yang berat masa lalu yang gagal itu harus dimaknai secara reflektif dan objektif untuk merumuskan politik hukum HAM Indonesia ke depan di era demokratis agar peristiwa tidak terulang. Era reformasi juga telah melahirkan perubahan-perubahan penting lainnya yang kontributif terhadap penghormatan dan perlindungan HAM di masa depan, terutama perubahan UUD 1945.

Perubahan UUD 1945 adalah hasil proses pemikiran dan kesadaran atas masa lalu kehidupan hukum, politik dan kemanusiaan kita yang suram, yang telah menginspirasi politik hukum HAM yang responsif terhadap pentingnya penghormatan, perlindungan, dan pemenuhan HAM di masa depan.

Tuntutan Pemilu ulang sebagai salah satu agenda reformasi, memaksa kekuasaan paska Soeharto (Presiden dan DPR) membuat UU No. 2 Tahun 1999 Tentang Partai Politik, UU No. 3 Tahun 1999 Tentang Pemilu dan UU No. 4 Tahun 1999 Tentang Susduk yang baru, yang dibangun atas dasar paradigma negara hukum demokratis. Dengan paradigma itu, proses dan hasil Pemilu relatif demokratis, dan menghasilkan konfigurasi politik demokratis dengan menempatkan sejumlah Papol baru di DPR, serta PDI-P sebagai pemenang Pemilu.

Konfigurasi politik di DPR yang dikuasai mayoritas partai-partai pendukung reformasi, menguatnya elemen-elemen demokrasi di luar DPR, seperti media massa, LSM, dan kelas menengah intelektual serta menurunnya pengaruh militer dan Golkar, memungkinkan DPR dan Pemerintah menggagas politik hukum perubahan UUD 1945,¹ serta

¹ Perubahan UUD 1945 memang radikal karena perubahan itu meliputi materi yang sangat banyak, mencakup lebih dari 3 kali lipat jumlah materi muatan asli UUD 1945. Jika naskah asli UUD 1945 berisi 71 butir ketentuan, maka setelah empat kali mengalami perubahan, kini jumlah materi muatan UUD 1945 seluruhnya mencakup 199 butir ketentuan. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa meskipun namanya tetap merupakan UUD 1945, tetapi dari sudut isinya UUD 1945 paska Perubahan Keempat tahun 2002 sekarang ini sudah dapat dikatakan merupakan Konstitusi baru sama sekali dengan nama resmi "Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945."

pembuatan peraturan perundang-undangan yang secara spesifik mengatur tentang HAM.²

Perubahan UUD 1945 tidak saja meletakkan pondasi baru bagi bangunan negara hukum dan demokrasi prosedural yang sesungguhnya, tetapi juga menjadi kerangka hukum, sekaligus dasar pembangunan kelembagaan untuk mendorong berfungsinya sistem hukum yang dapat menjamin tegaknya *Rule of Law*. Konstitusi Indonesia saat ini juga memuat ketentuan yang melindungi serangkaian HAM, baik yang tercakup dalam hak sipil dan hak politik maupun hak ekonomi, sosial dan budaya.

Dengan demikian, secara normatif, HAM dan hak-hak warga negara maupun kewajiban negara terdiskripsikan secara jelas sebagaimana kerangka berpikir perumusan HAM PBB dalam Deklarasi Universal HAM serta dua kovenan utama, yaitu ICCPR dan ICESR. Rumusan HAM dalam konstitusi akan menjadi ukuran untuk membatasi kekuasaan negara, kekuasaan pemerintah khususnya. Aturan normatif memang tidak dengan sendirinya berefek membatasi kekuasaan negara. Akan tetapi apa yang tertuang dalam Konstitusi menjadi dasar dan instrumen bagi masyarakat untuk menilai, bergerak dan melakukan tuntutan terhadap negara.

Jaminan Konstitusi (*constitutional guarantee*) baru terhadap HAM tersebut tentu saja tidak boleh berhenti sampai ditingkat norma dasar (*grand norm*), tetapi harus diturunkan menjadi kebijakan (politik) hukum yang lebih operasional, termasuk prosedur dan birokrasi untuk mempertahankan dan memperjuangkannya apabila terjadi pelanggaran HAM sehingga pelanggaran HAM tidak terulang.

² Di luar proses politik di DPR, Pemerintahan B.J. Habibie dan Abdurrahman Wahid juga mencabut sejumlah peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan HAM, dan membebaskan tahanan dan narapidana politik.

B. Pembuatan Hukum HAM Responsif

1. Konsepsi Hukum HAM Responsif

Munculnya gagasan hukum responsif bermula dari kegelisahan Philippe Nonet dan Philip Selznick terhadap ketidakmampuan hukum di Amerika menghadapi problem sosial yang muncul saat itu. Protes massal, kemiskinan, kejahatan, pencemaran lingkungan, kerusuhan kaum urban, dan penyalahgunaan kekuasaan yang melanda Amerika Serikat pada tahun 1950-an, telah mengecewakan Nonet dan Selznick yang akhirnya berpikir menemukan jalan menuju perubahan agar hukum bisa mengatasi persoalan-persoalan itu.

Dalam pandangan mereka, hukum di Amerika era itu hanya dipahami sebagai aturan-aturan yang bersifat kaku (legalistik) tanpa melihat kaitan antara ilmu hukum tersebut dengan persoalan-persoalan yang harus ditangani. Hukum identik dengan ketertiban sebagai cermin pengaturan dari penguasa, yang menekankan aspek legitimasi dari peraturan-peraturan itu sendiri. Padahal semestinya teori hukum hendaknya tidak buta terhadap konsekuensi sosial dan tidak kebal terhadap pengaruh sosial.

Memahami kenyataan itu, mereka kemudian mencoba memasukkan unsur-unsur dan pengaruh ilmu sosial ke dalam ilmu hukum dengan menggunakan strategi ilmu sosial. Ada perspektif ilmu sosial yang harus diperhatikan untuk bekerjanya hukum secara keseluruhan sehingga hukum tidak hanya mengandung unsur pemaksaan dan penindasan. Pendekatan ilmu sosial memperlakukan pengalaman hukum sebagai sesuatu yang berubah-ubah dan kontekstual.

Dengan hukum responsif, Nonet dan Selznick menjanjikan tertib kelembagaan yang langgeng dan stabil. Model perkembangan dapat disusun ulang dengan fokus pada hukum otonom, dengan menunjuk pada konflik-konflik pada tahapan tersebut yang menimbulkan tidak hanya risiko

kembalinya pola-pola represif namun juga kemungkinan terjadinya responsivitas yang lebih besar.

Hukum responsif berorientasi pada hasil, pada tujuan-tujuan yang akan dicapai di luar hukum. Dalam hukum responsif, tatanan hukum dinegosiasikan, bukan dimenangkan melalui subordinasi. Ciri khas hukum responsif adalah mencari nilai-nilai tersirat yang terdapat dalam peraturan dan kebijakan. Dalam model hukum responsif ini, mereka menyatakan ketidaksetujuan terhadap doktrin yang mereka anggap sebagai interpretasi yang baku dan tidak fleksibel. Dengan pendekatan hukum responsif diharapkan bisa membantu memecahkan persoalan-persoalan yang terjadi di masyarakat, sehingga hukum benar-benar dapat mensejahterakan masyarakat dalam kepentingan yang lebih besar, bukan untuk kepentingan mereka yang berkuasa.

Regulasi hukum responsif akan selalu dikaitkan dengan tujuan-tujuan sosial yang melampaui narasi tekstual aturan. Nonet dan Selznick menyebutnya sebagai "*the sovereignty of purpose*".³ Lebih lanjut Nonet dan Selznick mengatakan:

".... Thus a distinctive feature of responsive law is the search of implicit values in rules and policies ... a more flexible interpretation that sees rules as bound to specific problems and contexts, and undertakes to identify the values at stake in procedural protection".⁴

Berdasar konsepsi Nonet dan Selznick serta kegagalan politik hukum HAM dalam menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu di era reformasi, studi ini mengintrodusir pembuatan hukum HAM responsif. Konsepsi responsif yang dimaksud disini adalah bahwa pembuatan hukum HAM harus

³ Philippe Nonet & Philip Selznick, 1978, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, London: Harper and Row Publisher, hal. 78.

⁴ *Ibid*, hlm 79.

diproses secara partisipatif dengan substansi yang responsif terhadap kebutuhan dan aspirasi sosial sesuai realitas hak asasi manusia di Indonesia.

Proses partisipatif mensyaratkan dua hal. *Pertama* DPR meletakkan dirinya sebagai kekuatan politik formal masyarakat, dan tidak memerankan diri sebagai konseptor undang-undang, apalagi memonopoli proses lahir hingga evaluasi produk perundang-undangan. Proses partisipatif menurut Habermas mensyaratkan memperluas perdebatan politis dalam parlemen ke masyarakat sipil.⁵

Pengambilan keputusan politik bukan hanya aparat negara dan wakil rakyat, melainkan juga seluruh warganegara berpartisipasi di dalam wacana bersama. Kedaulatan rakyat bukanlah substansi yang membeku di dalam perkumpulan para wakil rakyat, melainkan juga terdapat dalam pelbagai forum warganegara, organisasi non pemerintah, gerakan sosial.⁶

Kedua, mensyaratkan organisasi masyarakat sipil menjadi kekuatan intelektual mengkaji dan merumuskan kebutuhan hukum masyarakat. Perpaduan DPR yang sejatinya adalah representasi (politik) rakyat dengan organisasi masyarakat sipil diproyeksikan mampu merumuskan substansi hukum HAM yang memiliki kekuatan perlindungan (*to protect*), penghormatan (*to respect*), dan pemenuhan (*to fulfill*) HAM yang kontekstual dengan kebutuhan substansial masyarakat; bukan produk hukum HAM yang responsif terhadap demokrasi politik.

Konsepsi proses partisipatif di atas tentu saja memerlukan langkah-langkah lanjut untuk memperjelas prosedur-prosedur dan proses kelembagaan yang dapat menjamin partisipasi bisa dilaksanakan. Upaya tersebut

mensyaratkan paling tidak hal-hal berikut:⁷ (i) mewajibkan negara mempublikasikan perencanaan produk peraturan perundang-undangan yang akan dibuat, dan memberikan kesempatan kepada kelompok masyarakat strategis berpartisipasi; (ii) tersedianya sistem informasi dan dokumentasi yang sistematis, bebas, dan mudah diakses; (iii) adanya jaminan prosedur dan forum yang terbuka dan efektif bagi masyarakat untuk terlibat secara efektif; (iv) tersedianya prosedur yang menjamin publik bisa mengajukan inisiatif pembuatan RUU; (v) adanya pengaturan yang jelas mengenai dokumen dasar yang wajib tersedia dan bebas diakses publik, seperti antara lain: naskah RUU, notulensi pembahasan, catatan-catatan.

Bagian penting dari prinsip partisipasi dalam konsepsi responsif bidang HAM adalah sifat afirmatif yang dilegalisasi melalui peraturan perundang-undangan sebagai respon atas kebutuhan riil masyarakat. Jika pada aspek hak Sipil dan hak politik (HSP) prinsip kebebasan dikerangka sebagai ruang pemenuhan hak-hak, maka bidang Hak Ekonomi Sosial dan Budaya (HESB) dikonstruksikan sebagai aksi afirmatif untuk tujuan *Equal Opportunity* agar kelompok atau golongan tertentu yang rentan, memperoleh peluang yang setara dengan kelompok atau golongan lain yang kuat. Sebagai tindakan afirmatif, maka kebijakan yang diambil adalah kebijakan yang memberi posisi hukum HESB sebagai hak yang bisa dikomplain pemenuhannya secara hukum (*justiciable*).

HSP dan HESB adalah problem utama dan kebutuhan dasar mayoritas rakyat Indonesia karena belum pernah menikmati perlindungan, penghormatan dan pemenuhan HAM kedua hak tersebut sepanjang sejarah republik ini. Memprioritaskan produk hukum HAM yang menjamin HSP

⁵ Lihat Fransisco Budi Hardiman, *Habermas Tentang Demokrasi Asia: Sebuah Wawancara*, CV. Qalam, 2001, Yogyakarta, hlm. 46.

⁶ *Ibid.*

⁷ Lihat Rival G. Ahmad, dkk, *Dari Parlemen ke Ruang Publik: Menggagas Proses Pembentukan Peraturan Partisipatif*, Jentera, Edisi 2, Tahun 2003, hlm. 118-119.

dan menomorduakan HESB sama artinya tidak memberikan jaminan kepada hak HSP kepada mayoritas rakyat. Begitu sebaliknya, memprioritaskan HESB dan mengabaikan HSP sama dengan apa yang dilakukan negara-negara otoritarian terhadap penduduknya yang menjaga "perut rakyatnya tetap kenyang", tetapi membelenggu akal sehatnya.

Freedom from fear (HSP) dan *freedom from want* (HESB) adalah dua sisi dari mata uang yang sama. Dalam pembukaan HESB juga ditegaskan bahwa kondisi ideal manusia yang ditandai oleh terwujudnya *freedom from fear* dan *freedom from want* hanya dapat dicapai apabila setiap orang dapat menikmati HESB dan HSP. Tetapi dalam kenyataan HESB masih cenderung dipandang sebagai tujuan atau cita-cita yang hendak dicapai ketimbang sebagai hak asasi yang harus dijamin pemenuhannya dalam kondisi apapun. Semangat reformasi menyusul jatuhnya Soeharto telah membuka peluang bagi perubahan kondisi hak asasi di Indonesia, baik HSP maupun HESB.

Penggantian dan perubahan peraturan perundang-undangan yang bertentangan dengan HAM, serta perubahan UUD 1945 dengan paradigma HAM menandai politik hukum responsif di level hukum dasar tertinggi, yang menuntut perwujudan perlindungan efektif terhadap HESB, melalui mekanisme hukum dan mekanisme-mekanisme lainnya.

Langkah merumuskan politik hukum HAM, tidak bisa langsung dilakukan dengan merumuskan norma-norma hukum HAM yang baru, tetapi dimulai dengan membenahi dan memastikan paradigma pembuatan hukum HAM sehingga antara paradigma dan konstruksi normatifnya sejalan. Apa yang sudah terjadi di era reformasi menunjukkan dominasi peran pemerintah dalam pembuatan peraturan perundang-undangan di satu sisi, dan ketidakjelasan paradigma di sisi lain. Akibatnya produk hukum HAM yang dibuat tampak sebagai respon atas kepentingan stabilitas politik makro demokratis yang sedang bergolak, dengan mengabaikan substansi hukum HAM. Konteks politik makro demokratis,

hanya menjadi bingkai besar yang kosong makna; sama sekali tidak memberi isi pada substansi, pada refleksi dan aksi; apalagi berorientasi pada rakyat.

Proses pembuatan peraturan perundang-undangan semenjak perubahan UUD 1945 tidak mengalami perubahan yang signifikan dibanding sebelumnya. Kewenangan pemerintah masih tetap dominan sebagai inisiator pembuatan UU. DPR yang sejatinya representasi rakyat tidak memiliki kemampuan menggunakan hak inisiatif mengajukan RUU sehingga mengikuti saja paradigma, proses dan alur berpikir RUU yang diajukan eksekutif. Akibatnya makna pembuatan hukum, termasuk hukum HAM dalam konteks perubahan UUD 1945 yang menempatkan rakyat sebagai pemegang kedaulatan menjadi tidak terwujud. Peraturan perundang-undangan bidang HAM yang dibuat masih bersifat *top down* yang menempatkan rakyat yang akan menjadi tujuan pengaturan sebagai objek pasif. Konstruksi normatif bagi perlindungan, penghormatan dan pemenuhan HAM sepenuhnya konstruksi pemerintah dan DPR.

Dalam konteks Indonesia paska Orde Baru, perubahan paradigma juga merupakan tuntutan realistis bagi perubahan paradigma pembuatan hukum yang bersifat tidak partisipatif dan berorientasi sepenuhnya kepada produk-produk hukum represif untuk kepentingan kekuasaan (pemerintah), ke arah paradigma pembuatan hukum yang bersifat partisipatif untuk kepentingan masyarakat.

Philippe Nonet dan Philip Selznick yang mengintrodusir teori hukum responsif⁸ menegaskan bahwa responsivitas hukum ditentukan pada seberapa kuat konstruksi hukum dibangun berdasarkan kebutuhan-kebutuhan sosial.⁹ Kebutuhan-kebutuhan sosial yang dimaksud Nonet dan Selznick tentu saja kontekstual, yaitu dimana dan untuk siapa

⁸ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *op. cit.*, hlm. 14.

⁹ A.A.G. Peters dan Koesriani Siswosoebroto, *op. cit.*, hlm. 158.

hukum itu akan diberlakukan sehingga hukum bisa memenuhi kebutuhan-kebutuhan sosial.

Dalam pandangan hukum responsif, hukum tidak hanya memberikan sesuatu yang lebih dari sekadar hukum formal atau prosedural, tetapi juga mengakomodir kebutuhan masyarakat, serta mampu mengenali kebutuhan publik, dan yang paling penting bisa mewujudkan keadilan kepada masyarakat, yaitu tercapainya keadilan substantif.

Dilihat dari penafsiran, maka produk hukum yang berkarakter responsif memberi sedikit peluang bagi pemerintah untuk membuat penafsiran sendiri melalui berbagai peraturan pelaksanaan. Peluang yang sempit itupun hanya berlaku untuk hal-hal yang bersifat teknis. Oleh sebab itu, produk hukum responsif harus memuat hal-hal penting secara rinci, yang menutup peluang bagi pemerintah untuk membuat penafsiran tersendiri secara sepihak.

