



TO PROMOTE:

Membaca

Perkembangan Wacana

Hak Asasi Manusia

di Indonesia

Kata Pengantar:

Dr. Suparman Marzuki, S.H., M.Si

To Promote:
**Membaca Perkembangan Wacana
Hak Asasi Manusia di Indonesia**

Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia
(PUSHAM UII) Yogyakarta

Katalog Dalam Terbitan (KDT)

Eko Riyadi (editor)

*To Promote: Membaca Perkembangan Wacana Hak Asasi
Manusia di Indonesia*
Yogyakarta: PUSHAM UII, 2012

14.8 cm x 21 cm

xii+ 580 hlm

ISBN : 978-979-18057-5-9

1. *To Promote: Membaca Perkembangan Wacana Hak Asasi Manusia
di Indonesia*

I. Judul

Proffreader : Syarif Nurhidayat & Sumiardi

Desain sampul : Terra Bajraghosa

Tata letak : Abrar

Cetakan Pertama, September 2012

Penerbit:

Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam
Indonesia (PUSHAM UII) Yogyakarta

Jeruklegi RT. 13/RW. 35 Gg. Bakung No. 517A,

Banguntapan, Bantul, Yogyakarta

Telp./Fax. (0274) 452032/452158

E-mail: pushamuii@yahoo.com

Website: www.pushamuii.org

Bekerjasama dengan

Norwegian Center for Human Rights (NCHR)

Universitas Oslo, Norwegia

PENGANTAR PENERBIT

Puji Syukur kepada Allah, Tuhan Yang Maha Esa, karena pada akhir tahun 2012 ini, dengan bangga Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM UII) mempublikasikan dua buah buku yaitu buku pertama berjudul *“To Promote: Membaca Perkembangan Wacana Hak Asasi Manusia di Indonesia”*, dan buku kedua berjudul *“To Fulfill and To Protect: Membaca Kasus-Kasus Aktual tentang Hak Asasi Manusia”*.

Buku yang sedang berada di hadapan sidang pembaca adalah buku pertama. Buku ini berisi 20 (dua puluh) naskah yang berbicara mengenai perkembangan diskursus hak asasi manusia. Kelebihan buku ini adalah upaya penulis untuk menghadirkan perdebatan hak asasi manusia dari perspektif yang beragam. Secara umum, kedua puluh naskah tersebut dapat dikategorikan ke dalam 3 (tiga) kelompok antara lain (1) perdebatan mengenai hak asasi manusia, demokrasi dan konstitusi; (2) perdebatan mengenai hak sipil dan politik, dan hak ekonomi, sosial dan budaya; dan (3) perdebatan tentang hak asasi manusia dan ide-ide ke-Islam-an.

Para penulis berupaya melakukan kritik dan konstruksi atas tema-tema diskursus hak asasi manusia, baik menggunakan persepektif filosofis, perspektif legal positif, dan juga perspektif agama, dalam hal ini perspektif Islam. Pada bagian akhir buku ini, para cendekiawan dan dosen pengajar hokum Islam berusaha menggali dan mencari tambatan filosofis dan hokum hak asasi manusia dengan menggali dokumen-dokumen dan pemikiran Islam. Hal yang menarik adalah, terdapat dua kecenderungan yang sama-sama dicoba dipertahankan yaitu bahwa hak asasi manusia dan Islam adalah dua hal yang sulit disatukan atau dicarikan legitimasi normatifnya, namun tidak sedikit yang justru menyatakan sebaliknya yaitu nilai hak asasi manusia dan nilai-nilai Islam sangat berdekatan jika tidak dapat dikatakan sama. Satu hal yang harus dilakukan oleh umat Islam

adalah melakukan reinterpretasi terhadap teks dengan mengakomodir perkembangan keadaan dan zaman.

Perdebatan yang terjadi di dalam buku ini tentunya bukanlah perdebatan yang stagnan dan dianggap cukup. Perdebatan ini dapat dikatakan merupakan awal dari proses panjang yang harus selalu didorong dan dikembangkan terus menerus. Satu hal yang juga sangat penting adalah dokumentasi dan publikasi atas perdebatan tersebut agar generasi pada dua atau tiga bahkan 10 dasawarsa yang akan datang dapat melacak dan membangun garis sejarah perkembangan wacana hak asasi manusia di Indonesia. Pada konteks inilah Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia (PUSHAM UII) Yogyakarta mengambil peran untuk selalu mendokumentasikan dan mempublikasikan karya-karya ilmiah di bidang hak asasi manusia.

Terakhir, selaku direktur, saya mengucapkan terimakasih kepada seluruh penulis, atas naskahnya yang apik, secara khusus, diucapkan terimakasih kepada Direktur Norwegian Center for Human Rights (NCHR) Universitas Oslo, Norwegia atas supportnya yang sangat memadai. Semoga buku ini dapat bermanfaat.

Salam Hak Asasi Manusia untuk semua.

Eko Riyadi

Direktur PUSHAM UII

KATA PENGANTAR

Politik Hukum Hak Asasi Manusia Sesudah Reformasi: Refleksi Singkat

Dr. Suparman Marzuki, S.H., M.Si.

Lepasnya Indonesia dari rezim otoriter orde baru memberikan angin segar akan berkembangnya nilai-nilai hak asasi manusia dan prinsip-prinsip demokrasi di Indonesia. Dua tema yang telah lama tersimpan dalam buku-buku para aktifis dan para pecinta ilmu politik dan hukum, namun haram untuk didiskusikan di arena publik apalagi diimplementasikan.

Era reformasi yang ditandai dengan mundurnya Soeharto dari tampuk kekuasaan yang telah dipegangnya selama lebih dari 32 tahun, memberikan peluang yang besar bagi upaya institusionalisasi hak asasi manusia di Indonesia. Institusionalisasi ini dilakukan melalui berbagai sektor antara lain sektor pendidikan, sektor reformasi peraturan perundang-undangan, sektor reformasi kelembagaan negara, serta sektor reformasi pola pikir penyelenggara negara.

Hak asasi manusia telah menjadi bagian penting dari pola pendidikan. Hak asasi manusia menjadi bagian dari pendidikan kewarganegaraan di lingkup pendidikan dasar dan menengah, serta menjadi mata kuliah wajib di perguruan tinggi ilmu hukum, ilmu politik dan kampus keguruan. Pada konteks ini, hak asasi manusia juga merasuk dalam diskusi-diskusi yang digelar di berbagai forum, baik forum akademik maupun forum diskusi aktifis kemasyarakatan.

Hak asasi manusia juga telah melembaga secara positif di dalam rezim hukum di Indonesia. Amandemen Undang-Undang Dasar 1945 dengan menambah Pasal 28; pengesahan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum, Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan Konvensi Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Konvensi Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2011 tentang Pengesahan Konvensi mengenai Hak Penyandang Disabilitas, dan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 2012 tentang Pengesahan Konvensi Internasional mengenai Perlindungan Pekerja Migran dan Keluarga Mereka; merupakan bukti menarik atas perkembangan situasi hak asasi manusia di Indonesia. Kritik atas pelembagaan positif ini tetaplah masih besar. Pelembagaan positif hak asasi manusia tidak selalu berbanding lurus dengan perbaikan status dan kondisi hak asasi manusia di Indonesia. Bahkan realitas aktual menunjukkan hal yang sebaliknya. Pengesahan berbagai peraturan perundang-undangan yang berdimensi hak asasi manusia terus dilakukan, namun di sisi lain pelanggaran hak asasi manusia juga tetap terjadi di banyak tempat, tidak hanya pelanggaran hak sipil dan politik tetapi juga hak ekonomi, sosial dan budaya.

Hak asasi manusia juga telah memiliki mekanisme implementasi dan monitoring yang relatif memadai. Mahkamah Konstitusi yang berwenang menerima komplain atas potensi pelanggaran hak asasi manusia karena tidak sinkronnya undang-undang dengan Undang-Undang Dasar serta pelanggaran hak-hak politik menjadi media bagi masyarakat yang merasa hak-haknya terlanggar. Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (dan Komisi senada seperti Komisi Nasional Anti Kekerasan terhadap Perempuan dan Komisi Perlindungan Anak Indonesia) menjadi tempat mengadu yang

egaliter dengan prinsip independensi mereka. Lembaga Perlindungan Saksi dan Korban juga menjadi tempat berteduh bagi orang-orang yang merasa terancam jiwa dan fisiknya karena menjadi korban dan/atau menjadi saksi atas terjadinya kejahatan dan pelanggaran hak asasi manusia. Ombudsman Republik Indonesia juga menjadi tempat mengadu bagi masyarakat korban diskriminasi dan/atau maladministrasi yang dilakukan oleh pejabat publik. Lembaga yang tidak kalah penting adalah Pengadilan Hak Asasi Manusia yang berwenang memeriksa dan mengadili dugaan pelanggaran berat hak asasi manusia berupa genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Lembaga terakhir ini menjadi lokasi bagi para korban kejahatan serius yang sebelumnya tidak mendapatkan keadilan karena pelaku bebas berkeliaran dan tidak ada mekanisme yang memadai untuk meminta pertanggungjawaban kepada mereka. Kritik terbesar atas berdirinya Pengadilan Hak Asasi Manusia ini adalah bahwa patut diduga Pengadilan Hak Asasi Manusia Indonesia justru menjadi bagian dari “upaya melanggengkan impunitas” bagi para pelaku. Sinyalemen ini terlihat dari dibebaskannya seluruh pelaku pelanggaran berat hak asasi manusia masa lalu, baik yang dilakukan oleh Pengadilan Tinggi maupun Mahkamah Agung. Jauh sebelum pembebasan para pelaku, yaitu sesaat setelah selesai Pengadilan Hak Asasi Manusia untuk Timor Timur, David Cohen telah membuat kesimpulan bahwa Pengadilan Hak Asasi Manusia di Indonesia memang dibuat secara sengaja untuk gagal (*intended to fail*). Saat ini, para korban kejahatan terhadap kemanusiaan yang terjadi pada tahun 1965 telah menanti keadilan setelah Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, setelah melakukan penyelidikan yang sangat lama dan rumit, membuat rekomendasi bahwa patut diduga telah terjadi pelanggaran berat hak asasi manusia dan oleh karenanya merekomendasikan kepada Jaksa Agung untuk melakukan penyidikan dan Presiden diharapkan mengeluarkan Surat Keputusan untuk mendirikan Pengadilan Hak Asasi Manusia Ad Hoc untuk kasus 1965. Kita tunggu proses selanjutnya

sembari terus mengadvokasi agar hak para pencari keadilan segera terwujud.

Hak asasi manusia juga telah menjadi bagian dari kesadaran para penyelenggara negara. Setidaknya, penyelenggara negara mulai melakukan reformasi cara pikir dengan menempatkan diri bukan sebagai petinggi yang harus dilayani, namun sebagai penyelenggara negara yang berkewajiban memberikan pelayanan tanpa diskriminasi kepada seluruh warga negara Indonesia. Reformasi pola pikir ini belum sepenuhnya berjalan. Riak-riak diskriminasi masih sering menghiasi media massa, baik cetak maupun elektronik. Rintihan minoritas pemeluk agama/kepercayaan tertentu masih terdengar. Tuntutan persamaan kesempatan kerja bagi penyandang disabilitas masih menjadi isu besar setiap momen perekrutan pegawai negeri sipil. Teriakan orang kesakitan karena menjadi korban penyiksaan yang dilakukan aparat penegak hukum masih memenuhi halaman pengaduan lembaga-lembaga monitoring hak asasi manusia, serta jeritan para ibu yang tanah dan/atau rumahnya digusur dengan alasan pembangunan juga masih menjadi pekerjaan besar bagi bangsa Indonesia.

Situasi di atas layak diapresiasi sebagai progres bangsa Indonesia dalam upaya pemenuhan prinsip hak asasi manusia, namun demikian tugas para aktifis dan intelektual belum berhenti. Di masa yang akan datang, perkembangan hak asasi manusia harus didorong untuk tetap berjalan dengan mengedepankan mekanisme yang demokratis berpijak pada logika kepentingan rakyat. Pengembangan hak asasi manusia, baik dari sisi legislasi maupun perumusan kebijakan harus dilakukan dengan menggunakan mekanisme yang partisipatif. Mekanisme partisipatif ini dapat dilakukan dengan dua cara yaitu *pertama*, mendorong Dewan Perwakilan Rakyat untuk memposisikan dirinya bukan sebagai representasi partai politik dan pembuat undang-undang, namun merupakan kekuatan formal politik rakyat. Partisipasi pada tingkat ini dapat dilakukan dengan

melibatkan seluruh komponen masyarakat termasuk elemen organisasi non pemerintah dan gerakan social untuk terlibat secara aktif dalam proses legislasi. *Kedua*, mendorong masyarakat sipil untuk menjadi kekuatan intelektual yang bertugas mengkaji dan merumuskan kebutuhan hukum masyarakat. Perpaduan dua hal di atas diharapkan mampu melahirkan hukum hak asasi manusia yang memiliki kekuatan perlindungan (*protect*), penghormatan (*respect*) dan pemenuhan (*fulfill*) terhadap hak-hak yang kontekstual dengan kebutuhan substansial masyarakat.

Perjuangan hak asasi manusia tidaklah perjuangan jangka pendek yang cepat mendapatkan hasil. Perjuangan ini merupakan perjuangan panjang yang bisa jadi hasilnya akan dinikmati oleh dua atau tiga generasi mendatang. Kaum intelektual, termasuk di dalamnya para dosen pengajar mata kuliah Hukum Hak Asasi Manusia, selain bertugas memberi makna dan memperluas cakrawala para anak didik, juga bertugas menciptakan sejarah dengan membangun gerakan pemikiran dan kesadaran kritis akan masa depan kemanusiaan dengan berdimensikan penghormatan, pemenuhan dan perlindungan hak asasi manusia.

Ahirnya, selamat atas terbitnya buku berjudul "*To Promote: Membaca Perkembangan Wacana Hak Asasi Manusia di Indonesia*" yang berisi kumpulan tulisan para dosen dari seluruh Indonesia. Saya yakin buku ini mampu memberikan kontribusi positif bagi upaya penyebaran nilai-nilai hak asasi manusia dan mampu menjadi bagian dari gerakan pemikiran untuk membangun bangsa yang lebih humanis dan menghargai kemanusiaan manusia. Salam hak asasi manusia untuk semua.