Pembangunan hukum yang dicanangkan pemerintah hasil pertemuan *Law Summit III*, yang menyepakati 8 (delapan) rancang bangun program hukum dalam rangka mendorong percepatan pembangunan dan penegakannya¹⁰ masih elitis karena hanya melibatkan para pemikir, sehingga tidak mampu menampilkan citra pembentukannya yang partisipatif.

Proses partisipatif menempatkan rakyat sebagai subjek hukum yang menjadi orientasi perlindungan (*to protect*), penghormatan (*to respect*), dan pemenuhan (*to fulfill*) HAM. Paradigma demikian sejalan dengan perkembangan HAM kontemporer dan arah politik hukum HAM dalam UUD 1945 setelah perubahan yang semakin kuat melindungi rakyat serta kuat pula mengontrol kekuasaan (eksekutif).

Perubahan sosial ekonomi, politik dan hukum yang tengah terjadi saat ini sedang diuji apakah mampu

mentransformasikan relasi sosial untuk menjadi relasi lebih adil bagi sebagian besar rakyat Indonesia, atautkah berupa reformasi sosial yang meneruskan formasi sosial yang tetap timpang.

Perubahan sosial yang sedang berlangsung seharusnya memiliki perspektif transformatif, dan berjangkauan yang luas baik dari segi metodologi, agenda maupun motivasi. Perubahan sosial yang berperspektif transformatif juga menyangkut hal-hal untuk memenuhi kebutuhan praktis dan strategis golongan yang tidak beruntung (miskin, tidak berpendidikan, wanita, anak dan seterusnya). Hanya dengan cara demikian, perubahan sosial dapat menyumbangkan transformasi sosial ke arah penghormatan, perlindungan dan pemenuhan HAM yang lebih adil terhadap kelompok-kelompok masyarakat marjinal yang telah lama tersisih dan terabaikan hak-hak dan kepentingan-kepentingan sosial, ekonomi, politik dan hukumnya akibat struktur ketidakadilan.¹¹

Posisi marjinal kelompok-kelompok masyarakat yang terlanggar dan terabaikan hak-hak dan kepentingan-kepentingannya itu membutuhkan perlakuan peraturan perundang-undangan yang lebih berkenan sehingga ketidakberdayaan atau potensi terlanggarnya hak-hak dan kepentingan mereka menjadi terproteksi di satu sisi, dan terpromosikan di sisi yang lain. Dengan kata lain, politik hukum HAM responsif adalah politik hukum yang berpihak dengan semangat memberikan keadilan kepada kelompok marjinal (*bringing justice to the people*).

Penegakan atau pemenuhan HAM untuk meningkatkan kualitas hidup kelompok rentan harus dimulai secara serempak dilakukan dari "luar" dan dari "dalam". Dari luar

¹⁰ Lihat Hasil *Law Summit III*, Pembinaan Lembaga Penegakan Hukum dalam Rangka Memulihkan Kepercayaan Masyarakat Terhadap Supremasi Hukum, Jakarta 16 April 2004.

¹¹ Lusi Margiyanti dan Moh. Yasir Alimi (ed), *Sosialisasi Gender: Menjinakkan Takdir Mendidik Anak Secara Adil*, LSPAA, Yogyakarta, 1999, hlm. 115.

dilakukan melalui proses-proses politik yang egaliter, yang menempatkan rakyat sebagai subjek dan sasaran kritis perlindungan. Dari “dalam” dilakukan melalui proses pendidikan menuju ke kesadaran hak untuk melepaskan diri dari rasa ketergantungan, menuju ke arah terwujudnya *legal literacy*, ialah situasi kesadaran akan pemilikan hak di kalangan khalayak awam.

Gerakan penyadaran hukum-pun dilakukan dengan strategi dan pengorganisasian yang lain. Bukan lagi strategi untuk menyadarkan rakyat akan kewajiban-kewajiban (semata) seperti yang dikerjakan oleh lembaga-lembaga pemerintahan pada era rezim Orde Baru, tetapi strategi untuk menyadarkan mereka tentang hak-hak dan batas-batas hak mereka. Gerakan kesadaran hak ini memang harus lebih banyak dikerjakan oleh organisasi-organisasi non-pemerintah yang sejak lama menganut kebijakan populis.

Gerakan memberantas “buta hak”, pada dasarnya tidak lagi mempercayai mitos dalam doktrin hukum liberal yang positivistik. Itulah doktrin klasik, yang meyakini bahwa “setiap manusia warga negara itu berkedudukan sama di hadapan hukum dan kekuasaan”, yang sudah waktunya untuk dikritik dan dipertanyakan kebenaran riilnya. Kesamaan kedudukan di hadapan hukum dan kekuasaan, apabila tidak didukung oleh kesamaan status ekonomi sebagaimana yang dijamin oleh hak-hak ekonomi yang asasi, tidaklah akan bisa mengubah keadaan.

Gerakan sadar hak adalah tindakan afirmatif yang tidak bisa dilihat diskriminatif. Dengan kata lain, distribusi dan/atau pengakuan hak menurut hukum perundang-undangan haruslah dikonfigurasi secara sadar dan realistik sedemikian rupa, sehingga mereka yang tergolong miskin dan buta hak akan memperoleh hak, dan/atau perlindungan hak, dalam proporsi yang relatif lebih besar daripada apa yang dapat diperoleh oleh mereka yang telah mapan. Kesamaan kedudukan dalam memperoleh kesempatan beraktivitas ekonomi itulah yang justru akan menjamin kesamaan kedudukan di hadapan hukum dan pemerintahan.

2. Politik Hukum Hak Sipil Politik (HSP)

a. Responsivitas UUD 1945 terhadap HSP

Tuntutan komitmen kemanusiaan sebagaimana telah dijelaskan di atas tidak saja diarahkan pada perlindungan, penghormatan dan pemenuhan HAM dari kemungkinan tindakan langsung negara karena kekuasaan yang tidak demokratis, atau sikap diam atau membiarkan dari negara, tetapi juga dominasi kelompok-kelompok masyarakat yang memiliki kekuatan atas kelompok-kelompok masyarakat yang lemah.

Paradigma perlindungan, penghormatan dan pemenuhan HAM tidak lagi menempatkan HSP sebagai prioritas dan HESB sebagai pilihan yang sepenuhnya disandarkan kepada kemampuan negara, tetapi menjadi kebutuhan simultan setiap manusia dan masyarakat.

Politik hukum HSP dalam UUD 1945 perubahan, pertama-tama menguatkan eksistensi rakyat sebagai subjek hukum pemegang kedaulatan (rakyat), merasionalisasi kekuasaan Presiden menjadi lebih terkontrol, memberikan kewenangan besar kepada DPR¹², menegaskan dan menguatkan hak berorganisasi, bereksperisi, berpendapat, serta memperkuat eksistensi lembaga yudisial.

Penterjemahan kedaulatan ke dalam HSP antara lain diwujudkan melalui pemilihan umum langsung untuk memilih anggota DPR, DPD dan DPRD, pemilihan Presiden dan Wakil presiden, Gubernur, serta Bupati atau Walikota. Selanjutnya menegaskan hak dan kewenangan DPR sebagai representasi rakyat dalam pembuatan UU; menghapus diskriminasi terhadap warganegara Indonesia yang dimuat

¹² Pasal 1 ayat (2) dan (3) yang memuat tentang kedaulatan rakyat dan negara hukum, adalah pasal yang substansinya adalah politik hukum HSP.

dalam Pasal 26¹³ dan Pasal 27¹⁴ UUD 1945.¹⁵ Melalui pasal inilah lahir UU No. 12 Tahun 2006 tentang Kewarganegaraan yang membebaskan mereka dari UU yang bersifat diskriminatif.¹⁶

Politik hukum HSP turunan kedaulatan rakyat terumus jelas dalam Pasal 28 yang menjamin kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan. Pasal tersebut diperluas menjadi Pasal 28A sampai 28J sehingga cakupan HSP menjadi lebih luas dan rinci.¹⁷

¹³ Pasal 26 menegaskan kualifikasi warganegara Indonesia, yaitu, orang-orang bangsa Indonesia asli dan orang-orang bangsa lain yang disahkan dengan undang-undang sebagai warga negara

¹⁴ Pasal 27 menegaskan persamaan kedudukan setiap warganegara di dalam hukum dan pemerintahan

¹⁵ Dua pasal tersebut telah membebaskan warganegara keturunan Thionghoa yang selama Orde Baru nyaris bukan subjek hukum yang memiliki hak-hak dan perlindungan yang setara dengan warganegara Indonesia lainnya. Mereka mengalami diskriminasi dan tidak memperoleh akses pada pelayanan publik oleh negara, antara lain, orang tua dan anak-anak mereka tidak bisa leluasa bergerak atau berpindah, anak-anak yang lahir dari orang tua yang tak berwarganegara itu, tidak dapat memperoleh akta kelahiran, dan lain sebagainya.

¹⁶ UU kewarganegaraan yang terbaru ini disambut baik oleh semua pihak, terlebih lagi oleh kaum minoritas etnik tertentu, dan para pelaku perkawinan campuran, khususnya perempuan WNI yang menikah dengan laki-laki WNA. Kini mereka tidak perlu khawatir akan nasib buah hati mereka karena bagi anak hasil perkawinan campuran diberikan kewarganegaraan ganda sampai dengan umur 18 tahun atau menikah, dan diberi waktu sampai dengan 3 tahun kemudian atau umur 21 tahun, anak tersebut harus sudah memilih akan menjadi kewarganegaraan ayah atau ibu.

¹⁷ (1) Pasal 1 Hak untuk menentukan nasib sendiri; (2) Pasal 3 Persamaan hak antara laki-laki dan perempuan; (3) Pasal 6 Hak untuk hidup; (4) Pasal 7 Hak untuk bebas dari penyiksaan, atau perlakuan atau hukuman lain yang kejam, tidak manusiawi atau

Politik hukum HSP berikutnya adalah merasionalisasi kekuasaan Presiden agar sesuai dengan prinsip negara hukum dan demokrasi. Langkah pertama bidang ini adalah menempatkan kedaulatan rakyat sebagai penentu diperolehnya jabatan Presiden melalui mekanisme Pemilu langsung.

Rasionalisasi yang kedua adalah membatasi jabatan Presiden. Substansi ketentuan Pasal 7¹⁸ UUD 1945 sesungguhnya adalah perlindungan HSP yang bersifat mencegah lahirnya kekuasaan politik secara tidak terbatas, yang dapat menyebabkan penyalahgunaan kekuasaan dan pelanggaran HAM sebagaimana terjadi di era Orde Lama

merendahkan martabat; (5) Pasal 8 Hak untuk bebas dari perbudakan, perhambaan dan pekerjaan paksa; (6) Pasal 9 Hak atas kemerdekaan dan keamanan pribadi; (7) Pasal 10 Hak atas sistem penahanan yang manusiawi; (8) Pasal 11 Hak atas kebebasan dari pemenjaraan atas dasar ketidakmampuan memenuhi kewajiban kontraktual; (9) Pasal 12 Hak atas kebebasan bergerak dan pilihan tempat tinggal; (10) Pasal 13 Kebebasan orang asing dari pengusiran semena-mena; (11) Pasal 14 Hak atas pemeriksaan adil dan proses hukum yang semestinya; (12) Pasal 15 Hak atas kebebasan dari hukum pidana yang berlaku surut; (13) Pasal 16 Hak atas pengakuan sebagai pribadi di hadapan hukum; (14) Pasal 17 Hak atas kebebasan dan keleluasaan pribadi (privacy); (15) Pasal 18 Hak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama; (16) Pasal 19 Hak atas kebebasan berpendapat dan menyatakan pendapat; (17) Pasal 20 Larangan atas propaganda untuk perang dan hasutan kebencian; (18) Pasal 21 Hak atas perkumpulan damai; (19) Pasal 22 Hak atas kebebasan berserikat; (20) Pasal 23 Hak atas pernikahan dan membentuk keluarga; (21) Pasal 24 Hak-hak anak; (22) Pasal 25 Hak-hak politik; (23) Pasal 26 Hak atas kedudukan yang sama di depan hukum; (24) Pasal 27 Hak-hak minoritas etnis, agama atau bahasa.

¹⁸ Pasal 7: Presiden dan Wakil Presiden memegang jabatan selama lima tahun, dan sesudahnya dapat dipilih kembali dalam jabatan yang sama, hanya untuk satu kali masa jabatan.

dan Orde Baru. Dengan membatasi masa jabatan Presiden, berarti mencegah potensi terulangnya penyalahgunaan kekuasaan dengan segala konsekuensi pada HAM.

Politik hukum pemilihan dan pembatasan jabatan Presiden di atas dilengkapi pula dengan jaminan Konstitusi tentang kemungkinan pemberhentian Presiden dan atau Wakil Presiden apabila melanggar hukum.¹⁹ Kewenangan yang diberikan UUD 1945 kepada MPR, DPR dan MK untuk melakukan pemberhentian Presiden dan atau Wakil Presiden tersebut menjadi garansi bahwa ada institusi negara yang bisa melindungi HSP dari kemungkinan Presiden dan atau Wakil Presiden melanggar HSP warganegara.

Jaminan akan peradilan yang merdeka juga semakin kuat setelah perubahan UUD 1945. Dengan jaminan ini maka secara normatif terdapat penguatan pada penghormatan dan perlindungan HSP di bidang persamaan di depan hukum. Lebih-lebih setelah perubahan ketiga UUD 1945 disahkan, kekuasaan kehakiman mendapat tambahan satu jenis mahkamah lain yang mempunyai kedudukan yang setingkat atau sederajat dengan Mahkamah Agung, yaitu Mahkamah Konstitusi (MK).

Kewenangan MK adalah melakukan *Judicial Review* (JR) terhadap UU yang berada dibawah UUD 1945 yang melanggar hak-hak konstitusional warganegara. Dengan kewenangan itu, MK telah menjadi lembaga penjamin (*institutional gurantee*) bagi perlindungan HAM, khususnya warganegara.²⁰

¹⁹ Baca UUD 1945 Pasal 7A dan 7B.

²⁰ Praktik penggunaan UU sebagai sarana membungkam kebebasan berpendapat, beresipasi dan berorganisasi telah dilakukan di era Orde Lama dan Orde Baru. Di kedua masa kekuasaan tersebut, telah banyak tokoh-tokoh politik, tokoh-tokoh Pers, aktivis HAM dan Demokrasi yang ditangkap dan dipenjara. Termasuk membredel banyak koran, majalah, dan buku-buku yang dianggap penguasa mengganggu stabilitas dan melanggar UU.

Politik hukum HAM perlindungan HSP melalui penguatan kedudukan dan kewenangan lembaga yudisial (MK) di atas, diperkuat pula oleh kehadiran Komisi Yudisial (KY). Meskipun lembaga baru ini tidak menjalankan kekuasaan kehakiman, tetapi karena keberadaannya diatur dalam UUD 1945 Bab IX tentang Kekuasaan kehakiman, maka substansi keberadaan KY tidak dapat dipisahkan dari kekuasaan kehakiman. KY berwenang mengusulkan pengangkatan Hakim Agung dan mempunyai kewenangan lain dalam rangka menjaga dan menegakkan kehormatan, kekeluhuran martabat, serta perilaku hakim.

Pentingnya kualitas dan intensitas pengawasan terhadap hakim dilakukan oleh lembaga independen karena selama Orde Baru tidak sedikit hakim yang menyalahgunakan kewenangannya, tidak menjalankan kewenangannya secara independen yang berakibat melanggar hak-hak konstitusional warganegara, antara lain menghukum orang tidak bersalah, atau sebaliknya membebaskan orang yang bersalah. Kehadiran KY dimaksudkan untuk memastikan para hakim bertindak menggunakan kewenangannya sesuai UU.

Politik hukum UUD 1945 terhadap hukum dan kekuasaan mulai menunjukkan arah penguatan hukum atas kekuasaan. Otoritas sudah diberi bentuk hukum dan dikerangka agar dilaksanakan dengan cara-cara menurut hukum. Kekuasaan sudah tegas *berdasarkan* hukum dan tidak lagi *oleh* hukum.²¹ Kekuasaan berdasarkan hukum menunjuk kepada hukum sebagai mengikat kekuasaan, mendepersonalisasi kekuasaan, untuk menundukkan pelaksanaannya kepada aturan-aturan, dan melindunginya dari tindakan sewenang-wenang kekuasaan.

²¹ Kekuasaan oleh hukum menunjuk kepada hukum sebagai sarana kekuasaan yang dipraktikkan selama Orde Baru berkuasa.

b. Kebutuhan ke Depan

Secara global responsivitas UUD 1945 tergolong sangat responsif, tidak hanya karena perubahan UUD 1945 itu merupakan respon material hukum terhadap perubahan politik, dan desakan masyarakat sipil, tetapi juga responsif terhadap kebutuhan Konstitusi yang lebih protektif terhadap kekuasaan. Ke depan, dalam rangka menjamin penghormatan, perlindungan dan pemenuhan HAM, dibutuhkan politik hukum baru yang lebih operasional, lebih protektif dan promotif terhadap HAM; baik yang dilakukan terhadap UUD 1945 maupun penerjemahan terhadap imperatif-imperatif UUD 1945 itu sendiri. Oleh sebab itu, politik hukum HAM responsif yang seharusnya dilakukan ke depan adalah:

Pertama, merubah dan atau menambah substansi, susunan dan pemuatan materi perlindungan, penghormatan dan pemenuhan HSP pada UUD 1945, yaitu:

(1) Secara tegas mengatur perkecualian atas Pasal 28 (I).²²

Pasal ini telah menjadi kontroversi hukum pada saat UU No. 26 Tahun 2000 menganut prinsip retroaktif. Kontroversi antara pihak yang setuju dan ketat membela pasal ini dengan pihak yang menentang—sekali pun memiliki argumentasi yang kuat—tetap tidak menghapus kontroversi.

²² Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi dihadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah HAM yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun.

Apabila kontroversial hukum antara UUD 1945 dengan UU yang ada di bawahnya tidak segera diakhiri maka berarti: (i) mewariskan kontroversi hukum dalam kehidupan hukum dan ketatanegaraan kita, yang tentu saja akan semakin bias karena teks dan konteks dari Pasal tersebut akan hilang dalam memori generasi sekian tahun mendatang. Akibat lebih jauh bisa muncul interpretasi-interpretasi yang bias kepentingan kekuasaan; (ii) tidak mendukung upaya membangun negara hukum yang memiliki kepastian hukum; suatu prinsip bernegara hukum yang diabaikan oleh kekuasaan sepanjang Indonesia merdeka, terutama di era Orde Baru; (iii) tidak mendukung upaya membangun budaya hidup ber hukum yang baik dan benar kepada masyarakat.

Di luar tiga point pentingnya mengakhiri kontroversi tersebut, serta perlunya menghapus atau mengecualikan pasal 28 (I) itu terhadap kejahatan kemanusiaan yang serius adalah dalam rangka memberi dasar hukum yang kuat dan pasti dalam menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu yang dilakukan rezim Soeharto yang masih menggantung.

Prinsip retroaktif (berlaku surut) juga sudah menjadi norma hukum internasional yang diadopsi di banyak negara, misalnya saja di tingkat Konstitusi, Pasal 1 Bagian 8 Konstitusi Amerika Serikat mengatur bahwa, "*No bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed*".²³ Di Indonesia, masalahnya, Perubahan Kedua UUD 1945 mengatur bahwa aturan non-retroaktif "tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun".²⁴ Ini bertentangan dengan norma-norma internasional, yang biasanya dipahami oleh mahkamah peradilan sebagai pelaksana larangan retroaktif.²⁵

Pentingnya responsivitas hukum (UUD) yang menjangkau ke depan bukan tanpa alasan karena setiap

²³ Denny, *op. cit.*, hlm. 396.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Ibid.*

kekuasaan, apapun sistem politiknya potensial menyalahgunakan kekuasaannya. Oleh sebab itu (UUD) harus selalu curiga dan waspada terhadap kekuasaan.

Pengalaman Indonesia ketika para pendiri bangsa memperdebatkan perlu tidaknya HAM diatur di dalam UUD 1945 telah memberi pelajaran kepada kita, bahwa pandangan positif Soepomo kepada kekuasaan yang menurutnya tidak mungkin melanggar hak asasi rakyatnya, sudah terbukti salah. Soekarno dan Soeharto ternyata banyak melakukan pelanggaran HAM saat mereka berkuasa.

(2) Menambahkan Kewenangan Mahkamah Konstitusi.

Dalam perubahan ketiga UUD 1945, Mahkamah Konstitusi ditentukan memiliki lima kewenangan, yaitu: (a) melakukan pengujian atas konstitusionalitas Undang-Undang; (b) mengambil putusan atau sengketa kewenangan antar lembaga negara yang ditentukan menurut Undang-Undang Dasar; (c) mengambil putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat bahwa Presiden dan/atau Wakil Presiden telah melakukan pelanggaran hukum sehingga secara hukum tidak memenuhi syarat sebagai Presiden dan/atau Wakil Presiden menjadi terbukti dan karena itu dapat dijadikan alasan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat untuk memberhentikan Presiden dan/atau Wakil Presiden dari jabatannya; (d) memutuskan perkara perselisihan mengenai hasil-hasil pemilihan umum, dan (e) memutuskan perkara berkenaan dengan pembubaran partai politik.

Memperhatikan signifikansi peran MK selama ini dalam menjaga Konstitusi dengan mengendalikan produk-produk hukum yang melanggar maupun potensial melanggar HAM (hak-hak konstitusional) warganegara, maka sudah seharusnya apabila kewenangan MK diperluas mencakup kewenangan menerima dan mengadili gugatan perorangan (*Constitutional Complaint*).

Menurut Gerhard Dannemann,²⁶ kewenangan *constitutional complaint* telah berkembang pesat dan telah diadopsi hampir di seluruh negara-negara Eropa Tengah dan Timur.

Mahkamah Konstitusi Federal Jerman (*Bundesverfassungsgerichts*) dan Korea Selatan adalah dua diantara MK yang telah menerapkan kewenangan *constitutional complaint*.

Contoh kasus *constitutional complaint* yang cukup terkenal di Jerman yaitu tuntutan tentang larangan penyembelihan hewan karena dinilai bertentangan dengan undang-undang tentang perlindungan hewan. Masyarakat muslim Jerman yang berkeberatan mengajukan hal ini ke *Bundesverfassungsgerichts* karena dinilai bertentangan dengan kebebasan menjalankan agama. Karena ajaran Islam justru mewajibkan hewan disembelih terlebih dulu sebelum halal dimakan. Mahkamah Konstitusi Federal Jerman mengabulkan tuntutan itu dengan alasan kebebasan beragama adalah hak mendasar yang diatur dalam konstitusi, sedangkan larangan penyembelihan hewan berada pada wilayah ketentuan di bawah undang-undang dasar.

Jika kewenangan ini ada pada MK, maka tersedia mekanisme hukum lain untuk menjamin terjaganya HAM warganegara. Mengagungkan pengakuan hak-hak dasar manusia (warganegara) tanpa perlindungan, atau mendengung-dengungkan perlindungan tanpa tersedia upaya hukum untuk mempertahankan dan memperjuangkannya sama artinya dengan pengingkaran terhadap pengakuan dan perlindungan hak dasar setiap warga negara. Oleh sebab itu, memperluas kewenangan *constitutional complaints* atau pengaduan konstitusional yang berkaitan dengan hak dasar setiap individu kepada MK merupakan kebutuhan mendasar; yang sama mendasarnya dengan substansi hak itu sendiri.

²⁶ Lihat Gerhard Dannemann, *Constitutional Complaints: The European Perspective*. The International and Comparative Law Quarterly, vol. 43, Januari 1994, hlm. 142-153.

Di sisi lain, dengan adanya instrumen *constitutional complaint* ini, maka lambat laun akan tercipta kesadaran di tengah-tengah masyarakat untuk membela diri di hadapan hukum ketika hak-hak dasar mereka dilanggar. Selain itu, berbagai kebijakan yang menyentuh ranah publik dan warga negara biasa, dengan sendirinya akan mempunyai kepekaan terhadap perlindungan dan pemenuhan hak dasar bagi setiap individu masyarakat.

(3) Memasukkan ketentuan tentang Ratifikasi Konvensi HAM Internasional.

UUD 1945 sudah seharusnya memuat ketentuan yang mewajibkan negara meratifikasi pelbagai konvensi HAM internasional. Demikian pula memuat ketentuan agar substansi dari Konvensi yang telah diratifikasi itu ditindaklanjuti dengan pembentukan UU atau mengadopsi substansi yang telah diratifikasi itu ke dalam pelbagai peraturan perundang-undangan yang telah ada.

Salah satu konvensi HAM internasional yang semestinya segera ditindaklanjuti dengan mengadopsi substansinya ke dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHP) adalah Konvensi Anti Penyiksaan yang telah diratifikasi dengan UU No. 5 Tahun 1998.

Urgensi mengadopsi substansi Konvensi ini kedalam KUHP karena tindakan penyiksaan, perlakuan kejam dan merendahkan martabat manusia menjadi salah satu bentuk pelanggaran HAM yang paling banyak dilakukan Polisi pada saat melakukan penyelidikan dan penyidikan atas suatu tindak pidana.

(4) Larangan Melakukan Tindakan Pembiaran

UUD 1945 perlu ditambah dengan pengaturan yang mencegah tindakan pembiaran yang menjangkiti pemerintah dan aparat penegak hukum Indonesia selama ini. Membiarkan

tanpa sanksi perilaku atau tindakan pembiaran akan melumpuhkan setiap upaya penegakan hukum, menghancurkan kedaulatan hukum, dan pada gilirannya akan menghancurkan sistem demokrasi itu sendiri. Karena itu politik hukum HAM responsif bidang HSP diorientasikan pada regulasi yang tegas melarang tindakan pembiaran (*crime by omission*) dari negara (pemerintah), agen-agen negara, dan non negara (korporasi).

Regulasi yang dibutuhkan dalam kaitan tersebut adalah regulasi-regulasi yang secara imperatif menekankan kewajiban negara (pemerintah), agen-agen negara dan non negara melakukan sesuatu tindakan melindungi dan memenuhi HAM. Pada bagian lain dimuat pula hak setiap orang dan warganegara untuk melakukan komplain hukum apabila negara (pemerintah), agen negara dan non negara melakukan tindakan pembiaran (*crime by imission*).

(5) Mencantumkan secara eksplisit keberadaan Komnas HAM.²⁷

Mengingat kewenangan Komnas HAM selaku penyelidik pro-yustisia dalam kasus Pelanggaran HAM yang berat bersinggungan dengan institusi negara lainnya, seperti DPR, Kejaksaan Agung dan Mahkamah Agung, maka jika terjadi sengketa dengan lembaga negara tersebut berkaitan dengan kewenangan masing-masing, maka tidak bisa diselesaikan oleh Mahkamah Konstitusi karena Komnas

²⁷ Prinsip Paris menyebutkan bahwa lembaga nasional harus diikuti dengan kompetensi, didirikan berdasarkan landasan konsitusi atau perundanga-undangan yang jelas, dan harus diberikan mandat seluas mungkin. Selengkapnya baca: Lindholt, Lone and Birgit Lindsnaes, "National Human Rights Institution – Standard Setting and Achievements", in *National Human Rights Institutions: Articles and Papers*, Kopenhagen: Danish Institute of Human Rights, 2001, hlm. 14.

HAM tidak disebut sebagai lembaga negara seperti halnya KY atau MK.

Apa yang terjadi antara DPR dan Kejaksaan Agung dengan Komnas HAM dalam kasus TSS dapat dikatakan sebagai masuk dalam kualifikasi sengketa antar lembaga, yang mestinya bisa diselesaikan oleh MK.

(6) Memperbaiki Susunan Pemuatan Substansi HSP

Pengaturan tentang HAM dalam sejumlah pasal dan ayat dalam UUD 1945 sesudah perubahan, tampak sekali dilakukan tanpa konsep dan tanpa memahami substansi HAM, terutama substansi HSP dan HESB, sehingga terdapat duplikasi pengaturan dan penggabungan HSP dan HESB dalam satu pasal dan atau satu ayat yang tidak semestinya.

Ketidakteraturan susunan dan pengaturan substansi HAM yang dimuat di dalam UUD 1945 tidak bisa dibiarkan, karena selain menunjukkan ketidakcermatan, minimnya pemahaman perancang UUD, DPR dan Pemerintah, juga bisa melemahkan kekuatan moral UUD 1945 terhadap perlindungan HAM. Sejumlah pasal yang susunan dan pengaturan materinya tumpang tindih dan tidak tepat, antara lain:

Pasal 27 ayat (1)²⁸ yang mengatur perlakuan yang sama di depan hukum disebutkan kembali dalam Pasal 28 D ayat (1).²⁹ Bahkan di dalam Pasal 28 D ayat (1) itu juga terjadi pengulangan substansi antara kalimat: “berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang

²⁸ Pasal 27 (1) berbunyi: Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.

²⁹ Pasal 28D (1) berbunyi: Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.

adil” dengan “perlakuan yang sama dihadapan hukum”. Begitu juga Pasal 28E ayat (1)³⁰ berulang di pasal 29 ayat (2).³¹

Selanjutnya, menggabung HSP dan HESB dalam satu Pasal dan atau satu ayat, seperti: Pasal 27 ayat (1) yang memuat HSP tentang perlakuan sama di depan hukum dengan ayat (2) yang mengatur “hak atas pekerjaan....”. Menggabung Pasal 28 D ayat (1) dengan ayat (2). Pasal 28 G ayat (2) yang berbunyi “Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia”, digabung dengan “hak memperoleh suaka politik dari negara lain”. Tidak jelas apa kaitan “bebas dari penyiksaan...” dengan “hak memperoleh suaka politik. Hak suaka politik terkait dengan pelanggaran negara atas hak-hak sipil dan hak politik, antara lain pelanggaran hak berorganisasi, bereksperisi, dan berpendapat.

Substansi kedua HSP tersebut sangat penting dan mendasar bagi setiap orang dan warganegara, sehingga tidak pada tempatnya menggabung kedua materi HSP tersebut dalam satu ayat.

Kedua, merevisi beberapa UU yang telah ada dan membuat UU baru yaitu:

(1) Merevisi KUHAP

Selama lebih dari 20 (dua puluh) tahun hukum acara ini diberlakukan, telah terjadi banyak penyimpangan atau penyalahgunaan yang melanggar HAM yang dilakukan oleh

³⁰ Pasal 28E (1) berbunyi: Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.

³¹ “.....beribadat menurut agamanya dan kepercayaannya itu.

terutama Polisi dan Jaksa, akibat kelemahan dari KUHAP itu sendiri. Padahal KUHAP diciptakan untuk melindungi HAM tersangka, terdakwa dan terpidana, sehingga sudah seharusnya direvisi.

Selain itu, telah terjadi perubahan mendasar pada UUD 1945 yang menegaskan prinsip negara hukum, pengaturan yang rinci mengenai HAM, adanya UU No. 39 Tahun 1999 yang telah mengadopsi pasal-pasal dalam Deklarasi Universal HAM, serta telah diratifikasinya sejumlah Konvensi HAM internasional. Diantara perubahan yang penting dilakukan adalah:

- (i) Mengatur secara tegas larangan dilakukannya penyiksaan, perlakuan kejam dan tidak manusiawi dengan mengadopsi pasal-pasal dalam Konvensi Anti Penyiksaan.
- (ii) Mengatur secara limitatif batas waktu pengembalian Berkas Acara Pemeriksaan (BAP) dari Polisi ke Jaksa, atau sebaliknya dari Jaksa ke Polisi. Kepastian hukum tentang ini sangat penting demi kepastian hukum dan perlindungan serta pemenuhan hak setiap orang yang tersangkut perkara pidana untuk mendapatkan proses hukum yang cepat dalam penyelesaian perkaranya.
- (iii) Mengatur secara limitatif dengan sanksi yang tegas larangan kepada Polisi, Jaksa atau Hakim mengabaikan, membiarkan atau menggantungkan perkara tanpa alasan hukum yang jelas dan bisa dipertanggungjawabkan.
- (iv) Mengatur secara limitatif dengan sanksi bebasnya terdakwa apabila terbukti di persidangan Polisi dan atau Jaksa mengambil barang bukti dengan cara melawan hukum. Filosofi pengaturan ini adalah bahwa tidak dibenarkan menegakkan hukum dengan cara melanggar hukum.
- (v) Kekeliruan fakta atau kekeliruan penerapan hukum yang dapat menghapus tanggung jawab pidana dipandang perlu untuk diatur sehingga aparat penegak hukum harus menggunakan kewenangannya dengan cermat, akurat dan hati-hati (profesional).

- (vi) Perlu diatur dengan jelas alasan dan waktu penahanan yang rasional dikaitkan dengan penyelidikan atau penyidikan agar tidak disalahgunakan Polisi dan atau Jaksa dengan alasan formal sebagaimana selama ini terjadi. Diatur pula mekanisme di pengadilan untuk menguji keabsahan penahanan, serta akibat hukum dari penahanan yang tidak memiliki dasar hukum.

(2) Merevisi UU No. 39 Tahun 1999 Tentang HAM

Pada waktu UU No. 39 Tahun 1999 disahkan, UUD 1945 belum mengalami perubahan. Sampai dengan tahun 2002, UUD 1945 telah mengalami 4 kali perubahan. Hasil perubahan pertama sampai dengan ke-empat menghasilkan beberapa perubahan yang signifikan dalam hukum ketatanegaraan di Indonesia. Selain perubahan organ kelembagaan, ada pula norma-norma HAM yang diatur secara eksplisit. Norma HAM yang sebelumnya hanya dimuat pada sedikit pasal, setelah perubahan diperluas ke dalam BAB XA Pasal 28A-28J.

Dalam perkembangan selanjutnya, telah pula diratifikasi dua Kovenan HAM internasional pokok, yaitu Kovenan Hak Sipil dan Hak Politik serta Kovenan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya yang masing-masing dituangkan dalam UU No. 11 tahun 2005 dan UU No. 12 Tahun 2005.

Perubahan-perubahan tersebut tentunya menjadi alasan konstitusional perlunya dilakukan revisi terhadap UU No. 39 Tahun 1999 Tentang HAM. Selain karena terdapat hal-hal baru yang patut dimuat, juga dijumpai kelemahan-kelemahan yang menjadi ganjalan pelaksanaan tugas (terutama) Komnas HAM. Bagian yang perlu direvisi, yaitu:

- (i) Mengeluarkan Pengaturan tentang Komnas HAM dari UU No. 39 Tahun 1999, sehingga UU tersebut sepenuhnya memuat norma-norma tentang HAM. Menggabung pengaturan tentang Komnas HAM kedalam satu peraturan perundang-undangan yang juga

memuat norma-norma pengaturan lain, meskipun berkaitan, mengakibatkan terkooptasinya pengaturan tentang Komnas HAM dalam pengaturan lain. Di samping itu tidak menunjukkan dikedepankannya peran, tugas, dan kewenangan penting Komnas HAM dalam memajukan dan perlindungan HAM.