DAFTAR ISI

Pengantar Penerbit ...iii

Kata Pengantar ... v

Daftar Isi ...xi

HAK ASASI MANUSIA, DEMOKRASI DAN KONSTITUSI

1. Harmoni Pembangunan Hukum Hak Asasi Manusia di Indonesia ...**3**
2. Hak Asasi Manusia dan Demokrasi di Indonesia ...**37**
3. Pasang Surut Penegakan Hak Asasi Manusia dan Demokrasi di Indonesia ...**61**
4. Gagasan Pemberian Kewenangan Pengaduan Konstitusional (*Constitutional Complaint*) kepada Mahkamah Konstitusi sebagai Upaya Perlindungan Hak Konstitusional dan Hak Asasi Manusia ...**73**
5. Tanggungjawab Individu dan Komandan dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat Berdasarkan Hukum Internasional ...**101**

HAK SIPIIL DAN POLITIK, DAN HAK EKONOMI, SOSIAL DAN BUDAYA

6. Diskursus Mengenai *Derogable Rights* dan *Non-Derogable Rights* di Indonesia ...**131**
7. Pemenuhan Hak Politik Perempuan Melalui *Affirmatif Action* ...**171**
8. Pemenuhan Hak Atas Bantuan Hukum dalam Proses Peradilan Pidana ...**207**
9. Pengaturan Hukuman Mati di Indonesia dalam Prespektif Hak Asasi Manusia ...**223**

10. Tanggung Jawab Pidana Korporasi dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat dan Implikasinya terhadap Paradigma Pemidanaan ...**249**
11. Kriminalisasi Pelanggaran Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya dalam Konteks Penegakan dan Pemajuan Hak Asasi Manusia ...**295**
12. Tanggung Jawab Negara dalam Memenuhi Hak Masyarakat Atas Air ...**313**
13. Pembangunan Hukum Berbasis Akses Terhadap Keadilan (*Access to Justice*) ...**343**

HAK ASASI MANUSIA DAN IDE KE-ISLAM-AN

14. Konsepsi Hak Asasi Manusia Berbasis Syariah Perspektif Abou El Fadl ...**369**
15. Syari'at Islam dan Masalah Hak Asasi: Studi Relasional Syari'at Islam dan Hak Asasi Manusia dari Perspektif Ushul Fiqh ...**399**
16. Tantangan Penerapan Hak Asasi Manusia bagi Masyarakat Muslim (*Kebebasan Beragama dan Posisi Perempuan*) ...**417**
17. Kesetaraan Manusia dalam Islam (Pemikiran Hak Asasi Manusia dalam Studi Hadits) ...**455**
18. Hak-Hak Perempuan dalam Kompilasi Hukum Islam Perspektif Konvensi Mengenai Penghapusan segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan ...**491**
19. Benturan Antara Hukum Pidana Islam dengan Hak-Hak Sipil dalam Perspektif Hak Asasi Manusia ...**523**
20. Perdebatan Sanksi Pidana Hukum Islam dalam Perspektif Hak Asasi Manusia ...**553**

Hak Asasi Manusia, Demokrasi dan Konstitusi

HARMONI PEMBANGUNAN HUKUM HAK ASASI MANUSIA DI INDONESIA

Yuli Asmara Triputra¹

A. Pendahuluan

Hak asasi manusia menjadi bahasan penting setelah Perang Dunia II dan pada waktu pembentukan Perserikatan Bangsa-Bangsa tahun 1945. Istilah hak asasi manusia menggantikan istilah *natural rights*. Hal ini terjadi karena konsep hukum alam yang berkaitan dengan hak-hak alam menjadi materi yang kontroversial. Hak asasi manusia yang dipahami sebagai *natural rights* merupakan suatu kebutuhan dari realitas sosial yang bersifat universal, dalam perkembangannya telah mengalami perubahan-perubahan mendasar sejalan dengan keyakinan dan praktik-praktik sosial di lingkungan kehidupan masyarakat luas.²

Usaha untuk merumuskan hak asasi manusia ke dalam suatu naskah internasional berhasil dilakukan pada 10 Desember 1948 dengan diterimanya Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) atau *Universal Declaration Of Human Rights (UDHR)* oleh negara-negara yang tergabung dalam Perserikatan Bangsa-Bangsa.³

Sebagai sebuah pernyataan bersama, DUHAM baru mengikat secara moral namun belum secara yuridis. Namun demikian, sekalipun tidak mengikat secara yuridis, dokumen ini mempunyai pengaruh moril, politik dan edukatif yang sangat besar. Ia melambangkan “*commitment*”

¹ Yuli Asmara Triputra, S.H., M.Hum., Dosen Fakultas Hukum Sekolah Tinggi Ilmu Hukum (STIH) Sumpah Pemuda, Palembang, Sumatera Selatan.

² Slamet Marta Wardaya, 'Hakekat, Konsepsi dan Rencana Aksi Nasional Hak Asasi Manusia (HAM)' dalam Muladi (editor), *Hak Asasi Manusia, Hakekat, Konsep dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, Refika Aditama, Bandung, cet. Kedua, 2007, hlm. 3.

³ Suwandi, 'Instrumen HAM dan Penegakan HAM di Indonesia' dalam Muladi (editor), *Ibid.*, hlm. 39.

moril dari dunia internasional pada norma-norma dan hak-hak asasi. Pengaruh moril dan politik ini terbukti dari sering disebutnya dalam keputusan-keputusan hakim, undang-undang ataupun undang-undang dasar beberapa negara, apalagi oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa.⁴

Agar pernyataan itu dapat mengikat secara yuridis, maka harus dituangkan dalam bentuk perjanjian unilateral. Tanggal 16 Desember 1966 lahirlah *covenant* dari Sidang Umum PBB yang mengikat bagi negara-negara yang meratifikasi *covenant* tersebut. *Covenant* tersebut memuat :⁵

1. Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) atau *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* yang meliputi: hak untuk hidup (Pasal 6), kebebasan dan keamanan diri (Pasal 9), kesamaan di muka badan-badan peradilan (Pasal 14), kebebasan berpikir dan beragama (Pasal 19), kebebasan berkumpul secara damai (Pasal 21) dan hak berserikat (Pasal 22).
2. Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB) atau *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)* yang memuat hal-hal sebagai berikut: hak atas pekerjaan (Pasal 6), membentuk serikat pekerja (Pasal 8), hak pensiun (Pasal 9), hak tingkat hidup yang layak bagi diri sendiri dan keluarga (Pasal 11), dan hak mendapatkan pendidikan (Pasal 13);

Kovenan ini mengalami kesulitan dalam pelaksanaannya secara internasional karena beberapa sebab, antara lain:⁶

⁴ Miriam Budiarto, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1998, hlm. 124.

⁵ Suwandi, *op. cit.*, hlm. 40.

⁶ Mahfud MD, *Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2001, hlm. 130.

1. Pelaksanaan secara internasional itu menyangkut hukum internasional yang sangat rumit;
2. Pelaksanaan hak asasi harus disesuaikan dengan keadaan negara masing-masing;
3. Sekalipun dinyatakan tanpa batas secara eksplisit di dalam Kovenan, tetapi pelaksanaan hak asasi terbatas atau dibatasi oleh dua hal :
 - a. Dibatasi oleh undang-undang yang berlaku di tiap-tiap negara. Misalnya di dalam Pasal 19 KIHSP disebutkan pembatasan “untuk menghormati hak dan nama baik orang lain serta untuk menjaga keamanan nasional, ketertiban umum dan moral umum”.
 - b. Dibatasi oleh pertimbangan ketertiban dan keamanan nasional masing-masing negara. Di dalam Pasal 21 KIHSP disebutkan “dalam negara demokratis diperlukan demi keamanan nasional atau keselamatan umum, ketertiban umum, perlindungan terhadap kesehatan dan moral umum atau perlindungan terhadap hak-hak dan kebebasan orang lain” maka hak untuk berkumpul dan berpendapat dibatasi.

Pemahaman dan pemaknaan hak asasi manusia semula hanya berada di negara-negara maju. Seiring dengan perkembangan kemajuan transportasi dan komunikasi secara meluas, maka pemikiran dan pemahaman terhadap hak asasi manusia merambah ke berbagai belahan dunia, bahkan negara berkembang seperti Indonesia.

Perdebatan perlu tidaknya pengaturan hak asasi manusia di Indonesia pernah menjadi isu yang sangat kontroversial di Indonesia. Orang pertama yang terang-terangan menentang hak asasi manusia adalah Soepomo, arsitek UUD 1945. Di dalam pidatonya pada tanggal 29 Mei

1945 di depan Badan Penyelidik Untuk Persiapan Kemerdekaan Indonesia (BPUPKI), Soepomo mengemukakan bahwa hak asasi manusia berasal dari cara berpikir yang liberal dan individualistik, yang menempatkan warga negara berhadapan dengan negara, dan karena itu paham hak asasi manusia tidak sesuai dengan “ide integralistik dari bangsa Indonesia”. Menurut Soepomo, manusia Indonesia menyatu dengan negaranya dan karena itu tidak masuk akal jika ada idea tau pemikiran yang bermaksud untuk melindungi individu dari negara. Debat ini muncul kembali pada pertengahan Juli 1945. Soekarno dengan tajam mengemukakan bahwa keadilan yang diperjuangkan bagi Indonesia bukan keadilan individual, melainkan keadilan sosial dan karena itu hak asasi manusia dan hak-hak dasar warga negara tidak ada tempatnya dalam UUD Republik Indonesia. Sebaliknya Muhammad Hatta dan Muhammad Yamin memperingatkan bahwa bisa saja negara menjadi negara kekuasaan dan karena itu hak-hak dasar warga negara perlu dijamin. Kompromi lemah antara dua paham itu adalah Pasal 28 UUD 1945, dimana hak-hak dasar demokratis seperti hak untuk berserikat dan berkumpul dan untuk menyampaikan pendapat diakui, tetapi tidak dinyatakan dengan tegas.⁷

Sebaliknya pada tahun 1950-an, hak asasi manusia seakan-akan diterima dengan sendirinya. UUDS 1950 yang pernah berlaku dari tahun 1949-1959, telah memuat pasal-pasal tentang hak asasi manusia yang lebih banyak dan lengkap dibandingkan UUD 1945. Begitu pula Konstituante hasil Pemilu 1955 tanpa ragu-ragu memasukkan daftar luas hak asasi manusia bagi UUD negara yang definitif yang mereka persiapkan. Pada tanggal 5 Juli 1959 Presiden Soekarno membubarkan Konstituante berdasarkan Keppres Nomor 150 tahun 1959. Secara otomatis hal ini mengakibatkan Indonesia kembali pada UUD 1945. Hal ini sekaligus mengubur wacana sekitar hak asasi manusia. Hak asasi

⁷ Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008, hlm. xix. Lihat pula Muladi (editor), *op. cit.*, hlm. 10.

manusia dibicarakan kembali oleh MPRS pada tahun 1968, tetapi gagal disahkan, karena tidak dicapai kesepakatan tentang hak asasi yang sudah mengganjal di Konstituante yaitu hak kebebasan beragama. Selama Orde Baru ide hak asasi manusia distigmatisasi sebagai “individualisme” dan “liberalisme Barat” yang bertentangan dengan “etika ketimuran” yang berdasarkan “prinsip kekeluargaan” yang tidak perlu karena kita sudah mempunyai Pancasila”. Pada tahun 80-an, Orde Baru menggali kembali pidato Soepomo untuk mengkonstruksikan semacam ideologi politik bagi sistem pemerintahan otoriter Orde Baru.⁸

Kemudian berbagai pihak untuk melengkapi UUD 1945 yang berkaitan dengan hak asasi manusia, melalui MPRS dalam sidang-sidangnya awal orde baru telah menyusun Piagam Hak-hak Asasi Manusia dan Hak-hak serta Kewajiban Warga Negara. MPRS telah menyampaikan Nota MPRS kepada Presiden dan DPR tentang pelaksanaan hak-hak asasi. Dikarenakan berbagai kepentingan politik pada saat itu, maka Piagam tersebut tidak jadi diberlakukan. Pemerintahan orde baru pada saat itu bersikap anti terhadap Piagam HAM, dan beranggapan bahwa masalah hak asasi manusia sudah diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan.

Arus reformasi yang bergulir pada tahun 1998 yang ditandai dengan runtuhnya rezim Orde Baru yang telah berkuasa selama kurang lebih 32 tahun, telah membuka koridor bagi penegakan hukum dan hak asasi manusia di Indonesia. Upaya memperjuangkan hak asasi manusia ke dalam Konstitusi ialah dengan dilakukannya amandemen terhadap UUD 1945. Setelah dilakukan Amandemen I s/d IV Undang-Undang Dasar 1945, ketentuan tentang hak asasi manusia tercantum pada Pasal 28 A s/d Pasal 28 J.

Untuk menghapus kekecewaan bangsa Indonesia terhadap Piagam HAM, maka MPR pada Sidang Istimewanya tanggal 11 Nopember 1998

⁸ *Ibid.*, hlm. xix-xx.

mensahkan Ketetapan MPR Nomor XVII/ MPR/ 1998 yang menugaskan kepada Lembaga-Lembaga Tinggi Negara dan seluruh Aparatur Pemerintah, untuk menghormati, menegakkan, dan menyebarluaskan pemahaman mengenai hak asasi manusia kepada seluruh masyarakat.

Terdapat banyak batasan tentang hak asasi manusia. Hendarmin Ranadireksa,⁹ memberikan definisi tentang hak asasi manusia, pada hakikatnya adalah seperangkat ketentuan atau aturan untuk melindungi warga negara dari kemungkinan penindasan, pemasungan dan atau pembatasan ruang gerak warga negara oleh negara. Artinya, ada pembatasan-pembatasan tertentu yang diberlakukan pada negara agar hak warga negara yang paling hakiki terlindung dari kesewenang-wenangan kekuasaan. Menurut Mahfud MD,¹⁰ hak asasi manusia itu diartikan sebagai hak yang melekat pada martabat manusia sebagai makhluk ciptaan Tuhan, dan hak tersebut dibawa manusia sejak lahir ke muka bumi sehingga hak tersebut bersifat fitri (kodrati), bukan merupakan pemberian manusia atau negara. Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa hak asasi manusia merupakan hak kodrati yang dimiliki manusia dan wajib dilindungi oleh negara.

Sebagaimana telah dikemukakan di awal, pelaksanaan hak asasi harus disesuaikan dengan keadaan negara masing-masing. Dengan kata lain, belum ada kesepakatan bahwa hak asasi manusia bersifat universal. Persoalannya sekarang ialah, ketika berpikir untuk menerima paham tentang hak asasi manusia yang bersumber pada DUHAM yang hendak diberlakukan ke dalam tatanan kehidupan berbangsa dan bernegara, maka hal ini berpotensi bertabrakan dengan nilai-nilai dasar hukum nasional dan internasional. Kedua nilai tersebut saling berbenturan dalam implementasinya, misalnya di satu pihak pembangunan hukum di Indonesia berdasarkan filsafat Pancasila yang bercirikan demokrasi dan

⁹ Mastra Liba, *Mahasiswa dan Pemuda Sebagai Pilar Reformasi Tegaknya Hukum dan HAM*, Yayasan Annisa, Jakarta, 2002, hlm. 139.

¹⁰ Mahfud MD, *op. cit.*, hlm. 127.

keadilan sosial dan di pihak lain hukum internasional lebih menekankan nilai individualisme.¹¹ Untuk menghindari benturan tersebut perlu dicarikan jalan keluar agar terwujud harmonisasi kedua nilai tersebut, sehingga negara Indonesia tidak masuk dalam jebakan globalisasi tanpa tahu jalan keluar terhadap permasalahan yang dihadapinya.

Tulisan ini mencoba melakukan pembahasan terhadap persoalan penerapan hak asasi manusia ke dalam sistem hukum di Indonesia. Hal ini didasarkan pada suatu pemikiran, bahwa hak asasi manusia tidaklah bersifat universal, karena pasti akan berbenturan dengan tatanan serta ideologi suatu masyarakat. Untuk itulah tulisan ini akan mencoba menyelaraskan pemberlakuan hukum hak asasi manusia di Indonesia dengan nilai-nilai yang tumbuh dan berkembang dalam kesadaran hidup masyarakat Indonesia dalam hal ini Pancasila sebagai ideologinya.

B. Prinsip-Prinsip Hak Asasi Manusia

Beberapa prinsip telah menjawai hak asasi manusia internasional. Prinsip-prinsip tersebut terdapat di hampir semua perjanjian internasional dan diaplikasikan ke dalam hak-hak yang lebih luas. Prinsip kesetaraan, pelarangan diskriminasi dan kewajiban positif yang dibebankan kepada setiap negara digunakan untuk melindungi hak-hak tertentu.¹² Berikut akan diuraikan terhadap prinsip-prinsip hak asasi manusia dimaksud.

(1) Prinsip Kesetaraan

Hal yang sangat fundamental dari hak asasi manusia kontemporer adalah ide yang meletakkan semua orang terlahir bebas dan memiliki kesetaraan dalam hak asasi manusia.¹³

¹¹ Joni Emirzon, 'Penerapan Otonomi Keilmuan Dalam Pembangunan Hukum Ekonomi Indonesia di Era Globalisasi' dalam Satya Arinanto, Ninuk Triyanti (editor), *Memahami Hukum Dari Konstruksi sampai Implementasi, Memahami Hukum Dari Konstruksi sampai Implementasi*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009, hlm. 90.

¹² Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *op. cit.*, hlm. 39.

¹³ *Ibid.*

(a) Definisi dan Pengujian Kesetaraan

Kesetaraan mensyaratkan adanya perlakuan yang setara, dimana pada situasi sama harus diberlakukan dengan sama, dan dengan perdebatan, dimana pada situasi yang berbeda diperlakukan dengan berbeda pula.¹⁴

(b) Tindakan Afirmatif

Masalah muncul ketika seseorang berasal dari posisi yang berbeda tetapi diperlakukan secara sama. Jika perlakuan yang sama ini terus diberikan, maka tentu saja perbedaan ini akan terjadi terus-menerus walaupun standar hak asasi manusia telah ditingkatkan. Karena itulah penting untuk mengambil langkah selanjutnya guna mencapai kesetaraan. Tindakan afirmatif mengizinkan negara untuk memperlakukan secara lebih kepada kelompok tertentu yang tidak terwakili.¹⁵

(2) Prinsip Non-Diskriminasi

Peraturan terhadap diskriminasi adalah salah satu bagian penting prinsip kesetaraan. Jika semua orang setara, maka seharusnya tidak ada perlakuan yang diskriminatif (selain tindakan afirmatif yang dilakukan untuk mencapai kesetaraan).¹⁶

(a) Definisi dan Pengujian Diskriminasi

Apakah diskriminasi itu? Pada efeknya, diskriminasi adalah kesenjangan perbedaan perlakuan dari perlakuan yang seharusnya sama/ setara.¹⁷

(b) Diskriminasi Langsung dan Tidak Langsung

Diskriminasi langsung adalah ketika seseorang baik langsung maupun tidak langsung diperlakukan dengan berbeda (*less favourable*) daripada lainnya. Diskriminasi tidak langsung muncul ketika dampak

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 40.

¹⁷ *Ibid.*

dari hukum atau dalam praktik hukum merupakan bentuk diskriminasi, walaupun hal itu tidak ditujukan untuk tujuan diskriminasi. Misalnya, pembatasan pada hak kehamilan jelas akan berpengaruh lebih besar kepada perempuan daripada kepada laki-laki.¹⁸

(c) Alasan Diskriminasi

Hukum hak asasi manusia internasional telah memperluas alasan diskriminasi. DUHAM menyebutkan beberapa alasan diskriminasi antara lain ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, pendapat politik atau opini lainnya, nasional atau kebangsaan, kepemilikan akan suatu benda (*property*), kelahiran atau status lainnya. Semua hal itu merupakan suatu alasan yang tidak terbatas dan semakin banyak pula instrument yang memperluas alasan diskriminasi termasukdi dalamnya orientasi seksual, umur dan cacat tubuh.¹⁹

(3) Kewajiban Positif untuk Melindungi Hak-Hak Tertentu

Menurut hukum hak asasi manusia internasional, suatu negara tidak boleh secara sengaja mengabaikan hak-hak dan kebebasan-kebebasan. Sebaliknya negara diasumsikan memiliki kewajiban positif untuk melindungi secara aktif dan memastikan terpenuhinya hak-hak dan kebebasan-kebebasan.²⁰

(a) Arti

Untuk kebebasan berekspresi, sebuah negara boleh memberikan kebebasan dengan memberikan sedikit pembatasan. Satu-satunya pembatasan adalah suatu hal yang secara hukum disebut sebagai pembatasan-pembatasan. Untuk hak hidup negara tidak boleh menerima pendekatan yang pasif. Negara wajib membuat aturan hukum an mengambil langkah-langkah guna melindungi hak-hak dan kebebasan-kebebasan secara positif yang dapat diterima oleh negara. Karena

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

alasan inilah, maka negara berkewajiban membuat aturan hukum yang melarang pembunuhan untuk mencegah actor non negara (*non state actor*) melanggar hak untuk hidup. Penekanannya adalah bahwa negara harus bersifat proaktif dalam menghormati hak untuk hidup dan bukan bersifat pasif.²¹

(b) Beberapa Contoh

Di antara beberapa contoh yang paling umum adalah hak untuk hidup dan pelarangan penyiksaan. Negara tidak boleh mengikuti kesalahan negara lain yang melanggar ketentuan hak untuk hidup atau melanggar larangan penyiksaan. Negara tidak boleh membantu negara lain untuk menghilangkan nyawa seseorang atau melanggar larangan penyiksaan. Hal ini akan memunculkan masalah bagi suatu negara ketika mempertimbangkan untuk menolak mengakui status pengungsi, mendeportasi orang-orang non rasional ataupun menyetujui permintaan ekstradiksi.²²

C. Pancasila sebagai Nilai Fundamental Bangsa

Bagi masyarakat Indonesia, Pancasila bukanlah sesuatu yang asing. Pancasila terdiri atas 5 (lima) sila, tertuang dalam Pembukaan UUD 1945 Alinea IV dan diperuntukkan sebagai dasar negara Republik Indonesia. Meskipun di dalam Pembukaan UUD 1945 tersebut tidak secara eskplisit disebutkan kata Pancasila, namun sudah dikenal luas bahwa 5 (lima) sila yang dimaksud adalah Pancasila yang dimaksudkan sebagai dasar negara.

Dewasa ini, terutama di era reformasi, membicarakan Pancasila dianggap sebagai keinginan untuk kembali ke kejayaan masa Orde Baru. Bahkan, sebagian orang memandang sinis terhadap Pancasila sebagai sesuatu yang salah. Kecenderungan demikian wajar oleh karena

²¹ *Ibid.*, hlm. 41.

²² *Ibid.*

Orde Baru menjadikan Pancasila sebagai legitimasi ideologis dalam rangka mempertahankan dan memperluas kekuasaannya secara massif. Akibatnya, Pancasila *-an sich-* ikut terdeskreditkan bersamaan dengan tumbangannya pemerintahan Orde Baru. Pancasila ikut disalahkan dan pantas menanggung beban akibat kesalahan sebuah kekuasaan politik.

Namun, sebagai sebuah ideologi dan dasar filsafat negara, Pancasila layak untuk dikaji kembali relevansinya dalam kehidupan berbangsa dan bernegara. Kesepakatan bangsa telah menetapkan bahwa Pancasila yang terdiri atas lima sila itu merupakan dasar Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diproklamkan tanggal 17 Agustus 1945. Kesepakatan itu dinyatakan pada tanggal 18 Agustus 1945 oleh PPKI sebagai lembaga pembentuk negara saat itu.²³

Melalui perjalanan panjang negara Indonesia sejak merdeka hingga saat ini, Pancasila ikut berproses pada kehidupan bangsa Indonesia. Pancasila tetap sebagai dasar negara namun intepretasi dan perluasan maknanya ternyata digunakan untuk kepentingan kekuasaan yang silih berganti. Pada akhirnya kesepakatan bangsa terwujud kembali pada dewasa ini dengan keluarnya Ketetapan MPR No. XVII/ MPR/ 1998 tentang Pencabutan Ketetapan MPR RI No. II/ MPR/ 1978 tentang Pedoman Penghayatan dan Pengamalan Pancasila (Eka Prasetya Pancakarsa) dan Penetapan tentang Penegasan Pancasila sebagai dasar negara. Pasal 1 ketetapan tersebut menyatakan bahwa Pancasila sebagaimana dimaksud dalam Pembukaan UUD 1945 adalah dasar negara dari Negara Kesatuan Republik Indonesia yang harus dilaksanakan secara konsisten dalam kehidupan bernegara. Catatan risalah/penjelasan yang merupakan bagian tak terpisahkan dari ketetapan tersebut menyatakan bahwa dasar negara yang dimaksud dalam ketetapan ini di dalamnya mengandung makna ideologi nasional sebagai cita-cita dan tujuan negara. harapannya tentu

²³ Winarno, *Paradigma Baru Pendidikan Kewarganegaraan*, Bumi Aksara, Jakarta, Cet.Kedua, 2008, hlm. 1.

saja agar tidak terjadi lagi kesalahan dalam memperlakukan Pancasila. Pancasila hendaknya diperlakukan secara benar dan wajar dalam konteks kehidupan bernegara Indonesia.²⁴

Pandangan hidup Pancasila bertolak dari keyakinan bahwa alam semesta dengan segala isinya, termasuk manusia yang sebagai suatu keseluruhan terjalin secara harmonis, diciptakan oleh Tuhan. Kehadiran manusia di dunia dikodratkan dalam kebersamaan dengan sesamanya, namun tiap manusia memiliki kepribadian yang unik yang membedakan yang satu dari yang lain. Keseluruhan pribadi dengan keunikannya masing-masing mewujudkan satu kesatuan, yakni kemanusiaan. Jadi, “kesatuan dalam perbedaan”. Sebaliknya dalam kebersamaan (kesatuan) itu tiap manusia individual warga kesatuan tersebut memperlihatkan kodrat kepribadian yang unik, yang berarti terdapatnya perbedaan di dalam kesatuan kemanusiaan. Jadi, “perbedaan dalam kesatuan”.²⁵ Tiap manusia dan masyarakat harus mengakui, menerima, memelihara dan melindungi kepribadian tiap manusia warga masyarakat. Namun, hal itu tidak berarti bahwa kepentingan tiap manusia individual secara sendiri harus didahulukan dari masyarakat, sebab terbawa oleh kodrat kebersamaan dengan sesamanya itu, tiap manusia individual hanya dapat mewujudkan kemanusiannya di dalam masyarakat, dalam kebersamaan dengan sesama manusia. Kebahagiaan dan upaya untuk mewujudkannya tidak dapat terisolasi dari kebahagiaan masyarakat sebagai suatu keseluruhan. Selain itu, manusia juga tidak terlepas dari ketergantungan pada lingkungan alam dan Tuhan. Hal ini merupakan struktur dasar yang hakiki dari keberadaan manusia. Struktur dasar kebersamaan dengan sesamanya dan keterikatan pada alam dan Tuhan ini dirumuskan dalam bentuk sila-sila dari Pancasila,

²⁴ *Ibid.*, hlm. 2.

²⁵ Ungkapan “kesatuan dalam perbedaan” dan “perbedaan dalam kesatuan” berasal dari karya Soediman Kartohadiprodjo, PANTJASILA, suatu usaha pertjobaan mendekati problema sekitarnya, dalam Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2009, hlm. 183.

yang masing-masing mengungkapkan nilai fundamental dan sekaligus juga menjadi lima asas operasional dalam menjalani kehidupan, termasuk dalam penyelenggaraan kegiatan menegara dan pengembangan hukum. nilai fundamental tersebut diejawantahkan ke dalam berbagai asas hukum dan kaidah hukum yang keseluruhannya mewujudkan sebuah system hukum (tata hukum).²⁶

Dalam esensinya, sistem nilai dapat dibedakan ke dalam nilai dasar (*base-values*) sebagai landasan dan acuan untuk mencapai atau memperjuangkan sesuatu, dan nilai tujuan (*goal-values*) sebagai sesuatu yang harus dan layak untuk diperjuangkan atau diwujudkan. Sebagai system nilai, Pancasila merupakan *base-values* dan sekaligus juga merupakan *goal-values*.²⁷

(1) Inti Sila Pertama

Menurut Notonagoro,²⁸ bahwa di antara lima sila, sila Ketuhanan Yang Maha Esa yang paling sulit, karena merupakan sila yang paling banyak menjadi persoalan. Memang di dunia ini terdapat pendirian dan kepercayaan yang mengenai Ketuhanan, lebih-lebih mengenai Ketuhanan Yang Maha Esa, yang sangat berlain-lainan, begitu pula keadaannya di negara Indonesia. Maka dari itu dapat dipertanggungjawabkan untuk mengajukan suatu pendapat tentang isi arti sila Ketuhanan Yang Maha Esa, yang tidak terikat kepada bentuk Ketuhanan Yang Maha Esa yang tertentu, akan tetapi tidak memperkosa intik dari arti dan istilah Ketuhanan Yang Maha Esa, dengan lain perkataan batas-batas dari isi-intinya harus cukup luas untuk dapat menempatkan semua agama dan kepercayaan di dalamnya.²⁹

²⁶ *Ibid.*, hlm. 184.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Notonagoro, *Dasar Falsafah Negara*, PT. Bina Aksara, Jakarta, 1983, hlm. 60.

²⁹ Tukiran Taniredja, Muhammad Afandi, Efi Miftah Faridli, *Paradigma Baru Pendidikan Pancasila untuk Mahasiswa*, Alfabeta, Bandung, 2011, hlm. 61-62.

Sesuai dengan sila pertama Ketuhanan Yang Maha Esa, negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agama masing-masing dan untuk beribadat menurut agama dan kepercayaannya. Dalam melaksanakan kemerdekaan beragama ini negara menghendaki adanya toleransi dari para pemeluk agama, sehingga tidak akan membenarkan adanya pemaksaan suatu agama kepada orang lain. Pemerintah juga harus selalu membimbing dan mengarahkan segenap warga negara dan penduduk untuk selalu mengamalkan ajaran agama yang dipeluknya, serta memberikan kebebasan kepada setiap penduduk Indonesia untuk mengembangkan agamanya tanpa mengganggu hak dan kebebasan pemeluk agama lainnya.³⁰

(2) Inti Sila Kedua

Sila kemanusiaan yang adil dan beradab mendorong manusia diakui dan diperlakukan sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa, yang sama derajatnya, yang sama hak dan kewajiban-kewajiban dasarnya, tanpa membedakan suku, keturunan, agama dan kepercayaan, jenis kelamin, kedudukan sosial, warna kulit dan sebagainya. Karena itu dikembangkan sikap saling mencintai sesama manusia, sikap tenggang rasa dan tepa selira, serta sikap tidak semena-mena terhadap orang lain.³¹

Adapun makna Pancasila sebagai ideologi nasional menurut ketentuan tersebut adalah bahwa nilai-nilai yang terkandung dalam ideologi Pancasila menjadi cita-cita normative penyelenggaraan bernegara. Secara luas dapat diartikan bahwa visi atau arah dari penyelenggaraan kehidupan berbangsa dan bernegara Indonesia adalah terwujudnya kehidupan ber-Ketuhanan, yang ber-Kemanusiaan, yang ber-Persatuan,

³⁰ H.A.M. Effendi, *Falsafah Negara Pancasila*, Badan Penerbitan IAIN Walisongo Press bekerjasama dengan CV. Cendekia, Semarang, 1995, hlm. 39.

³¹ Tukiran Taniredja, Muhammad Afandi, Efi Miftah Faridli, *op. cit.*, hlm. 64.

yang ber-Kerakyatan dan yang ber-keadilan.³²

Sila kedua ini menghendaki agar negara mengakui adanya hak dan kewajiban yang sama pada setiap warga negara Indonesia, dan mengharuskan kepada negara untuk memperlakukan manusia Indonesia dan manusia lainnya secara adil dan tidak sewenang-wenang. Di samping itu, negara harus menjamin setiap warga negaranya untuk mendapatkan kedudukan hukum dan pemerintahan yang sama, serta membebani kewajiban yang sama dalam hukum dan pemerintahan. Negara wajib menciptakan suasana kehidupan masyarakat yang berbudi luhur sesuai dengan harkat dan martabat manusia.³³

(3) Inti Sila Ketiga

Menurut Notonagoro,³⁴ inti sila Persatuan Indonesia dapat dirumuskan, kesadaran akan adanya perbedaan-perbedaan di dalam masyarakat dan bangsa, menghidup-hidupkan perbedaan yang mempunyai daya penarik ke arah kerjasama dan kesatuan, dan mengusahakan peniadaan serta pengurangan perbedaan yang mungkin mengakibatkan suasana dan kekuatan tolak-menolak ke arah perselisihan, pertikaian dan perpecahan atas dasar kesadaran akan kebijaksanaan dan nilai-nilai hidup yang sewajarnya, lagi pula dengan kesediaan, kecakapan dan usaha untuk sedapat-dapatnya melaksanakan pertalian kesatuan kebangsaan, mungkin menurut pedoman-pedoman majemuk tunggal bagi pengertian kebangsaan.

(4) Inti Sila Keempat

Inti prinsip sila keempat menurut Notonagoro,³⁵ adalah kebebasan dan kekuasaan rakyat di dalam lapangan kenegaraan, atas dasar tri tunggal,

³² *Ibid.*, hlm. 23.

³³ H.A.M. Effendi, *op. cit.*, hlm. 39.

³⁴ Notonagoro, *op. cit.*, hlm. 65.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 66.

yaitu “negara dari rakyat, bagi rakyat dan oleh rakyat”.

Terkait dengan mufakat, dasar perwakilan, dasar permusyawaratan pada sidang pertama BPUPKI 1 Juni 1945, Bung Karno mengusulkan, bahwa kalau kita mencari demokrasi hendaknya bukan demokrasi Barat, tetapi permusyawaratan yang member hidup, yakni *politik-ekonomishe democratie* yang mampu mendatangkan kesejahteraan sosial.³⁶

(5) Inti Sila Kelima

Sila kelima Pancasila, menurut Notonagoro, mengandung prinsip bahwa di dalam lapangan sosial dan ekonomi ada kebebasan dan kekuasaan politik. Di dalam lapangan sosial ekonomi ada kebebasan dan kekuasaan perseorangan, dalam keseimbangan dengan sifat manusia sebagai makhluk sosial, untuk mengusahakan dan memenuhi kebutuhan hidup, yang sesuai dengan sifat-sifat mutlak dari manusia sebagai individu.

Pancasila sebagai ideologi nasional merupakan titik temu, rujukan bersama, *common platform*, kesepakatan bersama dan nilai integrative bagi bangsa Indonesia. Kesepakatan bersama bahwa Pancasila adalah ideologi nasional inilah yang harus dipertahankan dan tumbuh kembangkan dalam kehidupan bangsa yang plural ini.

Berdasarkan uraian di atas, Pancasila sebagai ideologi nasional memiliki makna sebagai berikut :³⁷

1. Nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila menjadi cita-cita normatif penyelenggaraan bernegara;
2. Nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila merupakan nilai yang disepakati bersama dan oleh karena itu menjadi salah satu sarana pemersatu (integrasi) masyarakat Indonesia.