- (ii) Terkait dengan point satu (i) di atas patut dibuat peraturan perundang-undangan nasional tersendiri, tidak “ditempelkan” pada peraturan perundang-undangan lain sebagai wujud pengakuan akan pentingnya peran institusi nasional HAM sebagaimana Komnas HAM di negara-negara lain yang memiliki institusi demikian itu.
- (iii) Perlu dimuat ketentuan tentang hak warganegara mengajukan gugatan hukum terhadap pelanggaran sengaja, pengabaian atau pembiaran yang dilakukan negara, pemerintah atau aparat penegak hukum yang berakibat tidak terpenuhinya atau terlanggarnya HSP dan HESB. Pengaturan demikian itu, sangat dibutuhkan karena dalam kenyataan, tidak jarang negara, pemerintah, atau aparaturnegara membiarkan atau lalai melakukan kewajibannya, padahal bisa dan memiliki kewenangan untuk melakukannya yang menimbulkan akibat terlanggarnya hak-hak warganegara.

(3) Mengganti UU No. 26 Tahun 2000³²

UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM memiliki banyak kelemahan dan telah terbukti menimbulkan ketidakpastian hukum, dan tidak bisa didayagunakan secara maksimal pada pengadilan Ham ad hoc Timor Timur, Tanjung Priok, Pengadilan HAM Abepura dan menjadi kontroversi

³² Komnas HAM telah menyusun Draf Akademik Penggantian UU No. 26 Tahun 2000.

dalam penanganan kasus TSS, karena itu sudah seharusnya diganti dengan UU yang baru.

Pilihan mengganti dan bukan merevisi karena yang harus diperbaiki itu meliputi aspek-aspek yang sangat luas dan mendasar, yaitu:

- (i) Mencantumkan secara eksplisit Pancasila di dalam konsideran sebagai komitmen filosofi terhadap “kaidah dasar fundamental negara” di dalam suatu peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai hidup dan kehidupan kemanusiaan. Sila kedua “kemanusiaan yang adil dan beradab” misalnya, adalah salah satu nilai filosofi dan inspirasi utama pengaturan HAM dalam UU.
- (ii) Pertimbangan pembuatan secara sosiologis juga harus tegas dan jelas didasarkan atas realitas HAM selama Orde Lama dan Orde Baru yang menunjukkan bahwa pelanggaran HAM banyak dilakukan oleh aparaturnegara yang menyalahgunakan kekuasaan.
- (iii) Perubahan Landasan yuridis juga harus dilakukan karena setelah Orde Baru telah terjadi perubahan UUD 1945 yang menegaskan komitmen demokratis, negara hukum, dan perlindungan HAM, serta telah diratifikasinya HSP tahun 2005 sehingga sudah seharusnya UU dikonstruksikan berdasarkan UUD 1945 perubahan dan Kovenan.
- (iv) Apabila Indonesia segera meratifikasi Statuta Roma, maka yurisdiksi UU menjadi diperluas, tidak hanya genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan, tetapi juga kejahatan perang dan agresi.
- (v) Penggantian UU ini didasarkan juga kepada fakta banyaknya kelemahan yang telah diuraikan pada bagian lain dari disertasi ini, yang meliputi kerancuan judul UU dengan yurisdiksi yang diatur di dalamnya,³³ tidak

³³ UU No. 26 tahun 2000 menggunakan judul “Pengadilan HAM”. Judul ini dipandang rancu apabila dikaitkan dengan yurisdiksi

adanya hukum acara khusus, ketidakteraturan penggunaan padanan bahasa Indonesia untuk istilah-istilah bahasa asing yang dikutip dan diserap dari Statuta Roma Pengadilan Pidana Internasional 1998, kaburnya mekanisme pembuatan pengadilan HAM ad hoc, tidak adanya pengaturan unsur mental,³⁴ ketidaktepatan atau kerancuan konsepsi substansi (hukum materiil),³⁵ rumusan pertanggungjawaban individual dan pertanggungjawaban komando.

Dengan penggantian tersebut, diharapkan tercapai tujuan ganda dari penggantian UU yaitu:

- (i) Tidak ada lagi kendala yuridis proses penyelesaian kejahatan kemanusiaan yang menjadi yurisdiksi UU itu kelak.
- (ii) Undang-undang pengganti tersebut, dapat diandalkan untuk menjamin pengutamaan yurisdiksi nasional (*primary of national jurisdiction*) dalam penyelesaian yudisial

pengadilan HAM yang memeriksa dan mengadili "pelanggaran HAM yang berat". Hal ini menimbulkan inkonsistensi karena nama undang-undangnya menggunakan istilah "Pengadilan HAM" tetapi yang diatur di dalamnya "Pelanggaran HAM yang Berat" yang kemudian baru dijelaskan maksudnya. Seharusnya jika menggunakan judul "Pengadilan HAM", maka batang tubuhnya menjelaskan tentang tindak pidana apa saja yang menjadi lingkup yurisdiksinya.

³⁴ Pentingnya ketentuan mengenai unsur mental ini untuk melindungi nilai dan persyaratan sistem hukum modern, dalam maxim Latin, yaitu *actus non facit reum nisi mens sit rea*. Uraian lengkap lihat Otto Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, hl. 527-529.

³⁵ Kelemahan-kelamahan substansil (materiil) yang telah diuraikan di bab IV adalah aspek-aspek materiil yang harus diperbaiki dalam UU yang baru.

kejahatan yang termasuk yurisdiksi UU bersangkutan, sehingga dapat dicegah ditanganinya kejahatan yang bersangkutan oleh Mahkamah Pidana Internasional, terutama dalam hal kejahatan yang terjadi di wilayah yang berada di bawah yurisdiksi RI, dan/ atau tersangkanya berada di wilayah yang berada di bawah yurisdiksi RI, dan/atau tersangkanya adalah warga negara RI.

(4) Pembuatan UU KKR

Sebagaimana diketahui UU No. 27 Tahun 2004 telah dibatalkan oleh Mahkamah Konstitusi (MK) melalui Putusannya Nomor 006/PUU-IV/2006 yang membatalkan UU KKR bertentangan dengan UUD Republik Indonesia tahun 1945. Dalam putusannya itu MK juga merekomendasikan dilakukannya perumusan ulang UU KKR.

Selain karena putusan MK yang final dan mengikat, KKR adalah mekanisme penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu yang dimandatkan oleh MPR melalui Tap MPR/V/2000 yang dalam Pendahuluan, bagian B, 'Maksud dan Tujuan,' menyatakan bahwa: "Ketetapan mengenai pemantapan persatuan dan kesatuan nasional mempunyai maksud dan tujuan untuk secara umum mengidentifikasi permasalahan yang ada, menentukan kondisi yang harus diciptakan dalam rangka menuju kepada rekonsiliasi nasional dan menetapkan arah kebijakan sebagai panduan untuk melaksanakan pemantapan persatuan dan kesatuan nasional", "Kesadaran dan komitmen yang sungguh-sungguh untuk memantapkan persatuan dan kesatuan nasional harus diwujudkan dalam langkah-langkah yang nyata, berupa pembentukan Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi Nasional, serta merumuskan etika berbangsa dan visi Indonesia masa depan.

KKR juga dimandatkan oleh Pasal 47 UU No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM, dimana Pasal 47 ayat (1) menyatakan bahwa: 'Pelanggaran HAM yang berat yang terjadi sebelum berlakunya undang-undang ini tidak menutup kemungkinan penyelesaiannya dilakukan oleh Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi. Ayat (2)-nya menyatakan bahwa Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dibentuk dengan undang-undang.

Alasan lain adalah adanya fakta pelanggaran HAM masa lalu yang belum terselesaikan; beberapa diantaranya bahkan telah selesai diselidikannya oleh Komnas HAM seperti: peristiwa TSS 1998,³⁶ peristiwa kerusuhan Mei 1998,³⁷ peristiwa Wasior 2001-2002 dan Wamena 2003,³⁸ dan peristiwa penghilangan orang secara paksa periode 1997-1998.³⁹

Dengan menyadari problem politik dan teknis yang bakal menghadang terwujudnya gagasan ini, tetapi sebagai negara hukum dan demokratis, yang bangkit dari penderitaan ratusan atau bahkan ribuan manusia Indonesia akibat tindakan rezim Orde Baru, maka tentu saja bangsa ini diikat oleh komitmen lebih mendasar untuk mewujudkan kehidupan kemanusiaan yang adil dan beradab. Karena itu penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu yang dilakukan kekuasaan masa lalu oleh rezim masa sekarang melalui mekanisme hukum atau KKR adalah pilihan yang harus disediakan.

Makna penting penyelesaian pelanggaran HAM masa lalu oleh penguasa baru adalah pelajaran (hikmah)

³⁶ Hasil penyelidikan diserahkan ke penyidik April 2002, hingga riset ini selesai penyidikan belum dimulai.

³⁷ Hasil penyelidikan diserahkan ke penyidik September 2003, hingga riset ini selesai penyidikan belum dimulai.

³⁸ Hasil penyelidikan diserahkan ke penyidik September 2004, hingga riset ini selesai penyidikan belum dimulai.

³⁹ Hasil penyelidikan diserahkan ke penyidik November 2006, hingga riset ini selesai penyidikan belum dimulai.

kemanusiaan agar penguasa tidak lagi mengulangi perbuatannya, sementara rakyat dan bangsa Indonesia memiliki memori positif tentang respon positif negara dalam menjaga, menghormati dan menegakkan HAM.

Pembuatan UU KKR yang baru hendaknya dibangun dengan mengambil pelajaran dari pengalaman negara lain menyelesaikan pelanggaran HAM masa lalu, kekuatan dan kelemahan KKR negara lain, kegagalan pengadilan HAM ad hoc, karakter pelanggaran HAM masa lalu Indonesia serta kondisi sosio kultural bangsa Indonesia.

Pengadilan memiliki keterbatasan kemampuan untuk menyelesaikan kasus dalam jumlah besar, cenderung menjangkau pelaku di lapangan, menelan biaya relatif besar, terikat dengan asas-asas dan norma-norma hukum yang ketat, yang potensial gagal ditegakkan, terutama menyangkut alat bukti, dan dapat menimbulkan kompleksitas emosional publik yang potensial menimbulkan masalah baru. Karena itu penyelesaian melalui mekanisme KKR adalah alternatif yang harus disediakan.

Aspek yang patut diatur adalah menguatkan visi misi pengungkapan kebenaran, penegakan keadilan, rehabilitasi, ganti rugi dan pemulihan hak-hak korban sebagai bagian dari realisasi visi negara hukum, demokrasi, hidup ber hukum di masa depan. Dan patut pula dipertimbangkan pengaturan sanksi administratif yang melarang pelaku kejahatan kemanusiaan di masa lalu untuk tidak lagi diperkenankan menjabat jabatan publik apapun. Mekanisme yang mirip dengan UU Lustrasi ini diperlukan sebagai bentuk tanggungjawab negara memberikan keadilan lebih jauh terhadap hukum dan korban yang pernah negara dan agen negara abaikan di masa lalu.

(5) Meratifikasi Statuta Roma (ICC)

Indonesia adalah salah satu negara yang belum menjadi pihak dalam Statuta Roma. Sebagai negara yang memiliki

komitmen untuk menegakkan perlindungan HAM sudah sepantasnya Indonesia segera meratifikasi Statuta Roma. Kekhawatiran sebagian masyarakat akan adanya intervensi internasional oleh ICC kedalam hukum nasional Indonesia akan terjawab dengan uraian mengenai prinsip komplementer yang merupakan prinsip fundamental dari keberlakuan ICC dalam suatu negara.

Prinsip yang secara jelas menyatakan bahwa ICC tidak berfungsi untuk menggantikan pengadilan nasional suatu negara melainkan sebagai mekanisme pelengkap ketika negara tidak mau (*unwilling*) dan tidak mampu (*unable*) melaksanakan kewajiban penghukuman terhadap pelaku kejahatan yang termasuk dalam yurisdiksi ICC. ICC justru memiliki tujuan utama untuk mengefektifkan sistem hukum nasional suatu negara.

Selain itu, Statuta Roma bukan hanya memuat instrumen internasional HAM (*human rights international instrument*), melainkan juga instrumen hukum pidana internasional (*international criminal law*) yang esensinya, mengatur penyidikan, penuntutan, dan pemeriksaan pengadilan atas kejahatan internasional (*international crimes*) yang merupakan kejahatan menurut hukum internasional (*crimes under international law*).

Sebagai instrumen internasional yang juga merupakan instrumen yang melindungi sejumlah HAM, Statuta Roma turut memperkuat jaminan dihormati dan dilindunginya HAM, serta dijunjungnya prinsip-prinsip HAM yang sudah dimuat dalam instrumen-instrumen HAM, internasional, regional, ataupun nasional. Oleh karena itu, menjadi pihaknya RI pada Statuta Roma akan makin meningkatkan citra dan komitmen bangsa Indonesia untuk tidak saja mengambil bagian dalam upaya komunitas internasional, untuk melawan dan mencegah kejahatan paling serius, melainkan juga menegaskan komitmen nasional dan internasionalnya untuk menjunjung tinggi dan melindungi HAM.

Pengalaman Indonesia dalam menegakkan hukum HAM yang menemui banyak hambatan dalam instrumen

hukum, aparat penegak hukum serta sarana dan prasarana yang tidak memadai, menjadikan ratifikasi terhadap Statuta Roma menjadi sangat penting untuk mendorong Indonesia segera membenahi berbagai kekurangan dan kelemahan-kelemahan tersebut.

Dengan meratifikasi Statuta Roma, maka dengan sendirinya mendorong dilakukannya penggantian terhadap UU No. 26 Tahun 2000 mengingat yurisdiksi UU ini hanya dua jenis kejahatan, yaitu genosida dan kejahatan kemanusiaan, dan belum mencakup kejahatan perang dan agresi. Sekiranya sampai dirancangnya undang-undang perubahan atau undang-undang pengganti UU No. 26 Tahun 2000, Majelis negar-negara pihak pada Statuta Roma, sesuai dengan Pasal 123, belum juga berhasil mencapai kesepakatan tentang definisi istilah "kejahatan agresi", maka undang-undang perubahan atau undang-undang pengganti UU No. 26 Tahun 2000 dapat mencantumkan ketentuan yang esensinya menyatakan bahwa yang dimaksud dengan "kejahatan agresi" menurut undang-undang ini akan ditetapkan lebih lanjut dengan undang-undang (yang pada hakikatnya akan merupakan undang-undang perubahan atas undang-undang yang bersangkutan).

Patut ditambahkan, agar tujuan ratifikasi Statuta Roma bagi penegakkan hukum HAM di Indonesia tercapai, maka harus segera diikuti dengan pengesahan aturan implementasi dari Statuta Roma tersebut. Hal ini penting agar aturan-aturan dalam Statuta Roma bisa segera berlaku efektif menjadi bagian dari hukum nasional di Indonesia. Karena, walaupun proses peratifikasian suatu konvensi internasional merupakan wujud terikatnya suatu negara terhadap aturan dalam konvensi internasional tersebut, namun seringkali aturan-aturanya tidak dapat diterapkan langsung ke dalam lingkup teritorial suatu negara. Artinya harus ada proses transformasi atau penjabaran aturan dalam konvensi internasional dalam hal ini Statuta Roma ke dalam hukum (pidana) nasional Indonesia dengan cara membuat aturan implementasinya.

3. Politik Hukum Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (HESB)

a. Responsivitas UUD 1945

Deklarasi Universal HAM (*Universal Declaration of Human Rights*) sejak diadopsi tahun 1948 telah mengafirmasikan betapa penting dan fundamental terpenuhinya dua macam kebebasan bagi umat manusia, yaitu *freedom of want* (hak-hak sipil dan hak-hak politik) dan *freedom from need* (hak-hak ekonomi dan sosial). Sementara fakta di lapangan menunjukkan bahwa semenjak berakhirnya Perang Dunia II, lebih banyak orang meninggal akibat malnutrisi, kelaparan, dan wabah penyakit ketimbang gabungan jumlah keseluruhan korban berbagai perang yang terjadi dan korban berbagai rezim represif yang secara sistematis melanggar hak-hak sipil dan hak-hak politik warganya demi mempertahankan kekuasaan mereka.

Pemenuhan HESB baru menjadi perbincangan serius belakangan ini di dalam konteks wacana HAM di Indonesia, khususnya yang berkaitan dengan hak pangan, pendidikan, pekerjaan dan perumahan, setelah rezim otoritarian berakhir. Meskipun dalam kenyataan, semua rezim demokratis yang muncul setelah tumbang rezim otoritarian masih tetap menempatkan HSP sebagai prioritas perubahan dalam konstitusinya, tidak terkecuali Indonesia.

Prioritas pada HSP memang lazim dilakukan oleh pemerintahan pengganti, selain sebagai koreksi terhadap konsep dan praktik sistem kekuasaan otoritarian yang memang mengabaikan HSP, sekaligus sebagai pondasi bagi bangunan sistem politik demokratis yang akan dibangun. Berbeda dengan HESB, tidak sedikit rezim otoritarian yang justru memenuhi HESB dengan baik sekalipun merampas HSP, karena terma ekonomi dan pembangunan digunakan sebagai alat legitimasi rezim. Singapura, China, dan negara-negara di Timur Tengah adalah beberapa contoh negara tidak demokratis, tetapi sangat memperhatikan HESB, terutama hak sosial dan ekonomi.

Berbeda dengan Indonesia, semenjak merdeka, atau bahkan semenjak masa penjajahan, rakyat Indonesia tidak menikmati kedua hak tersebut sekaligus. Di era penjajahan, era Orde Lama dan Orde Baru HSP diberangus sementara HSEB tidak diberikan. Kedua hak itu hanya dinikmati oleh segelintir elite penguasa dan atau segelintir orang kaya. Tidak berlebihan apabila dikatakan bahwa mayoritas rakyat Indonesia hingga sekarang ini belum pernah menggenggam kemerdekaan sipil, kemerdekaan politik, kemerdekaan sosial, dan kemerdekaan ekonomi.