³⁶ Singgih Hadiwibowo Ana dan Agus Wahyudi, *Pemikiran Para Pemimpin Negara tentang Pancasila*, Aditya Media, Yogyakarta, 2006, hlm. 105.

³⁷ *Ibid.*, hlm. 25.

Pancasila sebagai paradigma pembangunan bidang hukum yang berkeadilan dimaksudkan untuk menumbuhkan kesadaran bahwa tertib sosial, ketenangan dan keteraturan hidup bersama hanya dapat diwujudkan dengan ketaatan terhadap hukum dan seluruh peraturan yang berpihak kepada keadilan. Keseluruhan aturan hukum yang menjamin tegaknya supremasi dan kepastian hukum sejalan dengan upaya pemenuhan rasa keadilan yang hidup dan berkembang di dalam masyarakat. Diharapkan adanya penegakan hukum secara adil, perlakuan yang sama dan tidak diskriminatif terhadap setiap warga negara di hadapan hukum, dan menghindari penggunaan hukum secara salah sebagai alat kekuasaan dan bentuk-bentuk manipulasi hukum lainnya.³⁸

D. Instrumen Hak Asasi Manusia Nasional

Pada dasarnya terdapat dua hak dasar pada manusia yaitu: *pertama*, hak manusia (*human rights*) yaitu hak yang melekat pada manusia dan secara asasi ada sejak manusia itu dilahirkan. Ia berkaitan dengan eksistensi hidup manusia, bersifat tetap dan utama, tidak dapat dicabut, tidak tergantung dengan ada atau tidaknya orang lain di sekitarnya. Dalam skala yang lebih luas hak asasi menjadi asas undang-undang. Wujud hak ini diantaranya berupa kebebasan batin, kebebasan beragama, kebebasan hidup pribadi, atas nama baik, melakukan pernikahan, kebebasan untuk berkumpul dan mengeluarkan pendapat, emansipasi wanita. *Kedua*, hak undang-undang (*legal rights*) yaitu hak yang diberikan oleh undang-undang secara khusus kepada pribadi manusia.³⁹ Oleh karena diberikan, maka sifat pengaturannya harus jelas tertuang dalam sejumlah peraturan perundang-undangan. Barangsiapa yang tidak memenuhi ketentuan undang-undang maka kepadanya dapat dikenakan sanksi yang ditentukan

³⁸ Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor VI/MPR/ 2001.

³⁹ I Gede Arya B. Wiranata, *Hak Asasi (Anak) Dalam Realitas Quo Vadis?*, Refika Aditama, Bandung, 2007, hlm. 229.

oleh pembentuk undang-undang.

Di dalam perjalanan sejarah ketatanegaraan, Republik Indonesia telah memiliki tiga Undang-Undang Dasar dengan empat kali masa berlaku yaitu:

1. UUD 1945, berlaku sebagai Konstitusi Negara Republik Indonesia dari tanggal 18 Agustus 1945 sampai 27 Desember 1949
2. Konstitusi Republik Indonesia Serikat (Konstitusi RIS), berlaku sejak tanggal 27 Desember 1949 sampai 17 Agustus 1950.
3. UUDS 1950, berlaku sejak tanggal 17 Agustus 1950 sampai 5 Juli 1959.

Di dalam Konstitusi RIS, persoalan hak asasi manusia diatur dalam Pasal 7 sampai 33. Sedangkan di dalam UUDS 1950, hak asasi manusia diatur dalam Pasal 7 sampai Pasal 34. Pengaturan tentang hak asasi manusia dalam UUDS 1950 merupakan pemindahan dari pasal-pasal yang terdapat dalam Konstitusi RIS, sehingga redaksi yang ada dalam Konstitusi RIS hanya berubah beberapa kalimat saja dan penambahan satu pasal.

Orde Lama dan Orde Baru meyakini UUD 1945 sebagai UUD yang sempurna, memiliki nilai kejuangan, oleh karenanya cenderung disakralkan. Minimnya pasal-pasal yang menimbulkan bermacam-macam interpretasi, dipahami sebagai keluwesan dan kelenturan selanjutnya dibanggakan sebagai sesuatu yang tidak dijumpai pada konstitusi negara lain.

Perkembangan hak asasi manusia di Indonesia tidak dapat dilepaskan dari faktor politik dan sosial pada masa kekuasaan Soeharto. Pada masa pemerintahan Orde Baru, demokrasi belum berjalan dengan baik. Hal ini dapat dilihat dari kebebasan mengemukakan pendapat di

muka umum, kebebasan pers maupun kebebasan dalam organisasi dan sebagainya. Hanya kepentingan-kepentingan politik yang menonjol pada saat itu, sehingga gerak-gerik masyarakat terbatas oleh kekuatan politik dan militerisme.

Setelah tumbanganya rezim orde baru, maka dimulailah era yang disebut “reformasi”. Pada era ini, pelembagaan instrumen hak asasi manusia kemudian meningkat bahkan masuk ke dalam substansi UUD hasil amandemen. Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) yang memiliki wewenang menetapkan UUD telah mengamandemenkan UUD 1945 sejak tahun 1999 dengan amandemen pertamanya. Pada tahun 2000 telah dicantumkan dengan tegas tentang hak-hak asasi manusia dalam Bab tersendiri dengan rinci dalam 10 pasal, yaitu Pasal 28A sampai 28J. Dengan demikian hak asasi manusia secara konstitutif telah diakui sejak berdirinya negara. Perkembangan yang cukup signifikan bersamaan dengan pergantian pemerintahan adalah Ketetapan MPR RI No. XVII/MPR/ 1998 tentang Hak Asasi Manusia. MPR tidak pernah menghasilkan Ketetapan Instrumen mengenai hak asasi manusia.

Demi nama baik bangsa dan masyarakat Indonesia sebagai anggota PBB, maka menghormati Piagam PBB dan DUHAM, serta untuk perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia sesuai dengan prinsip-prinsip kebudayaan bangsa Indonesia, Pancasila dan Negara berdasarkan atas hukum, maka perwujudan hak dasar yang tertuang dalam UUD di atas kemudian dijabarkan dalam bentuk kebijakan dan sejumlah peraturan perundang-undangan yang disusun secara bersama antara Presiden bersama-sama DPR. Selain membentuk sebuah kementerian khusus yang menangani urusan wanita dalam kabinet yaitu Menteri Negara Urusan Peranan Wanita sejak beberapa tahun terakhir sebagai upaya pelaksanaan konsep hak-hak asasi manusia, pemerintah juga menetapkan sejumlah peraturan perundang-undangan seperti:

- a. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Wanita;
- b. Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tentang Pengesahan Konvensi Hak Anak;
- c. Keputusan Presiden Nomor 50 Tahun 1993 tentang Komisi Nasional HAM.

Berkenaan dengan materi yang diatur dalam TAP MPR Nomor XVII/ MPR/ 1998 mengenai substansi hak asasi manusia, sebenarnya tidak berbeda dengan substansi hak asasi manusia sebagaimana tercantum dalam instrumen yang bersifat internasional. Pasal 4 TAP MPR tersebut menyatakan : “untuk menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.” Implementasi ketetapan ini adalah diundangkannya Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Semenjak pergantian pemerintahan orde baru, dan Kabinet Era Reformasi sampai dengan Kabinet Gotong Royong, telah banyak menetapkan peraturan perundang-undangan yang berspektif hak asasi manusia dan ratifikasi instrumen hak asasi manusia internasional, yaitu:

- a. Keppres Nomor 129 Tahun 1998 tanggal 15 Agustus 1998 tentang Komisi Nasional Anti kekerasan Terhadap Perempuan;
- b. Instruksi Presiden Nomor 26 Tahun 1998 tanggal 16 September 1998 tentang Menghentikan Penggunaan Istilah Pribumi dan Non Pribumi dalam Semua Perumusan dan Penyelenggaraan Kebijakan Perencanaan Program ataupun Pelaksanaan Kegiatan Penyelenggaraan Pemerintahan;

- c. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1998 tanggal 28 September 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Kejam, Tidak Manusiawi, atau Merendahkan;
- d. Keppres Nomor 181 Tahun 1998 tanggal 9 Oktober 1998 tentang Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan;
- e. Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 tanggal 26 Oktober 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum;
- f. Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tanggal 23 September 1999 tentang Hak Asasi Manusia;
- g. Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tanggal 23 Nopember 2000 tentang Pengadilan HAM;
- h. Konvensi ILO Nomor 87 Tahun 1948, diratifikasi berdasarkan Keppres Nomor 83 Tahun 1998 tentang Kebebasan Berserikat dan Perlindungan Hak untuk Berorganisasi;
- i. Konvensi ILO Nomor 105 Tahun 1957, diratifikasi berdasarkan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1999 tentang Penghapusan Kerja Paksa;
- j. Konvensi ILO Nomor 111 Tahun 1958, diratifikasi berdasarkan Undang-Undang Nomor 21 Tahun 1999 tentang Diskriminasi dalam Pekerjaan dan Jabatan;
- k. Konvensi ILO Nomor 138 Tahun 1973, diratifikasi berdasarkan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 1999 tentang Usia Minimum untuk Diperbolehkan Bekerja;
- l. Konvensi ILO Nomor 182 Tahun 1999, diratifikasi berdasarkan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2000 tentang Pelanggaran dan Tindakan Segera Penghapusan Bentuk-bentuk Pekerjaan Terburuk untuk Anak;

- m. Konvensi ILO Nomor 88 Tahun 1948, diratifikasi berdasarkan Keppres Nomor 36 Tahun 2002 tentang Lembaga Pelayanan Penempatan Tenaga Kerja;

Secara konsepsional, berbagai paradigma baru itu telah mengakui nilai-nilai kemanusiaan yang universal, yaitu seluruh nilai-nilai yang dicantumkan dalam Deklarasi Universal tentang Hak Asasi Manusia. Indonesia juga telah menyusun Rencana Aksi Nasional (RAN) Hak Asasi Manusia Departemen Luar Negeri yang telah yang didahului Pembentukan Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (Keppres No. 50 Tahun 1993).⁴⁰

E. Harmoni Pembangunan Hukum Hak Asasi Manusia di Indonesia

Arus globalisasi yang bergulir sejak tahun 80-an, tidak saja melanda masalah perekonomian, tetapi lebih melanda dalam kehidupan politik, pertahanan dan keamanan, iptek, pendidikan, sosial budaya, dan hukum. Globalisasi di bidang politik tidak terlepas dari pergerakan tentang hak asasi manusia, transparansi, dan demokratisasi. Instrumen-instrumen hak asasi manusia semakin berkembang dalam berbagai konvensi dan kovenannya. Perlindungan hak asasi manusia kemudian dijadikan salah satu standar untuk berhubungan dengan negara luar khususnya negara-negara Barat. Kekuatan ekonomi yang besar dan ketergantungan negara-negara dunia ketiga yang non-komunis kepada bantuan ekonomi Barat, menimbulkan dominasi Barat dan standar Barat dalam penilaian terhadap

⁴⁰ Komnas HAM memiliki tugas sebagaimana diatur dalam Pasal 5 Keppres No. 50 Tahun 1993 yakni sebagai berikut: (a) menyebarluaskan wawasan nasional dan internasional mengenai hak asasi manusia baik kepada masyarakat Indonesia maupun kepada masyarakat internasional, (b) mengkaji berbagai instrument Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang hak asasi manusia dengan tujuan memberikan saran-saran mengenai kemungkinan aksesi dan/ atau ratifikasinya, (c) memantau dan menyelidiki pelaksanaan hak asasi manusia serta pendapat, pertimbangan, dan saran kepada badan pemerintahan negara mengenai pelaksanaan hak asasi manusia, dan (d) mengadakan kerjasama regional dan internasional dalam rangka memajukan dan melindungi hak asasi manusia.

pelaksanaan hak asasi manusia dunia terutama negara dunia ketiga.⁴¹

Negara-negara dapat memasukkan norma-norma hak asasi manusia internasional yang dituangkan dalam deklarasi-deklarasi hak asasi manusia ke dalam hukum domestik mereka; hak-hak yang diberikan kemudian dapat digunakan oleh para individu sebagai bagian dari hukum negara tersebut. Apa dan bagaimana cara masuknya itu berlangsung tergantung pada sistem dan mekanisme hukum masing-masing negara itu sendiri, dan negara-negara berbeda dalam hal ini. Standar hak asasi manusia yang tercerminkan dalam hukum kebiasaan internasional juga dapat dimasukkan ke dalam hukum nasional (sekurang-kurangnya dengan menghilangkan peraturan perundang-undangan yang bertentangan atau melalui praktek/ kebijakan pemerintah) sebagai bagian dari “hukum negara.”⁴²

Adanya globalisasi dalam pergerakan hak asasi manusia, mengharuskan Indonesia menggabungkan instrumen-instrumen hak asasi manusia internasional yang diakui oleh negara-negara anggota PBB, ke dalam hukum positif nasional. Namun hendaknya penerimaan Indonesia terhadap instrumen-instrumen hak asasi manusia dimaksud tidaklah serta-merta membuat para pembuat kebijakan untuk menerima konsep-konsep hak asasi manusia yang berlandaskan pada falsafah Barat secara universal, namun hendaknya diselaraskan (harmonisasi) dengan falsafah bangsa serta kebudayaan bangsa Indonesia dengan memperkuat lembaga masyarakat, lembaga studi, dan masyarakat luas untuk memainkan peran dalam mempromosikan dan melindungi hak asasi manusia terhadap kehidupan masyarakat bangsa Indonesia. Dengan penerapan instrument hak asasi manusia internasional dalam hukum positif nasional, maka akan membatasi kekuasaan pemerintahan dalam kehidupan berbangsa dan bernegara.

⁴¹ Muladi (editor), *op. cit.*, hlm.10-11.

⁴² Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *op. cit.*, hlm. 67.

Hak asasi manusia telah berkembang sebagai suatu tatanan, yang semula hanya sebatas negara tertentu saja, dan sekarang telah mendunia. Instrumen hak asasi manusia yang tadinya bersifat universal telah menjadi cermin bermacam-macam norma perilaku yang diterima secara khusus oleh sebagian besar negara-negara di dunia. Asumsi ini yang dijadikan sebagai dasar diterimanya DUHAM pada tahun 1948 oleh suatu badan internasional yaitu PBB.

Pada pembukaannya, Deklarasi ini menyatakan suatu pengakuan atas martabat yang hakiki dan hak yang sama tanpa diskriminasi, tidak dapat dicabut oleh segenap anggota umat manusia, sekaligus sebagai landasan adanya kebebasan, keadilan dan perdamaian dunia. Nilai-nilai hak asasi manusia yang bersifat universal tersebut pada tataran teoritis dapat diterima oleh semua negara, akan tetapi pada tataran implementasi selalu terdapat perbedaan antara negara yang satu dengan negara yang lain disebabkan adanya sudut pandang yang berbeda. Perbedaan sudut pandang inilah yang merupakan salah satu factor implementasi nilai-nilai universal hak asasi manusia tidak seragam.⁴³

Konsep hak asasi manusia yang sebelumnya cenderung bersifat *theologies*, filsafati, ideologis, atau moralistik, dengan kemajuan berbangsa dan bernegara dalam konsep modern akan cenderung ke sifat yuridis dan politik, karena instrumen hak asasi manusia dikembangkan sebagai bagian yang menyeluruh dari hukum internasional baik tertulis maupun tidak tertulis. Bentuknya bisa dalam wujud deklarasi, konvensi, kovenan, resolusi maupun komentar umum (*general comments*). Instrumen-instrumen tersebut akan membebankan kewajiban para negara-negara anggota PBB, sebagian mengikat secara yuridis dan sebagian lagi kewajiban secara moral walaupun para negara anggota belum melakukan ratifikasi secara formal.⁴⁴

⁴³ Hassan Suryono, *Implementasi dan Sinkronisasi Hak Asasi Manusia Internasional dan Nasional*, dalam Muladi (editor), *op. cit.*, hlm. 86.

⁴⁴ Slamet Marta Wardaya, *op. cit.*, hlm. 6.

Sebagaimana telah dikemukakan di awal, bahwa memasukkan norma hak asasi manusia ke dalam Undang-Undang Dasar Indonesia, merupakan perjuangan yang panjang. Pertentangan antara para pendiri negara dan perancang konstitusi (kubu M. Yamin dengan kubu Soepomo dan Seokarno) tentang perlu/ tidaknya hak asasi manusia dimasukkan ke dalam UUD Negara Indonesia. Dalam pandangan Soepomo hak asasi manusia sangat identik dengan ideologi liberal-individual, dengan demikian sangat tidak cocok dengan sifat masyarakat Indonesia. Soepomo tidak pernah membayangkan kalau negara yang berasaskan kekeluargaan akan terjadi konflik atau penindasan negara kepada rakyatnya karena negara atau pemerintahan merupakan satu kesatuan, antara pemerintah dengan rakyat adalah tubuh yang sama.⁴⁵ Pandangan demikian ditolak oleh Yamin.⁴⁶ Walhasil, dari pertentangan tersebut dicapai kompromi untuk memasukkan beberapa prinsip hak asasi manusia ke dalam UUD yang mereka rancang. Wujud dari kompromi tersebut adalah apa yang diatur pada beberapa pasal dalam UUD 1945.

Tidak semua bangsa dan masyarakat di dunia memiliki kosmologi serta pandangan (*outlook*) dunia dan kemasyarakatan seperti dimiliki dunia Barat. Barat dengan pandangan individualnya tidaklah dapat disamakan dengan masyarakat Timur (katakanlah Indonesia), yang memiliki pandangan kolektif. Interaksi dan saling memasuki satu sama lain bisa terjadi, tetapi yang satu tidak menggusur yang lain.

Dalam kaitan dengan pembicaraan mengenai hak asasi manusia ia mengandung arti, bahwa hak asasi manusia memiliki struktur sosial. Struktur sosial tersebut menjadi modal sosial masing-masing bangsa untuk memasuki dunia hak asasi manusia, menangkapnya dan menjalankannya. Kalau tetap ingin dikatakan bahwa hak asasi manusia itu universal, maka

⁴⁵ Perdebatan seputar sidang-sidang BPUPKI dalam 'Risalah Sidang BPUPKI' terbitan Sekneg tahun 1997, dalam Firdaus, 'Implikasi Pengaturan HAM Dalam UUD Terhadap Ius Constituendum' dalam Muladi (editor), *op. cit.*, hlm. 10.

⁴⁶ *Ibid.*

ia perlu mengalami verifikasi sehingga menjadi “hak asasi manusia adalah universal dan memiliki struktur sosial”. Suatu bangsa atau masyarakat akan menjalankan nilai hak asasi manusia yang universal itu dengan modal sosial yang dimilikinya. Ia tak dapat menjamin modal sosial bangsa lain.⁴⁷

Dengan diproklamasikannya kemerdekaan Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945, Indonesia harus membangun sistem hukumnya sendiri.⁴⁸ Sebagai dasar pengikat konsistensi dari sistem hukum Indonesia, para *founding father* Indonesia telah merumuskan Pancasila sebagai norma fundamental yang dimiliki bangsa Indonesia. Pancasila merupakan sumber hukum yang paling dasar, dimana konkritisasi dari nilai-nilai itu kemudian dirumuskan melalui UUD 1945 (tertuang secara tegas di dalam Pembukaan UUD 1945 tersebut) dan peraturan-peraturan lain yang lebih rendah. Francis G. Jacobs menyatakan:

*“the nation that there is a basic or fundamental law (confusingly sometimes known as a higher law) can be traced back for many centuries. The essential idea is that ordinary laws, even those made by the ‘sovereign,’ are subject to fundamental law, and can therefore be held invalid if they transgress it.”*⁴⁹

Sebagai sumber hukum fundamental, semua peraturan yang menjadi bagian sistem hukum Indonesia haruslah tidak bertentangan dengan Pancasila (dan UUD 1945). Oleh karena itu, jika peraturan tersebut bertentangan dengan Pancasila dan UUD 1945, dapat dianggap

⁴⁷ Satjipto Rahardjo, ‘Hak Asasi Manusia Dalam Masyarakatnya’ dalam Muladi (editor), *ibid.*, hlm. 221.

⁴⁸ Dardji Darmodihardjo dan Sidharta menyatakan bahwa : “Proklamasi 17 Agustus 1945 oleh Soekarno-Hatta dan penetapan UUD 1945 satu hari sesudahnya, menjadi titik awal dimulainya tertib hukum Indonesia.” Lihat : Dardji Darmodihardjo dan Sidharta, *Penjabaran Nilai-Nilai Pancasila Dalam Sistem Hukum Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm. 163.

⁴⁹ Francis G. Jacobs, *The Sovereignty of law : The European Way*, Cambridge, Cambridge Press, hlm. 5.

sebagai peraturan yang tidak sah.⁵⁰ Dari penjabaran di atas jelaslah bahwa pada dasarnya pemberlakuan instrumen-instrumen hak asasi manusia di Indonesia haruslah merupakan perwujudan dan pelaksanaan dari nilai-nilai yang ada di dalam Pancasila.

Menurut Prasetijo Rijadi & Sri Priyati,⁵¹ Pancasila menjadi sangat aksiomatik dan juga ilmiah dalam ukuran kesepakatan kolektif kita sebagai bangsa Indonesia. Sebagaimana diketahui bahwa Pancasila terdiri atas lima sila yang membentuk suatu rangkaian sistem ideologis dan filosofis yang *logic scientific* yang menjadi dasar hukum utama (yang dalam bahasa populernya dinamakan “sumber dari segala sumber hukum”). Sila-sila Pancasila itu adalah :

1. Ketuhanan Yang Maha Esa;
2. Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab;
3. Persatuan Indonesia;
4. Kerakyatan Yang Dipimpin oleh Hikmat Kebijaksanaan Dalam Permusyawaratan/ Perwakilan;
5. Keadilan Sosial Bagi Seluruh Rakyat Indonesia.

Rangkaian sila-sila Pancasila itu secara terang menginformasikan bahwa kaidah dasar yang merupakan nilai fundamental Pancasila adalah : Ketuhanan, Kemanusiaan, Persatuan, Kerakyatan, dan Keadilan. Nilai dasar ini memberikan arah arah bagi semua warga negara Republik Indonesia untuk menyelenggarakan kehidupan yang berbasis Ketuhanan, kemanusiaan, persatuan, kerakyatan, dan keadilan. Dengan demikian, kita wajib bertindak sejiwa dengan Ketuhanan, kemanusiaan, persatuan, kerakyatan, dan keadilan. Dengan kata lain, pembangunan

⁵⁰ Selanjutnya, proses untuk menyatakan ketidaksahan dari peraturan tersebut harus dilakukan melalui *judicial review* sebagaimana diatur dalam Pasal 20 dan 29 UU No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (LN. RI Tahun 2009 No. 157).

⁵¹ Prasetijo Rijadi & Sri Priyati, 'Membangun Ilmu Hukum Mazhab Pancasila' dalam Satya Arinanto, Ninuk Triyanti (editor), *op. cit.*, hlm. 33.

hukum utamanya pembangunan hukum hak asasi manusia haruslah mencerminkan dan tidaklah boleh bertentangan dengan nilai-nilai Ketuhanan, Kemanusiaan, Persatuan, Kerakyatan, dan Keadilan.

Hal ini mutlak perlu, sebab akan berkaitan dengan falsafah, doktrin, dan wawasan bangsa Indonesia, baik secara individual maupun kolektif kehidupan masyarakat yang berasaskan kekeluargaan, dengan tidak mengenal secara fragmentasi moralitas sipil, moralitas komunal, maupun moralitas institusional yang saling menunjang secara proporsional. Manusia disini dipandang sebagai warga negara. Jadi konsep hak asasi manusia di Indonesia bukan saja terhadap hak-hak mendasar manusia, tetapi ada kewajiban dasar manusia sebagai warga negara untuk mematuhi peraturan perundang-undangan, hukum tak tertulis, menghormati hak asasi manusia orang lain, moral, etika, patuh pada hukum internasional mengenai hak asasi manusia yang telah diterima bangsa Indonesia, juga wajib membela terhadap negara. Sedangkan kewajiban bagi pemerintah untuk menghormati, melindungi, menegakkan, dan memajukan hak asasi manusia yang telah diatur berdasarkan peraturan perundang-undangan dan hukum internasional.

Tatanan hukum yang beroperasi dalam suatu masyarakat pada dasarnya merupakan pengejawantahan cita hukum⁵² yang dianut dalam masyarakat yang bersangkutan ke dalam perangkat berbagai aturan hukum positif, lembaga hukum dan proses (perilaku birokrasi pemerintahan dan warga masyarakat).⁵³ Menurut Bernard Arief Sidharta,⁵⁴ cita hukum berintikan pada tiga unsur yaitu keadilan, kehasil-gunaan (*doelmatigheid*) dan kepastian hukum. Cita hukum itu terbentuk dalam pikiran dan sanubari manusia sebagai produk berpadunya pandangan hidup,

⁵² Cita hukum (*rechtsidee*) mengandung arti bahwa pada hakikatnya hukum sebagai aturan tingkah laku masyarakat berakar pada gagasan, rasa, karsa, cipta dan fikiran dari masyarakat itu sendiri (Perumusan hasil seminar "Temu Kenal Cita Hukum dan Penerapan Asas-asas Hukum Nasional") dalam Bernard Arief Sidharta, *op. cit.*, hlm. 181.

⁵³ *Ibid.*, hlm. 180.

⁵⁴ *Ibid.*, hlm. 181.

keyakinan keagamaan dan kenyataan kemasyarakatan yang diproyeksikan pada proses pengkaidahan perilaku warga masyarakat yang mewujudkan tiga unsur tersebut (keadilan, kehasil-gunaan (*doelmatigheid*) dan kepastian hukum).

Cita hukum akan mempengaruhi dan berfungsi sebagai asas umum yang mempedomani (*guiding principle*), norma kritik (kaidah evaluasi) dan factor yang memotivasi dalam penyelenggaraan hukum (pembentukan, penemuan, dan penerapan hukum) dan perilaku hukum. Dirumuskannya dan dipahaminya cita hukum akan memudahkan penjabarannya ke dalam berbagai perangkat aturan kewenangan dan aturan perilaku dan memudahkan terjaganya konsistensi dalam penyelenggaraan hukum. Dengan demikian, seyogyanya tata hukum itu merupakan eksemplar ramifikasi cita hukum ke dalam berbagai kaidah hukum yang tersusun dalam sebuah sistem.⁵⁵

Pancasila merupakan akar cita hukum bangsa Indonesia, yang merupakan pandangan hidup bangsa Indonesia yang mengungkapkan pandangan bangsa Indonesia tentang hubungan antara manusia dan Tuhan, manusia dan sesama manusia, serta manusia dan alam semesta yang berintikan keyakinan tentang tempat manusia individual di dalam masyarakat dan alam semesta.⁵⁶

Pelaksanaan pembangunan hokum hak asasi manusia akan dapat berjalan dengan baik apabila ditunjang hukum dan aparat penegak hukum yang memiliki landasan nilai-nilai serta norma yang bersumber dari nilai-nilai dan pandangan hidup bangsa Indonesia yaitu Pancasila.⁵⁷ Pancasila sebagai *base-values* sudah sepenuhnya menjadi kenyataan. Sebagai *goal-values* masih belum sepenuhnya menjadi kenyataan. Sebagai *goal-values* baru sila Ketuhanan dan Persatuan yang sudah menjadi kenyataan, namun sila-sila kemanusiaan, kerakyatan dan keadilan masih

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 182.

⁵⁷ Kaelan, *Pendidikan Pancasila*, Paradigma, Yogyakarta, 2001, hlm. 252.

jauh dari kenyataan.⁵⁸

Terdapat berbagai instrument tentang hak asasi manusia baik di tingkat dunia maupun nasional. Di tingkat dunia dikenal DUHAM 1948, *Bill of Right, Magna Charta* dan lain-lain. Sedangkan di Indonesia, hak asasi manusia tercantum dalam Pembukaan UUD 1945 dan dalam pasal-pasal yang masih bersifat parsial dan tersebar serta tidak rinci dan detail, maupun perangkat hukum yang mengatur tentang hak asasi manusia lainnya, seperti Ketetapan MPR Nomor XVII/ MPR/ 1998, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999, Perpu Nomor 1 Tahun 1999 dan Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000. Kiranya terhadap hal ini dapat dikemukakan bahwa upaya sinkronisasi terhadap keberlakuan hukum hak asasi manusia dunia pada skala nasional haruslah dilakukan secara vertikal dan horizontal. Secara vertikal dilakukan terhadap nilai-nilai hak asasi manusia universal/dunia, dan dengan nilai-nilai hak asasi manusia lokal/nasional.⁵⁹ Di samping itu juga terhadap perundang-undangan nasional berdasarkan status yang lebih tinggi dan rendah. Sedangkan sinkronisasi horizontal dilakukan terhadap perundang-undangan yang mempunyai derajat yang sama.

Di dalam melakukan sinkronisasi dan interpretasi tersebut diperlukan legitimasi dan konsensus dari komponen bangsa untuk merumuskan, menjabarkan dan mengintegrasikan. Dari upaya ini akan dihasilkan suatu harmonisasi antara nilai hak asasi manusia nasional dengan hak asasi manusia universal.⁶⁰

Pemunculan, perumusan dan institusionalisasi hak asasi manusia memang tak dapat dilepaskan dari lingkungan sosial atau habitatnya, yaitu tidak lain masyarakat itu sendiri dimana hak asasi manusia itu dikembangkan. Terjadi semacam korespondensi antara hak asasi manusia

⁵⁸ Arief Bernard Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm. 184.

⁵⁹ Hassan Suryono, 'Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Politik Hukum', makalah disampaikan dalam Kuliah Perdana Program PPKn FKIP UNS, 16 September 2002, hlm. 4. dalam Muladi (editor), *op. cit.*, hlm. 88.

⁶⁰ *Ibid*, hlm. 89.

dan perkembangan masyarakat. Dapat juga dikatakan, bahwa hak asasi manusia itu memiliki watak sosial dan struktur sosial tersendiri.⁶¹

Oleh sebab itu, perlu adanya satu persepsi, satu pola yang dapat menggerakkan pembaharuan itu, satu pola itu adalah apa yang dijelaskan oleh Thomas Khun sebagai paradigma.⁶² Paradigma itu harus sebagai pedoman penting bagi arah harmoni pembangunan hukum kita, karena beragamnya cara pandang dengan sendirinya akan memiliki implikasi tersendiri terhadap praktek penegakan hukum hak asasi manusia itu sendiri.

F. Penutup

Perumusan dan institusionalisasi hak asasi manusia memang tak dapat dilepaskan dari lingkungan sosial atau habitatnya, yaitu tidak lain masyarakat itu sendiri dimana hak asasi manusia itu dikembangkan. Terjadi semacam korespondensi antara hak asasi manusia dan perkembangan masyarakat. Dapat juga dikatakan, bahwa hak asasi manusia memiliki watak sosial dan struktur sosial tersendiri.

Pembangunan hukum hak asasi manusia di Indonesia haruslah memperhatikan nilai-nilai serta cita hukum masyarakat Indonesia dalam hal ini tidak lain adalah Pancasila. Pancasila yang tertuang dalam Pembukaan UUD 1945 pada Alinea IV merupakan kumpulan nilai-nilai filsafati bangsa Indonesia. Agar pelaksanaan hak asasi manusia dapat efektif, perlu adanya sinkronisasi dan interpretasi terhadap dokumen hak asasi manusia universal dan nasional sehingga ditemukan harmonisasi dari keduanya.

⁶¹ Satjipto Rahardjo, *op. cit.*, hlm. 217.

⁶² Thomas Khun, *The Structure of Scientific Revolution, Peran Paradigma dalam Revolusi Sains*, PT. Remaja Rosdakarya, Bandung, 2002.

DAFTAR PUSTAKA

- Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2009.
- Dardji Darmodihardjo dan Sidharta, *Penjabaran Nilai-Nilai Pancasila Dalam Sistem Hukum Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996.
- H.A.M. Effendi, *Falsafah Negara Pancasila*, Badan Penerbitan IAIN Walisongo Press bekerjasama dengan CV. Cendekia, Semarang, 1995.
- Kaelan, *Pendidikan Pancasila*, Paradigma, Yogyakarta, 2001.
- Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008.
- Mahfud MD, *Dasar dan Struktur Ketatanegaraan Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2001.
- Mastra Liba, *Mahasiswa dan Pemuda Sebagai Pilar Reformasi Tegaknya Hukum dan HAM*, Yayasan Annisa, Jakarta, 2002.
- Miriam Budiarjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1998.
- Muladi (editor), *Hak Asasi Manusia, Hakekat, Konsep dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, Refika Aditama, Bandung, cet. Kedua, 2007.
- Notonagoro, *Dasar Falsafah Negara*, PT. Bina Aksara, Jakarta, 1983.
- Satya Arinanto, Ninuk Triyanti (editor), *Memahami Hukum Dari Konstruksi sampai Implementasi, Memahami Hukum Dari Konstruksi sampai Implementasi*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009.
- Singgih Hadiwibowo Ana dan Agus Wahyudi, *Pemikiran Para Pemimpin Negara tentang Pancasila*, Aditya Media, Yogyakarta, 2006.
- Thomas Khun, *The Structure of Scientific Revolution, Peran Paradigma dalam Revolusi Sains*, PT. Remaja Rosdakarya, Bandung, 2002.