Di era reformasi, kedua hak tersebut didesakkan oleh kekuatan pro demokrasi untuk secara simultan diatur dan dicapai pemenuhannya, karena selain secara empiris kedua hak tersebut terabaikan dalam masa yang panjang, juga tidak mungkin memprioritaskan HSP dengan mengabaikan HESB. Mengabaikan HESB sama dengan membuka potensi terabaikannya HSP, atau minimal menimbulkan diskriminasi berkaitan dengan perbedaan kemampuan mengakses HSP.

Hak ekonomi dan sosial itu merupakan HAM yang sangat strategis untuk segera diperjuangkan dan dipenuhi terutama bagi negara berkembang, termasuk Indonesia, dibandingkan dengan hak sipil dan hak politik. Dengan kaitan itu Robertson, menegaskan sebagai berikut:

"Civil and political rights may be fundamental, be they cannot be enjoyed on an empty stomach. Talk to holocaust survivors, and they will tell you that racial discrimination, slavery and loss of liberty were not their immediate concern....., but rather an aching and allenveloping hunger. Of course, starvation was inflicted as a consequence of an inhuman racist policy, but it endangered their right to life more directly than depriving them of civil liberties".⁴⁰

⁴⁰ Geoffrey Robertson, "Crimes Against Humanity": The Struggle for Global Justice"; Penguin Book, 2000; hlm. 157.

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, politik hukum HAM era reformasi, khususnya terhadap HSP dan HESB telah dimasukkan kedalam UUD 1945 perubahan pada sejumlah pasal. HSP memang diatur dalam banyak pasal, tegas dan terperinci, bahkan telah ditindaklanjuti kedalam pelbagai peraturan perundang-undangan yang lebih rendah.⁴¹ Sementara HESB, sekalipun masih terbatas, tetapi jauh lebih maju dibandingkan dengan UUD 1945 sebelum perubahan.

Dari pelbagai aspek hak yang diatur dalam Konvensi HESB, hak atas pendidikan⁴² sebagai salah satu hak dasar manusia dan warganegara diatur imperatif karena menekankan ketentuan khusus mengenai konsekuensi hak yang menimbulkan kewajiban pada pemerintah untuk menanggung beban biaya pendidikan. Pemerintah bahkan harus memprioritaskan anggaran pendidikan sekurang-kurangnya 20% (dua puluh persen) dari anggaran pendapatan dan belanja negara, serta dari anggaran pendapatan dan belanja daerah untuk memenuhi kebutuhan penyelenggaraan pendidikan nasional (Pasal 31 ayat 4).

Di luar hak atas pendidikan, UUD 1945 juga mengatur hak warga negara atas pekerjaan dan penghidupan yang layak bagi kemanusiaan,⁴³ hak untuk memiliki keturunan,⁴⁴ hak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja,⁴⁵ hak memilih pekerjaan,⁴⁶ hak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat

tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan,⁴⁷ hak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat,⁴⁸ hak bagi fakir miskin dan anak-anak terlantar dipelihara oleh negara,⁴⁹ hak mendapatkan sistim jaminan sosial bagi seluruh rakyat dan memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan,⁵⁰ hak atas penyediaan fasilitas pelayanan kesehatan dan fasilitas pelayanan umum yang layak dari pemerintah.⁵¹

Melengkapi ketentuan-ketentuan yang termuat dalam UU No. 39 tahun 1999 dan dalam UUD 1945, Indonesia juga telah meratifikasi Konvensi HESB melalui UU No. 11 Tahun 2005, dan terakhir UU No. 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional.

Urgensi pemenuhan dan perlindungan HESB setidaknya tercakup dalam tiga hal. *Pertama*, HESB mencakup berbagai masalah paling utama yang dialami manusia sehari-hari: makanan yang cukup, pelayanan kesehatan, dan perumahan adalah diantara kebutuhan pokok (*basic necessities*) bagi seluruh umat manusia. Realitasnya banyak manusia di seluruh penjuru dunia yang tidak mempunyai akses terhadap kebutuhan pokok mereka, jangankan mempengaruhi kebijakan penguasa tentang survival mereka sehari-hari.⁵²

⁴¹ Bab-bab sebelumnya telah menyebutkan dan menjelaskan pelbagai produk peraturan perundang-undangan HSP di era reformasi.

⁴² Pasal 31: (1) Setiap warga negara berhak mendapat pendidikan, (2) Setiap warga negara wajib mengikuti pendidikan dasar dan pemerintah wajib membiayainya

⁴³ Pasal 27 (2)

⁴⁴ Pasal 28B ayat (1)

⁴⁵ Pasal 28D (2)

⁴⁶ Pasal 28E (1)

⁴⁷ Pasal 28H (1)

⁴⁸ Pasal 28H (3)

⁴⁹ Pasal 34 (1)

⁵⁰ Pasal 34 (2)

⁵¹ Pasal 34 (3)

⁵² Perlindungan, penghormatan dan pemenuhan HESB membutuhkan pemerintah dan aktor-aktor non-negara yang berpengaruh lainnya untuk memastikan masyarakat mempunyai akses pada kebutuhan pokok bahan pangan, layanan kesehatan, dan perumahan, dan memastikan mekanisme yang demokratis dimana masyarakat bisa menyampaikan pendapat pada

Kedua, HESB tidak bisa dipisahkan dengan HAM yang lainnya. Interdependensi HAM adalah realitas yang tidak bisa dihindari saat ini. Hak untuk memilih dan kebebasan mengeluarkan pendapat, misalnya, tidak akan banyak artinya bagi mereka yang berpendidikan rendah karena pendapatan mereka tidak cukup untuk membiayai sekolah.

Ketiga, HESB mengubah kebutuhan menjadi hak. Seperti yang sudah diulas diatas, atas dasar keadilan dan martabat manusia, hak ekonomi sosial budaya memungkinkan masyarakat menjadikan kebutuhan pokok mereka sebagai hak yang harus diklaim (*rights to claim*) dan bukannya sumbangan yang didapat (*charity to receive*).

Tantangan Indonesia di era desentralisasi adalah potensi terjadinya pelanggaran HESB yang besar, baik karena kesengajaan (*crime by commission*), karena pembiaran (*crime by*

pembuatan atau terhadap kebijakan yang mempengaruhi kehidupan mereka. Yang juga dibutuhkan adalah sistem hukum yang memungkinkan aparat negara mempertanggungjawabkan kebijakan pembangunan beserta prioritasnya kepada konstituen mereka, yaitu masyarakat. Ini berarti termasuk melakukan review terhadap legislasi dan praktik administratif; mendorong pendidikan publik dan program informasi; melakukan penyelidikan atas segala pengaduan tentang pelanggaran yang terjadi; serta melakukan dengar pendapat demi tercapainya pemenuhan hak ekonomi dan sosial di seluruh wilayah negara, atau paling tidak di beberapa wilayah prioritas. Mengupayakan terjaminnya hak untuk memperoleh jaminan kesejahteraan ekonomi—dalam artiannya yang luas, yang meliputi juga prakondisinya yang sosial dan kultural—negara beserta para pejabatnya tidak lagi berperan sebagai *watchdog* dengan *hands-off policy*-nya. Negara beserta para pejabatnya harus sanggup bertindak secara positif, untuk secara proaktif mengintervensi proses, sedemikian rupa sehingga situasi kehidupan menjadi cukup kondusif bagi setiap manusia warga negara/masyarakat untuk dapat mengupayakan dan memperoleh apa yang menjadi haknya menurut ketentuan konstitusi dan kovenan yang ada.

omission) maupun karena dimediasi (*mediated crime*). Tindakan sengaja bisa terjadi apabila pemerintah atau pemerintah daerah secara sengaja membiarkan rakyatnya tidak memperoleh hak-hak dasarnya untuk hidup dan melangsungkan kehidupan sehingga tetap miskin, terbelakang, tidak sehat dan tidak berpendidikan.

Tindakan pembiaran (*omission*) terjadi apabila pemerintah pusat dan atau daerah tidak mengambil tindakan atau diam atas suatu keadaan padahal bisa melakukan tindakan itu, maka pemerintah telah melakukan pelanggaran HAM karena pembiaran. Penduduk yang menderita kelaparan, gizi buruk, atau tidak berpendidikan, dan pemerintah diam atas itu; lebih-lebih apabila negara atau daerah bersangkutan memiliki kekuatan ekonomi untuk melakukannya, maka pemerintah telah melakukan kejahatan atau kekerasan karena pembiaran (*crime/violence by omission*).

Kebalikan dari *violence by omission* atau *crime by omission* adalah *mediated violence* atau *mediated crime* (kekerasan/kejahatan karena dimediasi) adalah hasil dari intervensi manusia atau pemerintah secara sengaja terhadap lingkungan alam atau sosial yang membawa pengaruh secara tidak langsung pada manusia lain. Pengaruhnya memang tidak langsung dan segera dirasakan, tetapi dalam waktu tertentu dampak itu akan dirasakan. Eksploitasi alam, penebangan hutan misalnya adalah jenis tindakan *mediated crime*,⁵³ yang dalam rentang waktu tertentu mendatangkan bencana banjir, longsor dan seterusnya.

b. Kebutuhan ke Depan

Politik hukum HESB ke depan adalah menterjemahkan imperatif-imperatif Konstitusi kedalam undang-undang

⁵³ Uraian menarik tentang *mediated crime* dapat dibaca dalam, Jamil Salmi, *Violence and Democratic Society, Holiganisme dan Masyarakat Demokrasi*, Pilar Humania, Yogyakarta, 2005.

organik di satu sisi, serta menjadikan HESB memiliki kekuatan hukum untuk digugat pemenuhannya. Komite Ecosoc PBB tahun 1998 telah mengeluarkan beberapa komentar umum (*General Comments*) yang secara langsung memberikan bahasan terhadap isu status hukum (*justiciability*) serta perlunya pengaturan penyelesaian secara hukum atas pelanggaran HESB melalui peraturan HAM di tingkat domestik.

Dalam *General Comment* No. 9 tentang penerapan HESB di tingkat domestik, Komite menyanggah pendapat yang menyatakan bahwa hak ekonomi dan sosial secara inheren tidak cocok untuk diterapkan melalui *judicial enforcement*, dan sekaligus mengesahkan suatu standar dimana negara disyaratkan untuk menyediakan mekanisme penyelesaian hukum dalam dua cara: melakukan interpretasi yang konsisten dari hukum domestik agar sesuai dengan standar Kovenan HESB khususnya dalam hal kesetaraan dan non-diskriminasi, serta melalui pengesahan peraturan untuk membentuk mekanisme penyelesaian hukum atas pelanggaran HESB yang terjadi.

Komite kemudian mengesahkan tiga prinsip dasar pemenuhan, berdasarkan kesepakatan tentang tanggung jawab negara untuk menyediakan mekanisme penyelesaian hukum atas pelanggaran HESB.

Pertama, langkah apapun yang dilakukan suatu negara haruslah cukup untuk memberikan dampak bagi hak-hak yang tercantum dalam kovenan HESB. Khusus untuk memenuhi pengaturan tentang prinsip non-diskriminasi dalam Kovenan, maka penerapan aturan hukum (*judicial enforcement*) tidak bisa tidak harus dilaksanakan.

Kedua, perlindungan atas HESB harus setara dan menjadi bagian integral dari upaya perlindungan atas hak-hak politik. Meskipun langkah-langkah yang diambil berbeda dengan langkah-langkah yang diambil untuk menjamin perlindungan HSP.

Ketiga, Komite mengusulkan agar prinsip-prinsip HESB yang tercantum dalam Kovenan, diadopsi ke dalam sistem hukum domestik, baik melalui ratifikasi maupun di absorbir ke dalam peraturan perundang-undangan yang sudah berlaku. Tujuannya, agar memungkinkan individu menggunakannya dalam litigasi di pengadilan.

Selama ini telah terbangun suatu persepsi populer yang mengontraskan HSP dan HESB. Kedua kategori hak ini dikontraskan secara diametral. HESB digambarkan sekedar sebagai statemen politik, sementara HSP dikategorikan sebagai hak yang riil. Kedua kategori hak ini, diatur dalam masing-masing kovenan, dan memang menggunakan formulasi hukum yang berbeda. Kalau HESB menggunakan formulasi "... *undertakes to take steps, ... to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant ...*".⁵⁴ Dipihak lain, HSP menggunakan: "... *undertakes to respect and to ensure to all individual within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant ...*".⁵⁵ Formulasi hukum yang berbeda ini dijadikan dasar untuk menarik garis pembeda yang tajam antara kedua kovenan tersebut.

Perbedaan tajam yang dibuat itu adalah dengan mengatakan HESB merupakan hak-hak positif (*positive rights*), sementara HSP dikatakan sebagai hak-hak negatif (*negative rights*).⁵⁶ Dikatakan positif, karena untuk merealisasi hak-hak yang diakui di dalam kovenan tersebut diperlukan keterlibatan negara yang besar. Negara di sini haruslah berperan aktif

⁵⁴ Selengkapnya lihat pasal 2 (1) Kovenan Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.

⁵⁵ Selengkapnya lihat pasal 2 (1) Kovenan Hak-hak Sipil dan Politik.

⁵⁶ Lihat Vierdag, "The Legal Nature of the Rights Granted by the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Netherlands Yearbook of International Law* 1978, 69-105.

(*obligation to do something*). Sebaliknya dikatakan negatif, karena negara harus abstain atau tidak bertindak dalam rangka merealisasikan hak-hak yang diakui di dalam kovenan. Peran negara di sini haruslah pasif (*obligation not to do something*). Makanya hak-hak negatif itu dirumuskan dalam bahasa "*freedom from*" (kebebasan dari), sedangkan hak-hak dalam kategori positif dirumuskan dalam bahasa "*rights to*" (hak atas). Sebagai hak-hak positif, maka HESB tidak dapat dituntut di muka pengadilan (*non-justiciable*). Sebaliknya dengan hak sipil dan hak politik, sebagai hak-hak negatif ia dapat dituntut di muka pengadilan.

Disamping membedakannya dengan cara positif dan negatif tersebut, juga dibuat perbedaan secara ideologis. HESB dikatakan bermuatan ideologis, sementara HSP non-ideologis. Artinya HESB hanya dapat diterapkan pada suatu sistem ekonomi tertentu, sedangkan HSP dapat diterapkan untuk semua sistem ekonomi atau pemerintahan apapun. Atau dalam kata-kata Philip Alston dan Gerald Quinn,⁵⁷

"... *civil and political rights are seen as essentially non-ideological in nature and are potentially compatible with most system of government. By contrast, economic, social and cultural rights are often perceived to be of a deeply ideological nature, to necessitate an unacceptable degree of intervention in the domestic affairs of states, and to be inherently incompatible with a free market economy.*".

Berdasarkan kajian-kajian mutakhir HESB, tidak sepenuhnya merupakan hak-hak positif. Sebab cukup banyak hak-hak yang diakui di dalamnya menuntut negara agar tidak mengambil tindakan (*state obligation not to do something*) guna

melindungi hak tersebut. Hal ini dapat kita lihat pada klausul-klausul seperti hak berserikat, hak mogok, kebebasan memilih sekolah, kebebasan melakukan riset, larangan menggunakan anak-anak untuk pekerjaan berbahaya, dan seterusnya, yang terdapat di dalam HESB. Ketentuan-ketentuan itu menunjukkan dengan gamblang, bahwa yang diatur di dalam HESB bukan hanya hak-hak dalam jenis "*rights to*", tetapi juga hak-hak dalam jenis "*freedom from*".

Frasa *undertakes to take steps, to achieve progressively* dan *to maximum of its available resources* pada pasal 2(1) HESB harus dilihat sebagai ketentuan yang memiliki hubungan yang dinamis dengan semua pasal lainnya.⁵⁸ Hakikat kewajiban hukum yang timbul dari pasal ini bukan hanya menuntut negara berperan aktif, tetapi juga menuntut negara tidak mengambil tindakan (pasif).

Oleh sebab itu, tidak tepat membedakan tanggung jawab negara di bidang HESB kedalam *obligation of conduct* dan *obligation of result*. Kedua kewajiban itu merupakan kewajiban yang sekaligus harus dipikul oleh negara dalam pelaksanaan HESB. Untuk mencukupi kebutuhan pangan misalnya, negara harus mengambil langkah-langkah dan kebijakan yang tepat agar tujuan mencukupi pangan tersebut

⁵⁷ Philip Alston dan Gerald Quinn, "The Nature and Scope of States Parties Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol 9, May, 1987, No. 2.

⁵⁸ Salah seorang sarjana yang memberi perhatian besar terhadap frasa-frasa kontroversial itu adalah Robert E. Robertson. Dalam tulisannya yang mengulas frasa '*maximum available resources*', Robertson menunjukkan betapa tidak mudahnya memahami bahasa yang digunakan CESC. Katanya, "*It is a difficult phrase - two warring adjectives describing an undefined noun. 'Maximum' stands for idealism; 'available' stands for reality. 'Maximum' is the sword of human rights rhetoric; 'available' is the wiggle room for the State.*" Lihat, Robert E. Robertson, "Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "Maximum Available Resources" to Realizing Economic, Social and Cultural Rights," *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, November 1994, hlm.694.

berhasil (*obligation of result*). Tetapi dalam waktu yang bersamaan, negara juga tidak diperbolehkan mengambil tindakan yang menyebabkan seseorang kehilangan kebebasan memilih pekerjaan atau sekolah (*obligation of conduct*).