Tukiran Taniredja, Muhammad Afandi, Efi Miftah Faridli, *Paradigma Baru Pendidikan Pancasila untuk Mahasiswa*, Alfabeta, Bandung, 2011.

Winarno, *Paradigma Baru Pendidikan Kewarganegaraan*, Bumi Aksara, Jakarta, Cet.Kedua, 2008.

HAK ASASI MANUSIA DAN DEMOKRASI DI INDONESIA

Rahbini¹

A. Pendahuluan

Hak asasi manusia merupakan anugerah Tuhan Yang Maha Esa yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia. Penegakan hak asasi manusia yang kuat terjadi ketika bangsa ini memperjuangkan 'hak asasi'-nya, yaitu "kemerdekaan", yang telah berabad-abad dirampas oleh para kolonial.

Para *founding father* negeri ini telah merasakan sendiri bagaimana penderitaan yang dialami karena hak asasinya diinjak-injak oleh penjajah. Dengan demikian, tidak mengherankan setelah berhasil mencapai kemerdekaan, mereka mencantumkan prinsip-prinsip hak asasi manusia dalam Konstitusi Republik Indonesia sebagai pedoman dan cita-cita yang harus dilaksanakan dan dicapai bersama.

Sejak memasuki era reformasi, Indonesia telah melakukan upaya pemajuan hak asasi manusia, termasuk menciptakan hukum positif. Kasus pelanggaran hak asasi manusia di Indonesia memang masih banyak yang belum terselesaikan dan tuntas sehingga diharapkan perkembangan hak asasi manusia di Indonesia dapat terwujud ke arah yang lebih baik. Oleh karena itu sebagai warga negara yang baik, selayaknya masyarakat Indonesia berbahu tangan untuk menjunjung tinggi nilai hak asasi manusia tanpa membedakan status sosial, golongan, keturunan, jabatan, dan lain sebagainya. Tulisan ini mencoba menelisik wacana tentang manusia dan kaitannya dengan hak asasi manusia dan negara hukum.

¹ Rahbini, S.H.I., M.Pd., Dosen Fakultas Kependidikan Islam Sekolah Tinggi Islam Al-Karimiyyah, Sumenep, Jawa Timur.

B. Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia adalah terjemahan dari istilah *human rights* atau *the right of human*. Secara terminologi istilah ini artinya adalah Hak-Hak Manusia. Namun dalam beberapa literatur pemakaian istilah hak asasi manusia lebih sering digunakan dari pada pemakaian Hak-hak Manusia.

Di Indonesia hak-hak manusia pada umumnya lebih dikenal dengan istilah “hak asasi” sebagai terjemahan dari *basic rights* (Inggris) dan *grondrechten* (Belanda), atau bisa juga disebut hak-hak fundamental (*fundamental rights*). Istilah hak-hak asasi secara monumental lahir sejak keberhasilan Revolusi Perancis tahun 1789 dalam “*Declaration des Droits de L’homme et du Citoyen*” (hak asasi manusia dan warga negara Perancis), dengan semboyan *Liberte, Egalite, Fraternite*. Istilah hak asasi manusia berkembang sesuai dengan perkembangan zaman yang mengitarinya.

Pada mulanya, istilah yang dikenal lebih dahulu adalah *natural rights* (hak-hak alami), yang berpedoman kepada teori hukum alam bahwa yang menyatakan bahwa segala sesuatu berasal dari alam termasuk hak asasi manusia. Istilah ini kemudian diganti dengan *the rights of man*, tetapi akhirnya tidak diterima, karena tidak mewakili hak-hak wanita.

Setelah perang dunia II dan terbentuknya PBB, maka muncul istilah baru yang lebih populer sekarang yaitu *human rights*. Di Amerika Serikat dikenal dengan sebutan *Civil Rights*. Perancis menyebutnya *Droit de L’Homme*, sedangkan Belanda menyebutnya *Menselijke Rechten*. Namun di balik beragamnya sebutan untuk hak asasi manusia, secara pengertian masih memiliki maksud dan makna yang sama.

Secara umum hak asasi manusia dapat diartikan sebagai seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Kuasa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah dan setiap orang, demi kehormatan serta perlindungan harkat

dan martabat manusia.

Adapun jenis hak asasi manusia yang dikenal di dunia adalah sebagai berikut:

1. Hak asasi pribadi (*Personal Right*)
 - a. Hak untuk bebas untuk bergerak, bepergian dan berpindah-pindah tempat.
 - b. Hak untuk bebas mengeluarkan atau menyatakan pendapat.
 - c. Hak untuk bebas memilih dan aktif di organisasi atau perkumpulan.
 - d. Hak memilih, memeluk, dan menjalankan agama dan kepercayaan yang diyakini masing-masing.
2. Hak asasi politik (*Political Right*)
 - a. Hak untuk memilih dan dipilih dalam suatu pemilihan
 - b. Hak untuk ikut serta dalam pemerintahan.
 - c. Hak untuk membuat dan mendirikan parpol/partai politik dan organisasi politik lainnya.
 - d. Hak untuk membuat dan mengajukan suatu usulan petisi.
3. Hak asasi hukum (*Legal Equality Right*)
 - a. Hak untuk mendapatkan perlakuan yang sama dalam hukum dan pemerintahan.
 - b. Hak untuk turut serta dalam pemerintahan.
 - c. Hak untuk mendapatkan layanan dan perlindungan hukum.
4. Hak asasi ekonomi (*Property Rights*)
 - a. Hak untuk bebas melakukan kegiatan jual beli.
 - b. Hak untuk bebas mengadakan perjanjian kontrak.
 - c. Hak untuk bebas menyelenggarakan sewa-menyewa, hutang-piutang, dan lain lain.

- d. Hak untuk memiliki sesuatu.
 - e. Hak memiliki dan mendapatkan pekerjaan yang layak.
5. Hak asasi peradilan (*Procedural Rights*)
- a. Hak mendapat pembelaan hukum di pengadilan.
 - b. Hak persamaan atas perlakuan penggeledahan, penangkapan, penahanan dan penyelidikan di mata hukum.
6. Hak asasi sosial budaya (*Social Culture Right*)
- a. Hak untuk menentukan, memilih dan mendapatkan pendidikan.
 - b. Hak untuk mendapatkan pengajaran.
 - c. Hak untuk mengembangkan budaya yang sesuai dengan bakat dan minat.

Sementara itu, dalam UUD 1945 juga memuat jaminan perlindungan atas untuk bebas. Menurut Jimly Asshiddiqie, dalam tulisannya *Demokrasi dan Hak Asasi Manusia*, di dalam UUD 1945 setidaknya terdapat materi perlindungan untuk bebas antara lain sebagai berikut:

1. Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.
2. Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
3. Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi .
4. Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apapun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif itu.

5. 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.
6. Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.
7. Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.
8. Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.
9. Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.
10. Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari negara lain.
11. Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.
12. Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.

13. Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat.
14. Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapapun.
15. Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.
16. Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya.
17. Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.
18. Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.
19. Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan.
20. Negara, dalam keadaan apapun, tidak dapat mengurangi hak setiap orang untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.
21. Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan hak masyarakat tradisional selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa.

22. Negara menjunjung tinggi nilai-nilai etika dan moral kemanusiaan yang diajarkan oleh setiap agama, dan menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk dan menjalankan ajaran agamanya.
23. Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggung jawab negara, terutama pemerintah.
24. Untuk memajukan, menegakkan dan melindungi hak asasi manusia sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan hak asasi manusia dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.
25. Untuk menjamin pelaksanaan Pasal 4 ayat (5) tersebut di atas, dibentuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang bersifat independen menurut ketentuan yang diatur dengan undang-undang.
26. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.

Jika ketentuan yang sudah diadopsi dalam Undang-Undang Dasar diperluas dengan memasukkan elemen baru yang bersifat menyempurnakan rumusan yang ada, lalu dikelompokkan kembali sehingga mencakup ketentuan-ketentuan baru yang belum dimuat di dalamnya, maka rumusan hak asasi manusia dalam Undang-Undang Dasar dapat mencakup empat kelompok materi sebagai berikut:

- (1) Kelompok Hak Sipil meliputi:
 - a. Setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan kehidupannya.
 - b. Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan, perlakuan

atau penghukuman lain yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat kemanusiaan.

- c. Setiap orang berhak untuk bebas dari segala bentuk perbudakan.
- d. Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya.
- e. Setiap orang berhak untuk bebas memiliki keyakinan, pikiran dan hati nurani.
- f. Setiap orang berhak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum.
- g. Setiap orang berhak atas perlakuan yang sama di hadapan hukum dan pemerintahan.
- h. Setiap orang berhak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.
- i. Setiap orang berhak untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
- j. Setiap orang berhak akan status kewarganegaraan.
- k. Setiap orang berhak untuk bebas bertempat tinggal di wilayah negaranya, meninggalkan dan kembali ke negaranya.
- l. Setiap orang berhak memperoleh suaka politik.
- m. Setiap orang berhak bebas dari segala bentuk perlakuan diskriminatif dan berhak mendapatkan perlindungan hukum dari perlakuan yang bersifat diskriminatif tersebut.

Terhadap hak-hak sipil tersebut, dalam keadaan apapun atau bagi manapun, negara tidak dapat mengurangi arti hak-hak yang ditentukan dalam Kelompok 1 “a” sampai dengan “h”. Namun, ketentuan tersebut tentu tidak dimaksudkan dan tidak dapat diartikan atau digunakan sebagai dasar untuk membebaskan seseorang dari penuntutan atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang diakui menurut ketentuan hukum

Internasional. Pembatasan dan penegasan ini penting untuk memastikan bahwa ketentuan tersebut tidak dimanfaatkan secara semena-mena oleh pihak-pihak yang berusaha membebaskan diri dari ancaman tuntutan.

- (2) Kelompok Hak-Hak Politik, Ekonomi, Sosial dan Budaya meliputi:
- a. Setiap warga negara berhak untuk berserikat, berkumpul dan menyatakan pendapatnya secara damai.
 - b. Setiap warga negara berhak untuk memilih dan dipilih dalam rangka lembaga perwakilan rakyat.
 - c. Setiap warga negara dapat diangkat untuk menduduki jabatan-jabatan publik.
 - d. Setiap orang berhak untuk memperoleh dan memilih pekerjaan yang sah dan layak bagi kemanusiaan.
 - e. Setiap orang berhak untuk bekerja, mendapat imbalan, dan mendapat perlakuan yang layak dalam hubungan kerja yang berkeadilan.
 - f. Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi.
 - g. Setiap warga negara berhak atas jaminan sosial yang dibutuhkan untuk hidup layak dan memungkinkan pengembangan dirinya sebagai manusia yang bermartabat.
 - h. Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi.
 - i. Setiap orang berhak untuk memperoleh dan memilih pendidikan dan pengajaran.
 - j. Setiap orang berhak mengembangkan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya untuk peningkatan kualitas hidup dan kesejahteraan umat manusia.

- k. Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan hak-hak masyarakat lokal selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa.
 - l. Negara mengakui setiap budaya sebagai bagian dari kebudayaan nasional.
 - m. Negara menjunjung tinggi nilai-nilai etika dan moral kemanusiaan yang diajarkan oleh setiap agama, dan menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk dan menjalankan ajaran agamanya .
- (3) Kelompok Hak-Hak Khusus dan Hak Atas Pembangunan
- a. Setiap warga negara yang menyandang masalah sosial, termasuk kelompok masyarakat yang terasing dan yang hidup di lingkungan terpencil, berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan yang sama.
 - b. Hak perempuan dijamin dan dilindungi untuk mencapai kesetaraan gender dalam kehidupan nasional.
 - c. Hak khusus yang melekat pada diri perempuan yang dikarenakan oleh fungsi reproduksinya dijamin dan dilindungi oleh hukum.
 - d. Setiap anak berhak atas kasih sayang, perhatian dan perlindungan orangtua, keluarga, masyarakat dan negara bagi pertumbuhan fisik dan mental serta perkembangan pribadinya.
 - e. Setiap warga negara berhak untuk berperan serta dalam pengelolaan dan turut menikmati manfaat yang diperoleh dari pengelolaan kekayaan alam.
 - f. Setiap orang berhak atas lingkungan hidup yang bersih dan sehat.

- g. Kebijakan, perlakuan atau tindakan khusus yang bersifat sementara dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan yang sah yang dimaksudkan untuk menyetarakan tingkat perkembangan kelompok tertentu yang pernah mengalami perlakuan diskriminasi dengan kelompok-kelompok lain dalam masyarakat.
- (4) Tanggungjawab Negara dan Kewajiban Asasi Manusia
- a. Setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.
 - b. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk pada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan keadilan sesuai dengan nilai-nilai agama, moralitas dan kesusilaan, keamanan dan ketertiban umum dalam masyarakat yang demokratis.
 - c. Negara bertanggungjawab atas perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak-hak asasi manusia.
 - d. Untuk menjamin pelaksanaan hak asasi manusia, dibentuk Komisi Nasional Hak Asasi Manusia yang bersifat independen dan tidak memihak yang pembentukan, susunan dan kedudukannya diatur dengan undang-undang.

C. Hak Asasi Manusia sebagai Fitrah Manusia

Manusia dilahirkan sesuai dengan fitrahnya. Fitrah manusia berkaitan dengan otoritas pribadi yang menjadikan manusia memiliki kebebasan dalam menentukan arah atau jalan hidupnya. Otoritas manusia yang dibawa sejak lahir hingga mati adalah hak untuk hidup dan mengejar

kebahagiaan hidup. Keberadaan hak manusia selalu mengalami dialektika dengan lingkungannya. Dialektika tidaklah selamanya berkonotasi positif, terkadang dialektika menimbulkan problematika dan konflik tak berujung.

Adanya marjinalisasi, diskriminasi dan tekanan terhadap sebuah perbedaan merupakan dialektika yang berujung konflik, sehingga yang terjadi adalah perlawanan dan perang. Padahal, manusia dibebani kebebasan untuk bertindak dan berpikir sesuai dengan keinginan dan dalam batas kewajaran norma-etika. Manusia selalu mengidealkan harmonitas hidup.

Diperlukan sebuah entitas yang mampu mengadopsi dan mengakomodasi, mengatur dan menjamin hak asasi setiap orang. Konsep Thomas Jefferson tentang *declaration of independence* banyak membahas masalah kebenaran-kebenaran yang bersumber dari hak asasi manusia, menyatakan bahwa untuk menjamin hak asasi manusia didirikanlah pemerintahan di antara mereka yang kekuasaan legalnya didapatkan dari konvensi yang diperintah. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, selanjutnya disebut Deklarasi, oleh PBB pada 10 Desember 1948 telah membuka harapan bangsa-bangsa dunia bahwa hak yang melekat dalam diri manusia tidak dapat diganggu gugat oleh siapa pun.²

Deklarasi merupakan puncak peradaban manusia yang lahir setelah malapetaka akibat kekejaman dan kebiadaban yang dilahirkan oleh negara fasis seperti Jerman dalam Perang Dunia II. Ini menjadi penanda akan peradaban baru manusia. Setiap perbedaan individu menurut agama, ras, suku bangsa, warna kulit, ideology, golongan dan bahasa menjadi hak yang melekat pada diri manusia yang harus dihormati dan dihargai. Perbedaan tersebut merupakan hak asasi manusia.

² Sunarto dkk, *Pendidikan Kewarganegaraan; Buku Panduan Mahasiswa Paradigma Baru*, UNY Press, Yogyakarta, 2004, hlm. 56.

Di dalam sebuah negara demokrasi, penyelenggaraan hak asasi manusia sangat penting demi menjamin kelangsungan hidup berbangsa dan bernegara. Relasi hak asasi manusia dan demokrasi adalah konsep yang lahir dari sejarah peradaban umat manusia di seluruh dunia yang menginginkan kesejahteraan dan kedamaian.

Hak asasi manusia dan demokrasi juga dapat dimaknai sebagai hasil perjuangan manusia untuk mempertahankan dan mencapai harkat kemanusiaannya, sebab hingga saat ini hanya konsepsi hak asasi manusia dan demokrasilah yang terbukti paling mengakui dan menjamin harkat kemanusiaan.

Pengakuan hak asasi manusia sama halnya dengan memberikan kebenaran terhadap individu-individu. Semua manusia memiliki kebenaran. Relativitas kebenaran inilah yang ada dalam konsepsi hak asasi manusia dan demokrasi. Tidak ada manusia yang lebih tinggi kedudukannya dari yang lain, karena kebenaran dan ketunggalan hanya dimiliki oleh Tuhan Yang Maha Esa. Pemikiran yang mengklaim sebagai benar secara mutlak, dan yang lain berarti salah secara mutlak, adalah pemikiran yang bertentangan dengan kemanusiaan dan ketuhanan.

Manusia diciptakan oleh Tuhan Yang Maha Esa dengan seperangkat hak yang menjamin derajatnya sebagai manusia. Hak-hak inilah yang kemudian disebut dengan hak asasi manusia, yaitu hak yang diperoleh sejak kelahirannya sebagai manusia yang merupakan karunia Sang Pencipta.³ Setiap manusia diciptakan sederajat dengan hak-hak yang sama, oleh karenanya prinsip persamaan dan kesederajatan merupakan hal utama dalam interaksi sosial. Kenyataannya justru menunjukkan bahwa manusia selalu hidup dalam komunitas sosial untuk dapat menjaga

³ Pasal 1 butir 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia mendefinisikan "*Hak Asasi Manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi, dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia*".

derajat kemanusiaan dan mencapai tujuannya. Hal ini tidak mungkin dapat dilakukan secara individual. Akibatnya, muncul struktur sosial. Dibutuhkan kekuasaan untuk menjalankan organisasi sosial tersebut.

Kekuasaan dalam suatu organisasi dapat diperoleh berdasarkan legitimasi religius, legitimasi ideologis eliter atau pun legitimasi pragmatis.⁴ Adanya kekuasaan yang diklaim berdasarkan legitimasi tertentu akan berpotensi menimbulkan inferioritas dalam diri manusia. Orang akan berupaya mengingkari keberadaan dan persamaan di dalam diri masing-masing individu serta mengklaim salah satu kelompok lebih tinggi dari yang lain.

Kekuasaan tersebut juga berpotensi menjadi kekuasaan absolut, karena adanya asumsi bahwa sang penguasa diberikan otoritas penuh untuk menjalankan urusan negara.⁵ Salah satu contoh konsep kekuasaan dengan legitimasi religious adalah konsep yang ditawarkan Hizbu Tahrir Indonesia (HTI).⁶ HTI adalah salah satu kelompok yang mengklaim kekuasaan berdasarkan otoritas ketuhanan. Pada konsep khilafah akan ada pemimpin yang tak tersentuh (*untouchable*) masyarakat atau rakyatnya.

Pemimpin khalifah berlaku seumur hidup dengan memakai agama sebagai legitimasi kekuasaannya. Khalifah bisa disebut sebagai sebuah negara kecil yang memiliki otoritas dan kekuasaan penuh, baik legislatif, eksekutif dan yudikatif. Secara hukum dan politik, pemimpin khilafah berhak melegislasi hukum-hukum syara' sebagai peraturan bagi seluruh rakyatnya.

Kekuasaan yang didirikan berdasarkan ketiga legitimasi sebagaimana disebut di atas akan berpotensi melahirkan kekuasaan

⁴ Franz Magnis-Suseno, *Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999, hal. 30 – 66.

⁵ Ainur Rofieq al-Amien, *Membongkar Proyek Khilafah Ala HT Indonesia*, LKiS, Yogyakarta, 2012, hlm. 218.

⁶ *Ibid.*

yang otoriter. Otoritarianisme berpotensi menegasikan keanekaragaman yang ada, karena ukuran dari kekuasaan adalah otoritas ketuhanan yang dilegitimasi oleh teks dan otoritas kebenaran. Di negara demokrasi, adanya otoritarianisme harus ditekan sedini mungkin, karena adanya persamaan dan kebebasan berekspresi sangat diatur di dalamnya.

D. Hak Asasi Manusia dan Penegakan Hukum di Indonesia

Lahirnya negara demokrasi menjanjikan sebuah kebebasan bagi warganya untuk berekspresi dan mengeluarkan pendapat. Mekanisme kekuasaan di dalam negara demokrasi dijalankan berdasarkan prinsip persamaan dan kesederajatan manusia. Demokrasi menempatkan manusia sebagai pemilik kedaulatan yang kemudian dikenal dengan prinsip kedaulatan rakyat.

Berdasarkan pada teori kontrak sosial,⁷ untuk memenuhi hak-hak tiap 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 mencapai 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

⁷ 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, Holt, Rinehart and Winston, New York-Chicago-San Fransisco-Toronto-London, 1961, hal. 517 – 596. Lihat juga pernyataan Rosseau: '*Mohamet had very sound opinions, taking care to give unity to his political system, and for as long as the form of his government endured under the caliphs who succeeded him, the government was undivided and, to that extent, good*' sebagaimana dikutip oleh A Qodri Abdillah Azizi, 'Masyarakat madani Antara Cita dan Fakta: Kajian Historis-Normatif' dalam Ismail SM dan Abdullah Mukti, *Pendidikan Islam, Demokratisasi dan Masyarakat Madani*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2000, hlm. 94.

negara. Proses demokrasi juga terwujud melalui prosedur pemilihan umum untuk memilih wakil rakyat dan pejabat publik lainnya.

Konsepsi hak asasi manusia dan demokrasi dalam perkembangannya sangat terkait dengan konsepsi negara hukum. Di dalam sebuah negara hukum, yang memerintah adalah hukum, bukan manusia. Hukum dimaknai sebagai kesatuan hirarkis tatanan norma hukum yang berpuncak pada konstitusi. Hal ini berarti bahwa sebuah negara hukum menghendaki adanya supremasi konstitusi. Supremasi konstitusi disamping merupakan konsekuensi dari konsep negara hukum, juga sekaligus merupakan pelaksanaan demokrasi karena konstitusi adalah wujud perjanjian sosial tertinggi.⁸

Selain itu, 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. Secara umum, negara berkewajiban menjamin melindungi rakyatnya dari pelanggaran hak asasi manusia. Hak asasi manusia dianggap sebagai nilai universal yang berarti harus dinikmati semua umat manusia di dunia tanpa membedakan ras, bangsa dan agama.⁹

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.

Adanya pembelakuan hukum yang sepihak akan mencederai konsep demokrasi di Indonesia, karena dalam negara demokrasi penegakan hukum sangat dijunjung tinggi. Indonesia sebagai negara

⁸ Lihat Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hal. 152-162.

⁹ *Ibid.*, hlm. 56-57.

demokrasi nampaknya belum cukup berhasil dalam melaksanakan penegakan hukum. Banyak kasus hukum dikebiri demi kepentingan politik dan kelompok tertentu. Kasus demi kasus berdatangan, tetapi tidak menyentuh rasa keadilan masyarakat. Ada indikasi hukum hanya bisa dinikmati penguasa bermodal, sementara rakyat semakin terjepit. Kasus berganti kasus yang terlihat hanya wajah lain yang terlihat, padahal hakikatnya sama, kegagalan penegakan hukum.

Hukum dan keadilan telah sampai pada titik terendahnya. Semuanya hanya berupa formalitas sebuah norma yang tidak memberikan efek pencerahan bagi masyarakat. Masyarakat hanya melihat kegagalan demi kegagalan penegak hukum dan pemerintah. Kebohongan besar-besaran telah tersaji di depan rakyat tanpa terlihat jelas hakikatnya.

Masalah hukum datang silih berganti. Masalah yang datang seakan hanya ingin menutup masalah lain yang lebih besar. Akhirnya Indonesia menjadi tumpukan masalah yang terus menerus mendera tanpa ada penyelesaian akhir yang memuaskan bagi rakyat. Gencarnya isu pemberantasan korupsi ternyata telah membuka aib bangsa yang gemar melakukan manipulasi politik dan hukum. Pemerintah yang begitu keras menentang korupsi, hanya berakhir kegagalan dalam menegakkan hukum yang pantas, karena harus terseret arus modal. Hukum telah bertekuk lutut dibawah kuasa modal yang penguasa.

Sekilas potret penegakan hukum Indonesia dewasa ini telah mendeskripsikan secara jelas bahwa pelaksanaan hak asasi manusia masih sangat jauh dari kata berhasil. Adanya ketimpangan keadilan dalam penegakan hukum Indonesia semakin menampakkan bahwa dalam negara demokrasi, ada pelanggaran hak asasi manusia yang begitu serius. Kooptasi terhadap kepentingan rakyat kecil begitu kentara sementara penguasa bermodal begitu leluasa mendapat hak istimewa. Sehingga bermunculan istilah “maling kecil vs mafia negara”. Ada istilah tersebut hanya ingin menunjukkan bahwa kesenjangan hukum telah begitu luas

terjadi di Indonesia.

Penegakan hukum yang diskriminatif tentu menjadi sinyal lemahnya penegakan hak asasi manusia di Indonesia. Pembentukan negara demokrasi adalah untuk menjamin prinsip hak setiap manusia. Penjaminan hak selalu bersamaan dengan kewajiban bernegara. Keseimbangan adanya hak dan kewajiban asasi merupakan ciri penting pandangan dasar bangsa Indonesia mengenai manusia dan kemanusiaan yang adil dan beradab.

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 hanya untuk 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*.¹⁰

Politik hukum hak asasi manusia dalam negara demokratis harus bersifat promotif, protektif dan implementatif terhadap hak asasi manusia guna mencegah penyalahgunaan kekuasaan dalam bentuk pelanggaran hak asasi manusia. Promotif, berarti undang-undang yang dibuat memiliki kekuatan moral dan hukum yang memungkinkan setiap kebijakan, setiap orang dan kekuasaan menghormati dan menghargai hak asasi manusia. Protektif, berarti undang-undang yang dibuat memiliki daya cegah terhadap pelbagai kemungkinan terjadinya pelanggaran hak asasi manusia, 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

¹⁰ *Ibid.*

kabur, tidak jelas, duplikasi atau multi tafsir, maupun karena pelaksana undang-undang tidak independen.

Pemerintah Indonesia, khususnya pemerintah paska Orde Baru, sesungguhnya telah membuat berbagai peraturan perundang-undangan baik berupa perubahan amandemen UUD, undang-undang, peraturan pemerintah, dan keputusan presiden, bahkan telah meratifikasi berbagai instrument internasional hak asasi manusia.

Dari pelbagai aturan hukum yang telah dibuat, pengaturan hak asasi manusia dalam UUD 1945, hasil perubahan pertama, kedua, ketiga dan keempat merupakan produk hukum paling penting dan mendasar.¹¹ Penting karena substansi hak asasi manusia terekam lebih lengkap dan terperinci. Mendasar karena diatur di dalam hukum dasar (Konstitusi) pada semua aspek ketatanegaraan dalam negara hukum modern sehingga memiliki jangkauan luas,¹² terkait dan tidak terpisah satu sama lain.¹³

Kesadaran umum mengenai hak-hak dan kewajiban asasi manusia itu menjiwai keseluruhan sistem hukum dan konstitusi Indonesia, dan karena itu, perlu diadopsikan ke dalam rumusan Undang-Undang Dasar atas dasar pengertian-pengertian dasar yang dikembangkan sendiri oleh bangsa Indonesia. Karena itu, perumusannya dalam Undang-Undang Dasar ini mencakup warisan-warisan pemikiran mengenai hak asasi manusia di masa lalu dan mencakup pula pemikiran-pemikiran yang masih terus akan berkembang di masa-masa yang akan datang.

¹¹ 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).

¹² Penghormatan dan perlindungan hak asasi manusia telah diatur formal dan terekam secara substansial pada hampir semua Pasal dalam perubahan pertama, kedua, ketiga dan keempat.

¹³ 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.

E. Penegakan Hak Asasi Manusia di Indonesia

Di dalam proses penegakan hak asasi manusia di Indonesia, instrumen terpenting adalah Undang-Undang Dasar 1945. Hak asasi manusia dalam UUD 1945 sangat dipengaruhi oleh pembukaan konstitusi Perancis yang dikenal dengan "*le Declaration des Droits del'homme et du Citoyen*".¹⁴ Konsep ini sangat berkaitan dengan kondisi sosio-politik di Perancis yang banyak terjadi pelanggaran hak asasi manusia yang dilakukan oleh Negara, baik dalam bidang politik, ekonomi, agama atau sosial. Di Indonesia, hak asasi manusia diatur secara detil dan jelas pada UUD 1945 paska amandemen, khususnya mulai Pasal 27 hingga Pasal 34. UUD 1945 telah menegaskan bahwa pihak yang paling bertanggungjawab dalam menegakkan, melindungi dan memajukan hak asasi manusia adalah negara khususnya pemerintah.

Kewajiban negara tersebut ditegaskan juga dalam konsideran "Menimbang" baik dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik maupun Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya. Di dalam hukum nasional, Pasal 28I ayat (4) UUD 1945 dinyatakan bahwa perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggungjawab negara, terutama pemerintah.

Perkembangan konsepsi hak asasi manusia yang juga meliputi hubungan-hubungan horisontal mengakibatkan perluasan kategori pelanggaran hak asasi manusia dan aktor pelanggarnya. Hak atas informasi dan hak partisipasi dalam pembangunan misalnya tidak hanya menjadi kewajiban negara, tetapi juga menjadi tanggungjawab korporasi-korporasi yang dalam aktivitasnya bersinggungan dengan kehidupan masyarakat. Keberadaan perusahaan-perusahaan mau tidak mau membawa dampak dalam kehidupan masyarakat yang sering kali mengakibatkan berkurangnya hak asasi manusia.

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 62.

Persinggungan antara korporasi dengan hak asasi manusia paling tidak terkait dengan hak atas lingkungan yang bersih dan sehat, hak atas ketersediaan dan aksesibilitas terhadap sumber daya alam dan hak-hak pekerja. Secara lebih luas struktur hubungan kekuasaan yang bersifat horizontal antara produsen juga memiliki potensi dan peluang terjadinya tindakan-tindakan sewenang-wenang terhadap pihak konsumen yang mungkin diperlakukan sewenang-wenang dan tidak adil.

Pada situasi yang demikian, muncul wacana yang mulai membesar bahwa pelanggaran hak asasi manusia tidak hanya dapat dilakukan oleh negara, tetapi juga mungkin dilakukan oleh aktor non negara, baik individu maupun korporasi. Hal ini telah dinyatakan dalam "*Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups, and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedom*"¹⁵ pada tahun 1998.

Kewajiban dan tanggungjawab tersebut menjadi semakin penting mengingat masalah utama yang dihadapi umat manusia bukan lagi sekedar kejahatan kemanusiaan, genosida, ataupun kejahatan perang, tetapi juga persoalan kemiskinan dan keterbelakangan, yang mau tidak mau harus diakui sebagai akibat eksploitasi atau paling tidak ketidakpedulian sisi dunia lain yang mengenyam kekayaan dan kemajuan. Kewajiban dan tanggungjawab korporasi dalam bentuk *Corporate Social Responsibility* terutama dalam *Community Development*, tidak seharusnya sekedar dimaknai sebagai upaya membangun citra. Kewajiban dan tanggungjawab tersebut lahir karena komitmen kemanusiaan. Kewajiban tersebut juga lahir karena kesadaran bahwa aktivitas korporasi, secara langsung maupun tidak, telah ikut menciptakan ketimpangan, kemiskinan, dan keterbelakangan. Tanpa peran serta korporasi, upaya menciptakan dunia yang lebih baik, dunia yang bebas dari kelaparan dan keterbelakangan akan

¹⁵ Diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada tanggal 9 Desember 1998 dengan Resolusi 53/144.

sulit dilakukan mengingat kekuasaan korporasi yang sering kali melebihi kemampuan suatu negara.

F. Indonesia dan Hak Asasi Manusia

Pada tahun 1966 di Jakarta diadakan Seminar Nasional Indonesia tentang Indonesia sebagai Negara Hukum. Hasil seminar tersebut adalah dirumuskannya prinsip-prinsip Negara Hukum yang menurut pemikiran saat itu, prinsip ini dapat diterima secara umum. Prinsip-prinsip itu adalah:

- a. Prinsip-prinsip jaminan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia;
- b. Prinsip peradilan yang bebas dan tidak memihak.

Artinya Indonesia sebagai Negara Hukum amatlah menghormati prinsip-prinsip penegakan hak asasi manusia. Dilihat dari segi hukum dan konstitusi, tekad bangsa Indonesia untuk menegakkan hak asasi manusia tercermin dari berbagai ketentuan yang tertuang dalam Pembukaan Undang-undang Dasar 1945, khususnya pasca amandemen, Pancasila, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, dan beberapa instrument internasional yang telah ratifikasi seperti Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 tentang pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan, Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 tentang Pengesahan Konvensi Hak Anak, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1998 tentang Pengesahan Konvensi Menentang Penyiksaan dan Segala Bentuk Penghukuman yang Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat Kemanusiaan, Undang-Undang Nomor 29 Tahun 1999 tentang Konvensi Mengenai Penghapusan Diskriminasi Rasial, dan 14 (empat belas) Konvensi International Labour Organisation.