Prinsip-prinsip Limburg yang disusun oleh para ahli hukum internasional yang didesain untuk memberi pedoman dalam mengimplementasikan HESB, berusaha meletakkan arah baru dalam melihat tanggung jawab negara dalam konteks HESB, yaitu dengan tidak memandangnya melulu bersifat positif. Paragraf ke-16 Prinsip-prinsip Limburg itu menyatakan:

"All States parties have an obligation to begin immediately to take steps towards full realization of the rights contained in the Covenant."

Selanjutnya pada paragraf ke-22, ditegaskan lagi:
"Some obligations under the Covenant require immediate implementation in full by all States parties, such as the prohibition of discrimination in article 2(2) of the Covenant."

Dengan demikian, meskipun HESB menetapkan pencapaian secara bertahap dan mengakui realitas keterbatasan sumberdaya yang tersedia di satu sisi, pada sisi lain ia juga menetapkan berbagai kewajiban yang memiliki efek segera (*immediate effect*). Itu artinya HESB tidak lagi dapat dikualifikasi sebagai "bukan merupakan hak yang sebenarnya" atau sekadar "pernyataan politik". Sama seperti HSP, ia juga merupakan hak yang sebenarnya yang juga dapat dituntut pemenuhannya melalui pengadilan (*justiciable*). Terutama untuk hak-hak yang diatur pada Pasal 3,⁵⁹ 7 (a) huruf

⁵⁹ Negara pihak pada Kovenan ini berjanji untuk menjamin hak yang sama antara laki-laki dan perempuan untuk menikmati semua hak-hak ekonomi, sosial dan budaya yang tercantum dalam Kovenan ini.

(i),⁶⁰ 8,⁶¹ 10 (3),⁶² 13 (2),⁶³ (3)⁶⁴ dan (4),⁶⁵ HESB.

⁶⁰ "...Negara pihak pada Kovenan ini mengakui hak setiap orang untuk menikmati kondisi kerja yang adil dan menguntungkan, dan khususnya menjamin (a) imbalan yang memberikan semua pekerja sekurang-kurangnya: (i) upah yang adil dan imbalan yang sesuai dengan pekerjaan senilai tanpa perbedaan dalam bentuk apapun, khususnya bagi perempuan harus dijamin kondisi kerja yang tidak lebih rendah daripada yang dinikmati laki-laki dengan upa yang sama untuk pekerjaan yang sama...".

⁶¹ Negara pihak pada Kovenan ini berjanji untuk menjamin: (a) hak setiap orang untuk membentuk serikat pekerja dan bergabung dalam serikat kerja pilihannya sendiri, berdasarkan peraturan organisasi yang bersangkutan, demi memajukan dan melindungi kepentingan ekonomi dan sosialnya. Pembatasan dalam pelaksanaan hak ini tidak diperbolehkan dalam suatu masyarakat demokratis demi kepentingan keamanan nasional atau ketertiban umum, atau untuk perlindungan hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain; (b) hak setiap pekerja untuk membentuk federasi-federasi atau konfederasi-konfederasi nasional untuk membentuk atau bergabung dengan organisasi pekerja internasional; (c) hak serikat pekerja untuk bertindak bebas, yang tidak dapat dikenai pembatasan-pembatasan apapun selain yang ditentukan oleh hukum, dan yang diperlukan dalam suatu masyarakat demokratis untuk kepentingan keamanan nasional atau ketertiban umum, atau untuk perlindungan hak-hak dan kebebasan-kebebasan orang lain; (d) hak untuk melakukan pemogokan, asalkan pelaksanaannya sesuai hukum negara yang bersangkutan.

⁶² "...Langkah-langkah khusus untuk perlindungan dan bantuan harus diberikan demi kepentingan semua anak dan remaja, tanpa diskriminasi apapun berdasarkan keturunan atau keadaan-keadaan lain. Anak-anak dan remaja harus dilindungi dari eksploitasi ekonomi, sosial. Pemanfaatan mereka dalam pekerjaan yang merugikan moral atau kesehatan, atau yang membahayakan kehidupan mereka, atau yang sangat mungkin menghambat perkembangan mereka secara wajar, harus dikenai sanksi hukum. Negara-negara juga harus menetapkan batas umur

mempekerjakan anak di bawah umur tersebut dengan imbalan, harus dilarang dan dikenai sanksi hukum

⁶³ Negara-negara pihak Kovenan ini mengakui bahwa untuk mengupayakan realisasi hak itu secara penuh: (a) pendidikan dasar diwajibkan dan tersedia secara Cuma-Cuma bagi semua orang; (b) pendidikan lanjutan dalam berbagai bentuknya termasuk pendidikan teknik dan kejuruan tingkat menengah pada umumnya harus tersedia dan terbuka bagi semua orang dengan segala cara yang layak dan terutama melalui pengenalan pendidikan Cuma-Cuma secara bertahap; (c) pendidikan tinggi harus tersedia bagi semua orang secara merata atas dasar kemampuan, dengan segala cara yang layak khususnya melalui pengadaan pendidikan Cuma-Cuma secara bertahap; (d) pendidikan dasar harus sedapat mungkin didorong atau ditingkatkan bagi orang-orang yang belum mendapatkan atau belum menyelesaikan pendidikan dasar mereka; (e) Pengembangan suatu sistem sekolah pada semua tingkatan harus secara aktif diupayakan, suatu sistem beasiswa yang memadai harus dibentuk dan kondisi-kondisi materiil staf pengajar harus terus menerus diperbaiki.

⁶⁴ Negara Pihak pada Kovenan ini berjanji untuk menghormati kebebasan orang tua dan wali yang sah, bila ada, untuk memilih sekolah bagi anak-anak mereka selain yang didirikan oleh lembaga pemerintah, sepanjang memenuhi standar minimal pendidikan sebagaimana ditetapkan atau disetujui oleh negara yang bersangkutan, dan untuk memastikan bahwa pendidikan agama dan moral anak-anak mereka sesuai dengan keyakinan mereka.

⁶⁵ Tidak satupun ketentuan dalam Pasal ini yang dapat ditafsirkan sebagai pembenaran untuk mencampuri kebebasan individu dan badan-badan untuk mendirikan dan mengurus lembaga-lembaga pendidikan sepanjang prinsip-prinsip yang dikemukakan ayat 1 Pasal ini selalu diindahkan, dan dengan syarat bahwa pendidikan yang diberikan dalam lembaga-lembaga itu memenuhi standar minimum yang ditetapkan oleh Negara.

Hak-hak dalam pasal-pasal HESB tersebut bersifat *justiciable*, yang dapat dituntut di muka pengadilan nasional masing-masing negara. Argumen *maximum available resources* atau *progressive realization* tidak dapat digunakan untuk mengesampingkan pemenuhan segera hak-hak tersebut. Negara Indonesia telah pula mengaturnya dalam konstitusi (UUD 1945 amandement ke-4) pasal 28C; 28H; 34 ayat (2), sedangkan dalam UU No. 39 Tahun 1999 terdapat dalam Pasal 41 ayat (1) dan (2), 42, 53 ayat (1), 54, 57, 62, 64.

Langkah legislasi di tingkat nasional lebih lanjut sangat diperlukan, selain untuk mengidentifikasi aktor-aktor yang bertanggung jawab dalam pelaksanaan HESB juga untuk menjadikan hak tersebut *justiciable*. Upaya menjadikan HESB *justiciable* HESB semakin memiliki landasan hukum setelah Indonesia meratifikasi Kovenan HESB melalui UU No. 11 tahun 2005.

Dengan meratifikasi Kovenan ini maka negara wajib merumuskan langkah-langkah konkrit perbaikan kondisi pemenuhan dan perlindungan HESB yang minimum kepada rakyatnya.⁶⁶ Perumusan langkah itu adalah melakukan *review* terhadap semua perundang-undangan, regulasi dan kebijakan yang menghambat pelaksanaan konvensi. Dan yang lebih penting lagi adalah melakukan relokasi sumber daya yang dimiliki negara (dalam kondisi tingkat ekonomi apapun), untuk memprioritaskan kebijakan penghapusan kemiskinan dan pemenuhan kebutuhan minimum/di tingkat subsistensi kepada kelompok rakyat miskin baik di pedesaan dan di perkotaan, kelompok masyarakat adat dan minoritas.

⁶⁶ Dalam komentar umum Komite Pemantau Hak EKOSOB PBB No. 3 (General comment No. 3 Tahun 1990) alinea 10 ditegaskan apa yang disebut sebagai "*minimum core obligation*" (kewajiban negara utk memenuhi kebutuhan minimum di biang ekosob). Sebelumnya persoalan lingkup dan kewajiban negara ini juga dituangkan dalam *Limburg Principle* juni 1986 *on the implementation of the international Covenant on economic, social and cultural rights*.

Beberapa prinsip konseptual yang harus diterapkan dalam pelaksanaan HESB adalah:

- kewajiban negara untuk mengambil langkah-langkah konkrit dengan segala cara termasuk kebijakan mengadopsi legislasi,
- kewajiban negara untuk mencapai kesejahteraan secara progresif dengan menggunakan secara maksimal sumber daya yang ada,
- menggalang kerjasama internasional untuk mendapatkan bantuan teknis dan kerjasama pembangunan,
- kewajiban negara untuk segera menerapkan *justiciability* beberapa HESB yang ada dalam konvensi,
- kewajiban negara menghindari kebijakan yang regresif (kebijakan yang mempunyai implikasi luas pada pemenuhan HESB)⁶⁷.

Upaya *justiciability* atas pelanggaran HESB telah banyak dikenal di berbagai negara anggota PBB dari tingkat perkembangan demokrasi dan ekonomi yang berbeda-beda seperti Prancis, Kanada, Finland (negara maju) dan Afrika Selatan, Philipina, India (negara berkembang). Dalam workshop sub-regional wilayah Asia Tenggara yang diorganisir oleh kantor komisi tinggi HAM PBB, mempertemukan hakim dan pembela di wilayah ini di tahun 2004, antara lain disepakati bahwa pengingkaran terhadap kemungkinan untuk melakukan *judicial review* terhadap kasus-kasus pelanggaran HESB pada dasarnya bertentangan dengan prinsip *rule of law* dan prinsip tidak terpisahkan, ketergantungan dan keterkaitan dari semua nilai HAM.⁶⁸

⁶⁷ Uraian lengkap mengenai kewajiban Negara ini dapat dilihat di *Economic, Social and Cultural rights: Handbook for National Human Rights Institution*, Professional Training No. 12, UN New York and Geneva, 2005, hlm. 9-28.

⁶⁸ Dokumen Komisi HAM PBB No. E/CN.4/2006/100/add.1 tanggal 13 desember 2006.

Berdasarkan penjelasan di atas, maka hukum HAM yang harus dibuat di bidang ini adalah: *Pertama*, melakukan perubahan Kelima terhadap UUD 1945 dengan merevisi Pasal dan ayat tentang HESB serta memasukkan pengaturan baru, yaitu:

- (i) Menegaskan ideologi UUD 1945 di bidang pemenuhan dan perlindungan HESB ke arah negara sejahtera dengan menegaskan bahwa kesejahteraan sosial adalah HAM, khususnya warganegara. Penegasan ideologi UUD 1945 menuju negara sejahtera itu, harus tercermin secara formal dan substansial. Secara formal susunan pasal dan atau ayat tentang HESB harus berada dalam satu kesatuan bab dan pasal sehingga konstruksi hipotetis pasal-pasal dan atau ayat-ayat yang mengatur HESB menjadi jelas dan sistematis, tidak seperti yang ada sekarang, campur aduk antar HSP dan HESB dalam satu pasal atau satu ayat, padahal substansi keduanya berbeda. Pengaturan HAM dalam UUD 1945 tidak menunjukkan arah yang akan dituju, karena hanya menjabar berbagai macam hak. Secara substansial hak-hak yang telah dijabar dalam banyak pasal dan atau ayat-ayat itu diikuti dengan perintah pembuatan norma-norma pemenuhan dan perlindungannya secara ekspelisit. Hak-hak yang dimuat dalam Pasal 28-H misalnya lebih bersifat deklaratif, dan bukan konstitutif.
- (ii) Memasukkan ketentuan tentang larangan melakukan tindakan pembiaran sengaja atau tidak sengaja kepada negara, pemerintah, agen negara dan non-negara dalam perlindungan dan pemenuhan HESB. Ketentuan tentang hal tersebut memang patut di atur, karena tindakan pembiaran adalah salah satu bentuk pelanggaran HAM yang sering terjadi yang akibatnya bisa sangat besar bagi kelangsungan hidup dan kehidupan manusia. Membiarkan kelaparan, ancaman keselamatan warga oleh bencana alam, kekeringan, busung lapar, dan seterusnya padahal negara atau

pemerintah memiliki kewenangan, kekuasaan dan mampu melakukannya, tetapi tidak berbuat, akan sangat membahayakan kelangsungan hidup manusia dan warganegara.

Kedua, merevisi UU No. 39 Tahun 1999 tentang HAM dengan memasukkan pengaturan hal-hal berikut:

- (i) Memasukkan kewajiban kepada korporasi untuk ikut bertanggungjawab memenuhi dan melindungi HESB. Sekalipun sudah diatur dalam UU yang lain, tetapi pengaturan tentang ini di UU HAM sangat diperlukan karena UU ini adalah UU khusus tentang HAM sehingga memiliki bobot normatif yang lebih kuat. Substansi pengaturan bidang ini sangat urgen karena korporasi sesungguhnya memiliki kekuatan modal untuk ikut bertanggungjawab melakukan pemenuhan HAM dan perlindungan HAM. Pemenuhan HAM menyediakan lapangan kerja dengan gaji yang layak untuk hidup dan melangsungkan kehidupan. Demikian pula memiliki kemampuan untuk melindungi dengan menjamin terpenuhinya hak-hak pekerjaanya, termasuk tidak diberhentikan, atau kalaupun diberhentikan ada jaminan pesangon yang manusiawi. Selain itu, dana *Corporate Social Responsibility* (CSR) yang dimiliki korporasi sudah seharusnya diberikan dengan paradigma pemenuhan dan perlindungan HAM sebagai hak kelompok marjinal dan tanggungjawab kemanusiaan, dan bukan hadiah, derma, atau *charity*.
- (ii) Memberikan kekuatan hukum "*legal standing*" bagi Komnas HAM untuk menuntut instansi terkait yang gagal atau mengabaikan rekomendasi yang diberikan oleh Komnas HAM tentang pelanggaran HESB. Revisi ini juga harus mengarah pada mekanisme penegakan norma-norma HAM yang telah tercantum dalam semua konvensi-konvensi HAM internasional yang telah di ratifikasi oleh Indonesia.

- (iii) Memasukkan ketentuan yang memungkinkan dibentuknya pengadilan yang mempunyai yurisdiksi untuk mengadili pelanggaran-pelanggaran HESB. Tersedianya mekanisme (pengadilan) untuk mengadili atau memperjuangkan perlindungan dan pemenuhan HESB adalah bagian dari pembentukan hukum responsif terhadap gagasan *justicibility* HESB.[]

Daftar Pustaka

Buku

- Adji Seno, Oemar, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, Cetakan kedua, 1985.
- Agung Yudha, Konstruksi Tindak Pidana Dalam Pelanggaran Berat Hak Asasi Manusia, *Makalah*, Tidak Dipublikasikan.
- Agustino, Leo, "Pemilihan Presiden Secara Langsung Untuk Indonesia", *Analisis CSIS*, No. 2, Tahun XXXI/2002.
- Alder, John, *Constitutional and Administrative Law*, M Macmillan, London, 1989,.
- Alkostar, Artidjo, "Hak Asasi Manusia dalam Prospek Penegakan Hukum Dewasa ini", disampaikan dalam *Dies Rede pada Sidang Terbuka Senat Universitas Islam Indonesia*, Panitia Dies Natalis UII ke-51 tanggal 29 September 1994.
- Amanwinata, Rukmana, "kemerdekaan Mengeluarkan Pikiran Dengan Tulisan Dalam Pasal 28 Undang-Undang Dasar 1945, *Tesis* pada Fakultas Pasca Sarjana Unpad, Bandung, 1988.
- Anderson, B. and Kahin, A (eds), *Interpreting Indonesian Politics: Thirteen Contributions to the Debate*, Cornell Modern Indonesia Project, Ithaca, 1992.
- Anwar, Dewi Fortuna, dkk, *Gus Dur Versus Militer, Studi Tentang Hubungan Sipil-Militer di Era Transisi*, PT. Grasindo, Jakarta, 2002.
- An-Naim, Abdullah Ahmed (Ed), *Human Rights in Cross Cultural Perspective: A Quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992.
- Anwar Fortuna, Dewi et.al, *Gus Dur versus Militer: Studi tentang Hubungan Sipil Militer di Era Transisi*, Gramedia Widiasarana, Jakarta, 2002.

- Arinanto, Satya, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.
- Attamimi, A. Hamid S., "Teori Perundang-Undangan Indonesia", *Pidato yang diucapkan pada upacara Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap Pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia di Jakarta pada tanggal 25 April, 1992*,
- Azhary Tahir, Muhammad, *Negara Hukum, Suatu Studi tentang Prinsip-Prinsipnya Dilihat dari segi Hukum Islam, Implementasinya pada periode Negara Madinah dan Masa Kini*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992
- Asshiddiqie, Jimly, *Gagasan Kedaulatan Rakyat dalam Konstitusi dan Pelaksanaannya di Indonesia*, PT. Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta, 1994
- _____, *Konstitusi dan Konstitusionalisme Indonesia*, Edisi Revisi, Konstitusi Press, Jakarta, 2005
- _____, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan Dalam UUD 1945*, Cet. Ke-2, FH UII Press, Yogyakarta, 2005.
- _____, "UUD 1945: Konstitusi Negara Kesejahteraan dan Realitas di Masa Depan", *Pidato Pengukuhan Guru Besar pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia*, Jakarta, 1998.
- _____, "Menyoal Moral Penegak Hukum", *Makalah disampaikan pada acara Seminar dalam rangka Lustrum XI Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada*, 17 Februari 2006.
- _____, *Hukum Tata Negara dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005
- Asrun, A Muhammad, *Krisis Peradilan Mahkamah Agung di Bawah Soeharto*, Elsam, Jakarta, 2004.
- Azhary, *Negara Hukum Indonesia: Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-Unsurnya*, UI Press, Jakarta, 1995.
- Bassiouni, M Cherif, *Crimes Against Humanity in the International Law*, Kluwer Law International, 1999.
- Berman, J, Harold, *Law and Revolution: The Formation of The Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983.
- Berger, Peter L. dan Thomas Luckman, *The Social Construction of Reality. A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Doubleday & Company, Inc. Garden City, New York, 1966.
- Berman, Harold J., *Law and Revolution: The Formation of The Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1983.
- Budiardjo, Miriam, *Dasar-Dasar-Dasar Ilmu Politik*, cet. 18, Gramedia, Jakarta, 1997.
- Budiman, Arief, *Teori Negara: Negara, Kekuasaan dan Ideologi*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1996.
- Budiman, Arief, Barbara Hatley and Damien Kingsbury (eds) *Reformasi: Crisis and Change In Indonesia*, Monas Asia Institute, Monash University, Clayton, 1999.
- Busroh Daud, Abu dan Abu Bakar Busroh, *Azas-Azas Hukum Tata Negara*, Ghalia Indonesia, Jakarta 1991.
- Bruggink, J.J.H. *Refleksi tentang Hukum*, terjemahan B. Arief Sidharta, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996,
- Capelletti, Mauro, *Judicial Review in the Contemporary World*, The Ballbs Merrill Company, Inc, New York, 1971.
- Chambliss, William J. and Robert B Seidman, *Law and Development*, Reading, Mass, Addition Wesley, 1972.
- Chambliss, William J. and Robert B Seidman, *Law and Development*, Reading, Mass, Addition Wesley, 1972
- C.M. Prent, J. Adisubrata, dan W.J.S. Poerwadarminta, *Kamus Latin-Indonesia*, Kanisius, Semarang, 1969, Gregorius Sahdan, *Jalan Transisi Demokrasi Pasca Soeharto*, Pondok Edukasi, Jakarta, 2004.
- D'Amato, Anthony, *Superior Orders vs Command Responsibility*, American Journal of International Law, edisi 80 (1986).
- Djarot, Erros (dkk), *Prabowo Sang Kontroversi: Kisah Penculikan, Isu Kudeta, dan Tumbanganya Seorang Bintang*, Media Kita, Jakarta, 2006
- Dahl, Robert A., *Polyarch: Participation and Opposition*, Yale University Press, New Haven, 1971.
- Dahl, Robert, *Perihal Demokrasi*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2001, K.C. Wheare, *Modern Constitution*, Oxford University Press, London, 1975
- David M Trubek and Marc Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development studies in the United States*, Wisconsin Law Review, 1974.
- Diamond, Lary, *Developing Democracy* (Terjemahan), IRE Press, Yogyakarta, 2003.
- Dimiyati, Khudzafah, *Teorisi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, Muhamadiyah University Press, Surakarta, Cet. 4, 2005.

- Dirdjosanjata, Pradjarta dan Nico L. Kana (Penyunting), *Demokrasi dan Potret Lokal Pemilu 2004*, Pustaka Percik, Salatiga, 2006.
- Dicey, A.V. *Introduction An Introduction to Study of the Law of the Constitution*, 10th edition, English Language Book Society and MacMillan, London, 1971.
- Dimiyati, Khudzaifah, *Teorisi Hukum: Studi tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, Muhamadiyah University Press, Surakarta, Cet. 4, 2005.
- Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, N.Y. Ithaca, 1989.
- Echols, John M. dan Hassan Shadily *Kamus Inggris Indonesia*, Gramedia, Jakarta, 1984 (Cet. XIII).
- Eckhardt, William, *Command Criminal Responsibility: A Plea for a Workable Standard*, Military Law Review, edisi 97 (1982).
- Effendy, Marwan, *Kejaksaan RI: Posisi dan Fungsinya Dari Perspektif Hukum*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2005.
- Enny Soeprapto, "Berbagai Permasalahan Dalam UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM dan Dampaknya Pada Proses Penyelidikan Sebagaimana Dimaksud Dalam Undang-Undang ini", *Kertas Kerja disampaikan pada Pertemuan Orientasi tentang Penyelidikan Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat menurut Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia*, GG House, Cipayung, Bogor, Jawa Barat, 21-23 November 2007,
-
- _____, *Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat Menurut UU No. 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM*, Makalah, disampaikan pada Lokakarya Penyusunan Ran-HAM 2003-2008, Hotel Sahid Raya, Yogyakarta, 8 April 2003, hlm. 8.
-
- _____, *Penyelidikan Pelanggaran HAM yang Berat Menurut UU No. 26 Tahun 2000 tentang pengadilan HAM*, Makalah yang disampaikan pada: (a) Pelatihan yang diselenggarakan oleh Mahkamah Agung RI, bekerja sama dengan Danish Institute for Human Rights dan Kedutaan Besar Denmark (di Jakarta) dengan tema "Indonesian Human Rights Courts: Judging International Crimes under Law 26/2000", Makassar, 31 Mei-2 Juni 2004; dan (b) Pelatihan tentang Pelanggaran HAM yang Berat, Pusat Pendidikan dan Pelatihan, Kejaksaan RI, Jakarta, 26 Mei-8 Juni 2004.
- Elgstrom, Ole and Goran Hyden (eds.), *Development and Democracy: What Have We Learn and How?*, Outledge, London, 2002.
- Fadjar, A. Mukhtie, *Reformasi Konstitusi Dalam Masa Transisi Paradigmatik*, In-TRANS, Malang, 2003.
- Feith, Herbert, *The Decline of Constitutional Democracy in Indonesia*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1962.
- Fukuyama, Francis, *Trust: Kebijakan Sosial dan Penciptaan Kemakmuran*, CV. Qalam, Yogyakarta, 2002.
- Fukuyama, Francis, *The End of History and the Last Man*, Free Press, New York, 1992.
- Gautama, Saudargo, *Pengertian tentang Negara Hukum*, Alumni, Bandung, 1983
- Gaffar, Afan, "Pembangunan Hukum dan Demokrasi", dalam buku, *Politik Pembangunan Hukum Nasional*, UII Press, Yogyakarta, 1992.
- Garuda Nusantara, Abdul Hakim, "Politik Hukum Nasional", *Makalah*, September 1985.
- Giddens, Anthony, *The Third Way: Jalan Ketiga Pembaruan Demokrasi Sosial*, Gramedia, Jakarta, 2002.
- Goldsworthy, David J. (ed), *Development and Social Change in Asia Introductory Essays*, Radio Australia-Monach Development Studies Centre, 1991.
- Goldman, Robert K., "Amnesty Law and International Law: A Specific Case", International Commission of Jurist, *Prosiding*, 1999.
- Greg, Russel, *Constitutionalism: America & Beyond*, Tersedia : di <http://usinfo.state.gov/products/pubs/democracy/dmpaper2.htm> (Diakses 14 September 2005).
- Gunther, Richard, Nikiforos Diamandouros dan Hans-Jürgen Puhle, *The Politics of Democratic Consolidation: Southern Europe in Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1995.
-
- _____, *Politik Indonesia Transisi Menuju Demokrasi*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2005.
- Habibie Jusuf, Bacharuddin, *Detik-Detik yang Menentukan: Jalan Panjang Indonesia Menuju Demokrasi*, THC. Mandiri, Jakarta, 2006.
- Hayner B, Priscilla, "Fifteen Truth Commissions 1975 to 1994: A Comparative Study", dalam, Neil J. Kritz (ed), *Transitional Justice, General Consideration*, Vol. I.
- Hart, David K. (Ed), *Perspectives in Political Philosophy: Machiavelli through Marx*, vol. 2, Holt, Rhineharts, and Winston, New York,

- 1971.
- Hadiwinata, Bob S. dan Christopher Schuck (eds), *Democracy in Indonesia, The Challenge of Consolidation*, Baden-Baden, Nomos, 2007.
- Harahap, Krisna, *Konstitusi Republik Indonesia Sejak Proklamasi Hingga Reformasi*, Grafitri Budi Utami, Jakarta, 2004.
- Hartono, Sunaryati, *Apakah the Rule of Law*, Alumni, Bandung, 1976.
- Hadjon M. Philipus, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia; Sebuah Studi Tentang Prinsip-Prinsipnya, Penerapannya oleh Pengadilan Dalam Lingkungan Peradilan Umum dan Pembentukan Peradilan Administrasi Negara*, Bina Ilmu, Surabaya, 1972.
- Haryanto, Ignatius, *Kejahatan Negara*, ELSAM, 1999.
- Hartono, C.F.G. Sunaryati, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991.
- Habermas, Jurgen, *Between Facts and Norm*, Polity Press, London, 1996.
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961.
- Hikam, AS., *Politik Kewarganegaraan Landasan Redemokratisasi di Indonesia*, Erlangga, 1999.
- Hunt, Alan "Explorations in Law and Society Toward Constitutive Theory of Law", Routhledge, New York, 1993
- Huntington, Samuel P., *The Third Wave: Democratization in the late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, 1991.
- Huntington, Samuel P. "Will More Countries Become Democratic?" *Political Science Quarterly*, 99, No. 2, tahun 1984.
- Hunt, Alan, "Explorations in Law and Society Toward Constitutive Theory of Law", Routhledge, New York, 1993.
- ICG (International Crisis Group), *Indonesia: Keeping The Military Under Control*, www.crisisweb.org/projects/asia/indonesia/reports/A400054_05092000.pdf (19 April 2001).
- ICW (Indonesian Corruption Watch), *Bisnis Militer Mencari Legitimasi*, ICW & NDI (National Democratic Institute), Jakarta, 2003.
- Indrayana, Denny, *Amandemen UUD 1945, Antara Mitos dan Pembongkaran*, Mizan, Bandung, 2007.
- IRE, *Menuju Pemilihan Umum Transformatif, Annual Report 2003/2004*.
- Isra, Saldi, 2002, "Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi: Memastikan Arah Reformasi Konstitusi", *Analisis CSIS*, Tahun XXXI/2002 No. 2.
- Jazuni, *Legislasi Hukum Islam di Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2005.
- Jenning, Ivor, *The Laws and the Constitutions*, University of London, London, 1960.
- Jowell, Jeffrey dan Dawn Oliver, eds., *The Changing Constitution*, 4th edition, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- Kasim, Ildhal dan Eddie Riyadi Terre (ed), *Pencarian Keadilan di Masa Transisi*, Elsam, Jakarta, 2003.
- _____, *Hak Sipil dan Politik Esai-Esai Pilihan*, Elsam, Jakarta, 2001.
- _____, Riyadi T., *Kebenaran vs Keadilan, Pertanggungjawaban Pelanggaran HAM di Masa Lalu*, Elsam, 2003.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Russel & Russel, New York, 1961
- _____, *Pure Theory of Law*, University of California Press, Berkeley, 1967
- King, Bali, *Empowering The President: Interest And Perception in Indonesian Constitutional Reform 1999-2002*, Ohio State University, 2004.
- Kusumaatmadja, Mochtar, "Pemantapan Cita Hukum dan Asas-Asas Hukum Nasional di Masa Kini dan Masa yang Akan Datang", *Makalah*, Jakarta, 1995.
- Kusumohamidjojo, Budiono, *Filsafat Hukum; Problemtika Ketertiban yang Adil*, Grasindo, Jakarta, 2004.
- Kusuma, RM A.B., *Lahirnya Undang-Undang Dasar 1945*, Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2004.
- Larry Diamond, *Developing Democracy, Toward Consolidation*, (terjemahan), IRE Press, Yogyakarta, 2003.
- Lev S, Daniel, Judicial Authority and the Struggle for an Indonesian Rechtsstaat, *Law and Society Review*, 13, 1978.
- Lipset, Seymour Martin, "Some Social Requisites of Democracy: Economic Development and Political Legitimacy," *American Political Science Review*, Vol. 53, 1959.
- Linz, Juan J, "Transitions to Democracy", *The Washington Quarterly* 13, no 3, tahun 1990.
- _____, dan Alfred Stepan, *Problem of Democratic Transition and Consolidation: Southern Europe, Sout America and Post Communist Europe*, The Johns Hopkin University Press, Baltimore, 1996.
- Lubis Todung, Mulya, "Kebebasan dan Keindependenan Sistem

- Peradilan: Tak Bisa Bertepuk Sebelah Tangan", *Makalah yang disampaikan dalam Lokakarya Mencari Format Peradilan yang Independen, Bersih dan Profesional di Indonesia*, Jakarta, 11-12 Januari 1991
- Lipset, Martin, Seymour (eds), *The Encyclopedia of Democracy*, Congressional Quarterly Inc, Washington DC, 1995, volume 1.
- Levinson, Sanford (ed.), *Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment*, Princeton University Press, Princeton, N.J., 1995.
- Linz, Juan J., dkk, *Menjauhi Demokrasi Kaum Penjahat, Belajar dari Kekeliruan Negara-Negara Lain*, Mizan, Bandung, 2001.
- Lubus Mulya, Todung, *In Search of Human Rights, Legal Political Dilemmas of Indonesia's New Order, 1966-1990*, PT. Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1993.
- Mannheim, Herman, *Criminal Justice and Social Reconstruction*, Kegan Paul, London, 1946.
- Machpherson, Crawford B. *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford University Press, 1962.
- Mangabera, Roberto Unger, *Law and Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, 1976.
- Mannheim, Herman, *Criminal Justice and Social Reconstruction*, Kegan Paul, London, 1946.
- Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Pedoman Unsur-Unsur Tindak Pidana Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat dan Pertanggungjawaban Komando*, Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2006.
- Mas'oed, Mohtar, *Negara, Kapital dan Demokrasi*, cet.1, Pustaka Pelajar, Yogyakarta 1994.
- Manan, Bagir, *Perkembangan Pemikiran dan Pengaturan Hak Asasi Manusia di Indonesia*, Yayasan Hak Asasi Manusia, Demokrasi dan Supremasi Hukum, Bandung, 2001.
- Mas'oed, Mohtar, *Ekonomi dan Struktur Politik Orde Baru 1966-1971*, LP3ES, Jakarta, 1989.
- Maarif, Safii Ahmad, *Islam dan Masalah Kenegaraan*, LP3ES, Jakarta, 1985.
- March F, Plattner, Joao Carlos Espada, *The Democratic Invention*, Baltimore, The John Hopkins University Press, Baltimore, 2000.
- Milovanovic, Dragan, *A Primer in the Sociology of Law* (second edition), Harrow and Heston Published, New York, 1994.
- MD, Moh. Mafud, *Amandemen Konstitusi Menuju Reformasi Tata Negara*, UII Press, Yogyakarta, 1999.
- _____, *Politik Hukum di Indonesia*", LP3ES, Jakarta, 1998.
- _____, *Membangun Politik Hukum, Menegakkan Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 2006.
- _____, *Perkembangan Politik Hukum, Studi Tentang Pengaruh Konfigurasi Politik Terhadap Produk Hukum di Indonesia*", *Disertasi untuk Memperoleh Derajat Doktor dalam Ilmu Hukum pada Universitas Gadjah Mada Yogyakarta*, 199.
- _____, *Pergulatan Politik dan Hukum di Indonesia*, Gama Media, Yogyakarta, 1999.
- _____, *Pengadilan dan Demokrasi: Rabaan Diagona dan Terapi*, *Makalah*, Surabaya 21 November 2007.
- M. Friedman, Lawrence, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Russell Sage Foundation, New York, 1975.
- Milovanovic, Dragan, *A Primer in the Sociology of Law* (second edition), Harrow and Heston Published, New York, 1994.
- Michael G. Burton, and John Higley, "Elite Settlements," *American Sociological Review*, VI.52 June 1987.
- Molan T, Michael, *Constitutional Law: Machinery of Government*, (Edisi 4), Old Bailey Press, London, 2003.
- Montesquieu, *The Spirit of the Laws*, Translated by Thomas Nugent, G. Bell & Sons, Ltd, London, 1914, Part XI.
- More, Russell F., *Basic Comparative Government and Modern Constitution*, Iowa, 1975.
- M. Trubeck, David "Toward a Social Theory of Law: An Essay in the Study of Law and Development", dalam *The Yale Law Journal*, 1972, Vol. 82.
- Mulya Lubus, Todung, *In Search of Human Rights Legal Political Dilemmas of Indonesia's New Order, 1966-1990*, Gramedia, Jakarta, 1993.
- Nasution, A.H. (b), *Memenuhi Panggilan Tugas, Jilid 7: Masa Konsolidasi Orde Baru*, CV Haji Masagung, Jakarta, 1989.
- Noer, Deliar, "Islam dan Politik Mayoritas atau Minoritas", dalam *Prisma* Nomor 5 Tahun 1988.
- Nonet, Philippe & Philip Selznick, *Law and Society in Transition, Toward Responsive Law*, Harper Colophon Books, 1978.

- Notohamidjojo, O, *Makna Negara Hukum*, Badan Penerbit Kristen, Jakarta, 1970.
- Nurhadiantomo, *Konflik-Konflik Sosial Pri dan Non Pri dan Hukum Keadilan Sosial*, Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2004.
- O'Donnell, Guillermo dan Philippe S. Schmitter, *loc.cit.* dan Guillermo O'Donnell, Philippe C. Schmitter, and Laurence Whitehead (eds), *Transitions from Authoritarian Rule: Comparative Perspective*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1988.
- and Philippe C. Schmitter, *Transisi Menuju Demokrasi, Rangkaian Kemungkinan dan Ketidakpastian*, LP3ES, 1993.
- , *Modernization and Bureaucratic Authoritarian: Studies in South American Politics*, University of California, Berkeley, 1973.
- , Philippe C. Schmitter and Laurence Whitehead (eds.), *Transisi Menuju Demokrasi : Tinjauan Berbagai Perspektif*, LP3ES, Jakarta, 1993.
- Palma, Giuseppe di, *To Craft Democracies: An Essay on Democratic Transitions*, University of California Press, Berkeley, 1990.
- Partanto, Pius A. dan M. Dahlan Albari, *Kamus Ilmiah Populer*, Arkola, Surabaya, 1994.
- Paust, Jordan J. "Superior Orders and Command Responsibility" dalam M Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, Volume I, Kluwer International, 1999
- Pambudi, A., *Kontroversi Judeta Prabowo*, Media Pressindo, Yogyakarta, 2007.
- Peters, A.A.G dan Koesriani Siswosoebroto, *Hukum dan Perkembangan Sosial Buku Teks Sosiologi Hukum (Buku I)*, Sinar Harapan, Jakarta, 1988.
- Przeworski, Adam, "Democracy as a Contingent Outcome of Conflict", dalam Elster and Rune Slagstad (Eds), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge University Press, 1988
- , *Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America*, Cambridge University Press, New York, 1991.
- Phillips, O. Hood and Paul Jackson, *Constitutional And Administrative Law*, Eighth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2001.
- Pourgerami, Abbas, *Development and Democracy in the Third World*, dalam *Publik Choice*, Vol. 58/2, 1988.
- Pompe, Sebastian, *The Indonesian Supreme Court: Fifty Years of Judicial Development*. Leiden, Van Vollehnhoven Institute for Law and Administration in Non-Western Countries, Faculty of Law, Leiden University, *Disertasi*, 1996.
- Puspa, Yan Pranadya, *Kamus Hukum*, Aneka Ilmu, Semarang, 1977, hlm. 295. Bandingkan dengan Sudarsono, *Kamus Hukum*, Reneka Cipta, Jakarta, 1999.
- Rahardjo, Satjipto, *Sosiologi Hukum Perkembangan Metode dan Pilihan Masalah*, Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2004.
- , *Ilmu Hukum; Pencarian, Pembebasan dan Pencerahan*, Penerbit Muhammadiyah University Press, Surakarta, 2004.
- Rosenfeld, Michel & Andrew Arato, eds, *Habermas on Law and Democracy, Critical Exchange*, University of California Press, Berkeley.
- Rosenfeld, Michel dan Andrew Arato (Ed), *Habermas on Law and Democracy, Critical Exchange*, University of California Press, Berkeley, 1998.
- Rustow, Dankwart "Transition to democracy", dalam *Comparative Politics*, vol. 2, no. 3, 1970.
- Saragih, Bintan, *Politik Hukum*, CV. Utomo, Bandung, 2006.
- Sabine, George H., *A History of Political Theory*, Third Edition, New York-Chicago-San Fransisco-Toronto-London; Holt, Rinehart and Winston, 1961,
- Samuel P. Huntington, *Gelombang Demokratisasi Ketiga*, Grafiti, Jakarta, 1977.
- Sargent, Lyman Tower, *Contemporary Political Ideologis*. Homewood, The Dorsey Press, 1981.
- Salmi, Jamil, *Violence and Democratic Society: Hoologanisme dan Masyarakat Demokrasi*, Pilar Media, Yogyakarta, 2005.
- Shapiro, Ian & Casioano Hacker-Cordon (ed), *"Democracy"s Value"*, Cambridge University Press, New York, 1999.
- Simanjuntak, Marsilam, *Pandangan Negara Integralistik: Sumber, Unsur, dan Riwayatnya dalam Persiapan UUD 1945*, PT Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 1997.
- Sihbudi, Riza, dan Moch. Nurhasim (eds.), *Amandemen Konstitusi dan Strategi Penyelesaian Krisis Politik Indonesia*, AIPI, Jakarta, 2002.
- Siregar, Amir Effendi, *Pers Mahasiswa Patah Tumbuh Hilang Berganti (cet.1)*, PT. Karya Unipress, Jakarta, 1983.

- Singh, Bilveer, *Succession Politics in Indonesia*, St Martin's Press, Inc., New York, 2000.
- Schochet, Gordon J (Ed), *Life, Liberty, and Property: Essays on Locke's Political Ideas*, Calif: Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971.
- S Lev, Daniel S, *Hukum dan Politik di Indonesia, Kesenambungan dan Perubahan*, LP3ES, Jakarta, 1990.
- Sorensen, Georg *Demokrasi dan Demokratisasi: Proses dan Prospek dalam Sebuah Dunia yang Sedang Berubah* (Terjemahan), Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2003.
- Sorensen, Georg, *Demokrasi dan Demokrasi dan Demokratisasi Proses dan Prospek dalam Sebuah Dunia yang Sedang Berubah*, (terjemahan), Pustaka Pelajar & CCSS, Yogyakarta, 2003.
- Sparingga, Daniel, Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi: Penyelesaian Atas Warisan Regim Otoritarian dan Penyelamatan Masa Depan di Indonesia, *Makalah Disampaikan Pada Seminar Pembangunan Hukum Nasional VIII Tema Penegakan Hukum Dalam Era Pembangunan Berkelanjutan Diselenggarakan Oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional*.
- Spitz, Pierre, Silent Violence: Feminine and Inequalities, *International Review of Social Science*, vol. XXX, no. 4, Tahun 1978.
- Stepan, Alfred, *Rethinking Military Politics, Brazil and Southern Cone*, Princeton University Press, New Jersey, 1988.
- Spitz, Pierre, Silent Violence: Feminine and Inequalities, *International Review of Social Science*, vol. XXX, no. 4, Tahun 1978.
- Strong, C.F., *Modern Political Constitution*, Sidgwick and Jackson, London, 1960.
- Suseno, Franz Magnis, *Mencari Sosok Demokrasi: Sebuah Telaah Filosofis*, cet. Ke-2, Gramedia, Jakarta, 1997.
- Suyatno, *Menjelajahi Demokrasi*, Liebe Book Press, Yogyakarta, 2004, hlm.5.
- Sunny, Ismail, *Mencari Keadilan*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982.
- Sunny, Ismail, *Pergeseran Kekuasaan Eksekutif*, Aksara Baru, Jakarta, Cet. IV, 1981.
- Subekti, Valina Singka, *Menyusun Konstitusi Transisi, Pergulatan Kepentingan dan Pemikiran dalam Proses Perubahan UUD 1945*, Rajawali Press, Jakarta, 2008.
- Surin Maisrikrod, "Changing Forms of Democracy in Asia" Some Observations on The Thai and Philippine Constitutions", *Asian Studies Review*, Volume 23, November 1999.
- Tate, C. Neal, "Authoritarianism and the Function of Courts, A Time Series Analysis of the Philippines Supreme Court, 1961-1987", *Law and Society Review*, 4, Vol. 27, 1993.
- Teitel, Ruti G. *Keadilan Transisional Sebuah Tinjauan Komprehensif*, Elsam, Jakarta, 2004
- Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 1997.
- Trubeck, David M., "Toward a Social Theory of Law: An Essay in the Study of Law and Development", dalam *The Yale Law Journal*, 1972, Vol. 82.
- Trubek, David M and Marc Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development studies in the United States*, Wisconsin Law Review, 1974.
- Unger Mangabera, Roberto, *Law and Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, 1976.
- Warasih, Esmi, *Pranata Hukum sebuah Telaah Sosiologi*, PT. Suryandaru Utama, 2005.
- Wignjosebroto, Soetandyo *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Suatu Kajian tentang Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum Selama Satu Setengah Abad di Indonesia (1840-1990)*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994.
- Wahjono, Padmo, *Pembangunan Hukum di Indonesia*, Ind-Hill Co, Jakarta, 1989,
- , *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983.
- Warasih, Esmi, *Pranata Hukum sebuah Telaah Sosiologi*, PT. Suryandaru Utama, 2005.
- Wiranto, *Bersaksi Di Tengah Badai*, IDE Indonesia, 2003.
- Wijoyanto, Bambang, *Konstitusi. Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi Independen*. Sinar Harapan, Jakarta, 2002.
- William, Liddle, R., *Crafting Indonesian Democracy*, Mizan, Bandung, 2001.
- Wiratma, I Made Leo, "Mendung Menyelimuti Reformasi Konstitusi: April-Juni 2002", *Analisis CSIS*, Tahun XXXI/2002 No. 2, 2002.
- Wirawan, Tjuk, *Politik Hukum di Indonesia*, UPT Unej, Jember, 2004.
- Widjojanto, Bambang, Saldi Isra, dan Marwan Mas (eds.), 2002, *Konstitusi Baru Melalui Komisi Konstitusi Independen*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, hlm. xxxiii-xxxv.
- Wignjosebroto, Soetandyo, *Dari Hukum Kolonial ke Hukum Nasional: Suatu Kajian tentang Dinamika Sosial-Politik dalam Perkembangan Hukum Selama Satu Setengah Abad di Indonesia (1840-1990)*,

Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1994.
 Yamin, Muhammad, *Proklamasi dan Konstitusi Republik Indonesia*,
 Ghalia Indonesia, Jakarta, 1982.
 _____, 1959, *Naskah Persiapan Undang-Undang*
Dasar 1945, Yayasan Prapantja, Jakarta, 1959.
 Zakaria, Fareed; *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and*
Abroad, W.W. Norton, New York, 2003.

Lain-Lain

<http://www.dadalos.org/int>.
Analisis CSIS, Tahun XXII/2003 No. 2. hlm. 203.
 Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan dan Pengembangan Bahasa,
Kamus Besar Bahasa Indonesia, Balai Pustaka, Jakarta, 1989.
 Tim Unpad, "Konsepsi Bangsa Indonesia tentang Hak Asasi Manusia
 ditinjau dari Segi Hukum", *Makalah*, 1993.
 Sekretariat Negara Republik Indonesia, *Risalah Sidang Badan dan*
Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI), Sekretariat
 Negara, Jakarta, 1998.
 Pernyataan Pers PSHK (Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia)
 tentang Catatan Akhir Tahun 2007 Mengenai Kinerja Legislasi
 DPR RI, 26 Desember 2007.
Kamus Besar Bahasa Indonesia, Edisi Ketiga, Pusat Bahasa Departemen
 Pendidikan Nasional, Balai Pustaka, Jakarta, 2001.
Webster's New Universal Unabridged Dictionary, Barnes & Nobles, New
 York, 1996.
 Risalah Resmi Rapat Panitia Kerja RUU tentang Pengadilan HAM,
 tahun sidang 2000/2001, masa Persidangan I, Rapat ke-3,
 Senin, 4 September 2000.
 Amnesty Internasional dalam "Amnesty International's Comments on
 the Law on Human Rights Courts (Law No.26/2000)", hlm. 8, AI
 Index: ASA 21/005/2001.
Progress Report pemantauan pengadilan HAM ad hoc Elsam ke X. Tanggal
 28 Januari 2003.
 Komentar ICTJ (*International Central for Transitional Justice*) Atas
 Undang-Undang Pembentukan Komisi Kebenaran dan
 Rekonsiliasi di Indonesia.
 Laporan Singkat Pansus RUU Tentang Komisi Kebenaran dan
 Rekonsiliasi, Tahun Sidang : 2003-2004, Masa Persidangan :
 II, Rapat ke : Ke-13, Senin, 17 November 2003.

Pemandangan Umum Fraksi PDI-P Pada Rapat Kerja Pansus, tanggal
 18 Februari 2004.
 Pemandangan Umum Fraksi Reformasi Pada Rapat Kerja Pansus,
 tanggal 18 Februari 2004.
 Pemandangan Umum Fraksi PKB-P Pada Rapat Kerja Pansus, tanggal
 18 Februari 2004
 Pengantar Musyawarah Fraksi Bulan Bintang Atas RUU KKR, Pada
 Rapat Kerja Pansus, tanggal 18 Februari 2004.
 Reny Rawasita Pasaribu Tim Pemantauan Parlemen PSHK dalam
www.parlemen.net.
Kertas Posisi atas RUU Komisi Kebenaran dan Rekonsiliasi, Elsam, Jakarta,
 2003.
 Risalah Rapat Dengar Pendapat Umum Komnas HAM dengan Panitia
 Khusus RUU KKR, Hari/tanggal: Rabu, 17 September 2003.
Progress Report: "Pembentukan KKR Lembaga Studi dan Advokasi
Masyarakat", Elsam, Jakarta, 27 Januari 2006.
Progress Report KKR, Elsam, Jakarta 10 September 2006.
Glosari, Pelanggaran Hak Asasi Manusia Yang Berat, Elsam, Jakarta,
 2007,.
Ketika Prinsip Kepastian Hukum Menghakimi Konstitusionalitas
Penyelesaian Pelanggaran HAM Masa Lalu: Pandangan kritis atas
putusan MK dan implikasinya bagi Penyelesaian Pelanggaran HAM
Masa lalu, Elsam, Jakarta, 19 Desember 2006.
 Siaran Pers Bersama, HRWG, KontraS, Elsam, Imparsial, PBHI,
 Yayasan HAK dan FORUM-ASIA, "CTF Mencoreng Citra
 Indonesia dan Timor Leste", 22 Februari 2007.
 Pernyataan Dewan Aliansi Nasional Timor Leste untuk Pengadilan
 Internasional Yang ditujukan kepada Kofi Anan, Sekretaris
 Jenderal Perserikatan Bangsa Bangsa di New York, tanggal. 21
 Desember 2004.
 Siaran pers, *Judicial System Monitoring Programme (JSMP)*, yang
 berjudul: "Komisi Kebenaran dan Persahabatan" bertujuan
 untuk mengakhiri pencarian keadilan sedangkan "Komisi
 Ahli" mempertahankan harapan 14 Maret 2005.
Amnesty International's Comments on the Law on Human Rights Courts
(Law No.26/2000), hlm. 1, AI Index: ASA 21/005/2001.
 "KHN, *Peta Reformasi Hukum di Indonesia 1999-2001, Transisi di Bayang-*
Bayang Negara", Komisi Hukum Nasional, Jakarta, 2002.
 Putusan MK No.: 006/PUU-IV/2006.
Siaran Pers LSM Indonesia No. 021/SK/HRWG/IV/05

<http://www.vanzorgereport.com/report/popup/index.cfm?fa/3>
Oktober 2003.
http://www.kompas.com/kirim_berita/print.cfm...
<http://www.library.ohiou.edu/indopubs/2000/11/13/0044.html>,
diakses 6 Januari 2007.
ICG (International Crisis Group), *Indonesia: Keeping The Military Under Control*, www.crisisweb.org/projects/asia/indonesia/reports/A400054_05092000.pdf (19 April 2001).
Laporan HAM 2003, Elsam, Januari 2004.
IRE, *Annual Report 2003/2004*.
Wacana, Jurnal Ilmu Sosial Transformatif, Edisi 17, Th. II, 2004, INSIST, Yogyakarta.

Koran-Koran

Bernas, 20 Mei 2002.
Jakarta Post, tanggal 20 September, 2003
Jakarta Post, 9 Desember 2006.
Jakarta Post, 9 Desember 2006.
Kompas, 17 Mei 2000.
Kompas, 2 Juli 2002
Kompas, 16 Desember 2003
Kompas, 21 Juli, 2004.
Kompas, 23 Februari 2006.
Kompas, 27 September 2006.
Kompas, 19 Desember 2006.
Kompas, 17 Agustus 2006.
Kompas, 14 Juli 2008.
Koran Tempo, 8 Desember 2006.
Media Indonesia, 26 Mei 2005.
Media Indonesia, 9 Desember 2006.
Media Indonesia, 9 Desember 2000.
Media Indonesia 10 Februari 2000.
Tempo Interaktif, 31 Agustus 2000.
Tempo Interaktif, 3 Januari 2001.
Tempo Interaktif, 1 Juli 2001.
Tempo Interaktif, 14 Juli 2008.
Tempo 19 Desember 2004.
Prisma Nomor 5 Tahun 1988.

Dr. Suparman Marzuki, tinggal Dusun Diro Kulon Kecamatan Sewon Bantul. Lahir di Lampung, 2 Maret 1961 dan menghabiskan masa kuliah di Yogyakarta. Di samping sebagai dosen tetap Fakultas Hukum UII juga menjadi pendiri Pusat Studi HAM UII. Salah satu Pusat Studi HAM yang mencetuskan berbagai program HAM bagi berbagai sektor masyarakat sipil maupun kalangan birokrasi. Jabatan publik yang pernah diemban adalah ketua KPU Provinsi DIY (2003-2008) dan Komisioner Komisi Yudisial (2010-2015)

Berbagai pengalaman International dalam pelatihan HAM diantaranya di Colombia University Amerika Serikat (2000) Monash University Australia (2001) serta Norwegia (2005) dan studi pembaharuan Kepolisian di Bangladesh (2008)

Di samping itu ada beberapa karya ilmiah baik berupa riset maupun buku: *Perempuan dalam Wacana Perkosaan* (1997), *Kritik Sosial* (1997), *Orde Baru dan Orde Transisi* (1997) *Hukum Hak Asasi Manusia* (2008) *Wajah Hakim dalam Putusan: Studi Putusan Hakim Berdimensi HAM* (2010) *Reformasi Peradilan dan Tanggung Jawab Negara* (2010) dll. Kini masih menjadi salah satu konsultan utama dalam program Pembaharuan Kepolisian khususnya pengembangan kurikulum HAM untuk Akpol (Akademi Polisi) Semarang.