Pembentukan Konstitusi dan pengesahan instrument internasional ini merupakan bentuk tanggung jawab bangsa Indonesia sebagai anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB). Selain itu pembentukannya juga mengandung suatu misi mengemban tanggung jawab moral dan hukum dalam menjunjung tinggi dan melaksanakan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia.

Perlindungan hak asasi manusia sudah menjadi asas pokok dalam kehidupan bernegara di Indonesia. Hal ini terbukti dari pernyataan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945, dalam pembukaan alinea pertama, yang menyatakan bahwa “ kemerdekaan ialah hak segala bangsa, maka penjajahan harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan peri kemanusiaan”. Hal ini berarti adanya “*freedom to be free*”, yaitu kebebasan untuk merdeka, dan pengakuan atas perikemanusiaan telah menjelaskan bahwa Bangsa Indonesia mengakui akan adanya hak asasi manusia.

Prinsip-prinsip hak asasi manusia secara keseluruhan sudah tercakup di dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945. Prinsip universalitas yang merupakan bentuk menyeluruh, artinya setiap orang, tanpa memandang ras, agama, bahasa, kedudukan maupun status lainnya, memiliki hak yang sama di mata hukum. Namun prinsip universalitas tidak keseluruhannya terkandung dalam Undang-Undang Dasar Republik Indonesia 1945, hal ini dibuktikan dari pernyataan di dalam pembukaannya yaitu: “melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia”. Hal ini berarti negara hanya bertanggung jawab kepada hak dari seluruh warga Indonesia saja. Begitu juga dengan beberapa pasal yang mengistilahkan “setiap warga negara/ tiap-tiap warga negara” seperti yang diatur pada Pasal 27 ayat (1) dan (2), Pasal 30 ayat (1), Pasal 31 ayat (1).

DAFTAR PUSTAKA

- Ainur Rofieq al-Amien, *Membongkar Proyek Khilafah Ala HT Indonesia*, LKiS, Yogyakarta, 2012.
- Franz Magnis-Suseno, *Etika Politik: Prinsip-prinsip Moral Dasar Kenegaraan Modern*, PT Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 1999.
- George H. Sabine, *A History of Political Theory*, Third Edition, New York-Chicago-San Fransisco-Toronto-London; Holt, Rinehart and Winston, 1961.
- Ismail SM dan Abdullah Mukti, *Pendidikan Islam, Demokratisasi dan Masyarakat Madani* Yogyakarta: Pustaka Pelajar, 2000.
- Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005.
- Sunarto dkk, *Pendidikan Kewarganegaraan; Buku Panduan Mahasiswa Paradigma Baru* , UNY Press, Yogyakarta, 2004.

PASANG SURUT PENEGAKAN HAK ASASI MANUSIA DAN DEMOKRASI DI INDONESIA

*Nurhasan*¹

A. Pendahuluan

Secara etimologis, istilah demokrasi berasal dari perkataan *demos* (rakyat) dan *cratein* (memerintah). Dengan demikian, demokrasi dapat diartikan sebagai pemerintahan oleh rakyat. Sedangkan istilah Hak Asasi Manusia (*Human Rights*) merupakan hak dasar (*fundamental rights*) yang melekat pada diri manusia sebagai karunia Tuhan yang dilindungi atau dijamin oleh hukum, seperti hak untuk hidup (*the right to life*), kebebasan (*freedom*), dan keadilan (*equity*). Hubungan antara demokrasi dan hak asasi manusia merupakan hubungan sebab akibat (*causality*), artinya hak asasi manusia hanya dapat tegak dalam negara demokrasi, dan demokrasi dapat tumbuh dan berkembang dengan baik hanya dalam negara yang menjunjung tinggi hak asasi manusia. Demokrasi dan hak asasi manusia laksana dua sisi mata uang yang tidak dapat dipisahkan, sehingga ketiadaan salah satu di antaranya dapat meniadakan yang lainnya.

Pertumbuhan dan perkembangan demokrasi hak asasi manusia di dunia maupun termasuk di Indonesia mengalami masa pasang surut, kondisional dan situasional, karena sangat bergantung pada selera penguasa yang pada masanya sedang berkuasa. Biasanya, demokrasi akan tumbuh dengan pesat ketika rakyat mengalami bencana kemanusiaan yang dahsyat, sehingga rakyat sadar untuk menggugat hak-hak dasarnya. Demikian pula, penghargaan dan penghormatan terhadap nilai-nilai hak

¹ Nurhasan, S.H., M.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Pasundan, Bandung, Jawa Barat.

asasi manusia akan tumbuh dengan pesat ketika pemimpin murni pilihan rakyat berkuasa menggantikan penguasa otoriter dan/atau diktator. Pada konteks ini, pertumbuhan dan perkembangan demokrasi biasanya seiring dan sejalan dengan pertumbuhan dan perkembangan hak asasi manusia.

Penulisan artikel ini bertujuan untuk mengetahui pertumbuhan dan perkembangan hak asasi manusia dan demokrasi di Indonesia serta hubungan antara keduanya.

B. Sejarah Yuridis Penegakan Hak Asasi Manusia dan Demokrasi di Indonesia

Embrio demokrasi di bumi nusantara ditancapkan melalui gerakan pemuda yang ditandai dengan berdirinya organisasi Budi Utomo pada tahun 1908 yang kemudian diikuti dengan lahirnya organisasi-organisasi serupa dengan satu tujuan untuk mencapai Indonesia Merdeka. Era kebangkitan nasionalisme Indonesia tersebut menunjukkan bahwa masyarakat Pribumi sudah tidak sudi lagi dipimpin oleh pemerintahan kolonial Belanda. Para pemuda sadar bahwa penjajah telah merampas hak-hak dasar (*fundamental rights*) masyarakat Pribumi. Penjajahan ternyata hanya melahirkan bencana kemanusiaan dan penderitaan lahir batin yang tiada tara. Momentum Sumpah Pemuda tahun 1928 mengekspresikan dengan jelas cita-cita para pemuda untuk menyatukan semua potensi kekuatan bangsa dalam mewujudkan sebuah bangunan negara yang merdeka, adil dan makmur. Para pemuda ingin membangun demokrasi di tanah airnya sendiri tanpa campur tangan pihak asing, yaitu dari rakyat (*from the people*), untuk rakyat (*for the people*), dan oleh rakyat (*by the people*). Pintu gerbang untuk mewujudkan cita-cita tersebut terbuka melalui proklamasi kemerdekaan Negara Kesatuan Republik Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945.

(1) Periode Tahun 1945 Hingga 1959

Tegaknya demokrasi ditunjang oleh banyak faktor, diantaranya adalah adanya jaminan kebebasan berorganisasi, berpendapat, berekspresi, beragama, pers, dan kebebasan-kebebasan dasar lainnya yang diperlukan untuk dapat menjadi manusia seutuhnya. Nilai-nilai demokrasi sangat mewarnai proses pendirian Negara Indonesia. Alinea pertama Pembukaan UUD 1945 dengan jelas mengekspresikan gugatan bangsa Indonesia untuk mendapatkan kembali hak atas kemerdekaan (kebebasan) sebagai pembuka jalan untuk meraih kebebasan-kebebasan dasar lainnya. Dengan alasan apapun, kekuatan asing tidak berhak memerintah bangsa ini sebagaimana halnya bangsa ini tidak berhak memerintah bangsa lainnya. Bangsa Indonesia sepenuhnya berhak menentukan nasibnya sendiri.

Alinea keempat Pembukaan UUD 1945 yang di dalamnya terkandung rumusan Pancasila sarat dengan nilai-nilai demokrasi. Sila pertama, Ketuhanan Yang Maha Esa mengandung falsafah kebebasan beragama. Aspirasi umat Islam dan umat beragama lainnya cukup terakomodasi dengan rumusan tersebut. Khusus bagi umat Islam, rumusan sila pertama tersebut diilhami sepenuhnya oleh konsep *tauhid* karena seandainya mayoritas rakyat Indonesia bukan pemeluk agama Islam, maka dapat dipastikan bahwa Pancasila tidak akan mengenal sila Ketuhanan Yang Maha Esa. Sila kedua, Kemanusiaan yang adil dan beradab mengandung falsafah hak asasi manusia sebagai modal dasar untuk tegaknya demokrasi. Sila ketiga, Persatuan Indonesia mengandung falsafah persamaan derajat dan kedudukan semua komponen pembentuk bangsa ini. Sila keempat, Kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan /perwakilan mengandung falsafah demokrasi perwakilan yang dalam kenyataannya diwujudkan dalam bentuk adanya lembaga-lembaga negara seperti MPR, DPR, DPD, dan DPRD. Sila kelima, Keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia mengandung falsafah demokrasi ekonomi bahwa hasil-hasil pembangunan harus dapat

dinikmati secara merata dan berkeadilan oleh seluruh rakyat Indonesia tanpa kecuali.

Euphoria demokrasi pada tahun pertama berdirinya Negara Indonesia tercermin dari antusiasnya masyarakat menyambut adanya jaminan kebebasan berorganisasi, berpendapat, dan berekspresi sebagaimana tertera dalam Pasal 28 UUD 1945 dan adanya manifesto politik (maklumat) Wakil Presiden Hatta tanggal 1 November 1945 tentang pemberlakuan sistem multi partai.

Sistem multi partai memberi peluang kepada segenap komponen bangsa untuk mendirikan partai politik, dan tidak ketinggalan umat Islam merespon positif peluang tersebut. Pada tanggal 7-8 November 1945, melalui sebuah kongres umat Islam di Yogyakarta terbentuk sebuah partai politik Islam dengan nama MASYUMI (Majelis Syura Muslimin Indonesia). Masyumi secara organisasi adalah sebuah badan federasi, di dalamnya terdapat anggota biasa (perorangan) dan anggota luar biasa (kolektif) seperti NU dan Muhammadiyah. Di dalam Anggaran Dasarnya,² tujuan partai ini yaitu terlaksananya ajaran dan hukum Islam di dalam kehidupan orang seorang, masyarakat dan Negara Republik Indonesia, menuju keridhoan Ilahi. Lebih jauh tujuan tersebut dijelaskan dalam Tafsiran Anggaran Dasarnya, yaitu menuju kepada *Baldatun thoyibatun wa rabbun ghofur* (negara yang berkebijakan diliputi keampunan Ilahi), dimana negara melakukan kekuasaannya atas dasar musyawarah dengan perantaraan wakil-wakil rakyat yang dipilih; dimana kaidah-kaidah kedaulatan rakyat, kemerdekaan, persamaan, *tasamuh* (lapang dada), keadilan sosial sebagai yang diajarkan Islam, terlaksana sepenuhnya; dimana kaum muslimin mendapat kesempatan untuk mengatur perikehidupan pribadi dan masyarakatnya sesuai dengan ajaran dan hukum-hukum Islam sebagai yang tercantum di dalam Qur'an

² Lihat Ahmad Syafii Maarif, *Studi tentang Percaturan dalam Konstituante, Islam dan Masalah Kenegaraan*, LP3ES, Jakarta, 1985, hlm. 113-114.

dan Sunnah; dimana golongan keagamaan lainnya memilih kemerdekaan untuk menganut dan mengamalkan agamanya serta mengembangkan kebudayaannya; dimana bagi seluruh penduduknya dari segenap lapisan dapat hidup atas dasar keragaman; terjamin baginya hak asasi manusia yang termasuk di dalamnya keadilan di lapangan sosial, ekonomi dan politik, kemerdekaan berpikir dan mengeluarkan pendapat, kemerdekaan menganut dan menjalankan agama satu dan lainnya tidak bertentangan dengan undang-undang negara dan kesusilaan.

Disebutnya secara tegas dan jelas prinsip musyawarah, kedaulatan rakyat dan hak asasi manusia dalam Tafsir Anggaran Dasar partai Masyumi menunjukkan bahwa partai ini sejak awal berdirinya adalah partai pembela demokrasi dan hak asasi manusia, baik dalam teori maupun praktik. Pemimpin-pemimpin partai ini menafsirkan konsep *syura* dalam Al-Qur'an dengan demokrasi parlementer.

Pada periode 1945 hingga 1959, penegakan demokrasi dan hak asasi manusia bukan berarti tanpa cacat. Partai Komunis Indonesia (PKI) pada tahun 1948 secara mengejutkan menikam bangsa Indonesia dari belakang, yaitu dengan melakukan pemberontakan bersenjata di Madiun Jawa Timur dan juga di daerah-daerah lainnya. Ribuan jiwa rakyat tidak berdosa tewas dalam tragedi kemanusiaan tersebut.

Manifesto politik Wakil Presiden Hatta berperan besar dalam melahirkan puluhan partai pada periode ini. Beragam partai politik, baik bercorak agama seperti Masyumi, bercorak nasionalis seperti PNI, bercorak komunis seperti PKI, dan lain-lain tumbuh dengan subur. Tidak kurang dari 28 partai politik turut serta dalam Pemilihan Umum (Pemilu) Pertama di Indonesia yang diselenggarakan pada tanggal 29 September 1955 oleh Kabinet Burhanuddin Harahap (dari partai Masyumi). Pemilu 1955 merefleksikan pesta demokrasi bangsa Indonesia yang embrionya mulai digelorakan tahun 1908 dan pintu gerbangnya terbuka tahun 1945.

Pemilu 1955 menghasilkan Kabinet Ali Sastroamidjojo - M. Roem - Idham Cholid (PNI-Masyumi-NU). Komposisi kabinet tersebut memperlihatkan bahwa dalam Pemilu 1955 tidak ada satu partaipun yang menang mutlak. Kondisi demikian ternyata mengakibatkan kabinet ini tidak berumur panjang (Maret 1956-Maret 1957). Faktor penyebabnya terutama karena partai-partai hanya memperjuangkan kepentingan golongannya masing-masing. Mereka telah melupakan amanat demokrasi mewujudkan tujuan negara sebagaimana tertera dalam alinea keempat Pembukaan UUD 1945. Hingga tahap ini, bangsa Indonesia baru mampu melaksanakan hakekat demokrasi yang pertama yaitu: dari rakyat (*from the people*). Memilih pemimpin yang berasal “dari rakyat” Indonesia sendiri telah dilaksanakan dengan baik melalui Pemilu 1955. Namun dalam hal menunaikan kewajiban mempersembahkan hasil-hasil pembangunan “untuk rakyat” (*for the people*) dapat dikatakan mengalami kegagalan. Demikian pula dengan konsep pembangunan negara yang menempatkan rakyat sebagai pelaku pembangunan (*by the people*) masih berupa angan-angan, karena sekedar untuk menyusun konsep UUD dan GBHN saja ternyata kabinet tersebut tidak mampu menuntaskannya.

Jatuhnya Kabinet Ali-Roem-Idham pada bulan Maret 1957 sekaligus sebagai pertanda mulai surutnya perkembangan demokrasi dan hak asasi manusia di Indonesia. Penerapan demokrasi parlementer di Indonesia mengalami kegagalan. Secara perlahan, kedaulatan rakyat (inti demokrasi) mulai digerogeti dan diambil alih oleh Presiden Soekarno. Sebagai dasar pembenarnya, Presiden Soekarno meluncurkan konsep Demokrasi Terpimpin. Tindakan pertama untuk mengukuhkan kekuasaannya, ia mengeluarkan Dekrit Presiden pada tanggal 5 Juli 1959. Dengan alasan apapun, Dekrit Presiden 1959 merupakan tindakan anti demokrasi dan hak asasi manusia.

(2) Periode 1959 hingga 1965

Pada periode ini, kekuatan-kekuatan politik Indonesia mengubah strategi perjuangannya dari politik praktis menjadi perjuangan ideologi tentang dasar negara dalam Majelis Konstituante Republik Indonesia. Ideologi besar yang muncul dalam Majelis Konstituante ada tiga, yaitu: Pancasila, Islam, dan Sosial-Ekonomi. Pertentangan ideologi mencapai puncaknya ketika Presiden Soekarno menggunakan kekuasaannya membubarkan Majelis Konstituante pada bulan Juli 1959 dan memaksa membubarkan Partai Masyumi pada bulan Desember 1960. Setelah peristiwa tersebut, hari-hari berikutnya hingga tahun 1965 dapat dikatakan di Indonesia sudah tidak ada lagi demokrasi dan hak asasi manusia. Sebagaimana telah dikemukakan pada bagian pendahuluan, ketika demokrasi lenyap maka hak asasi manusia pun akan ikut lenyap pula.

Beragam pengkhianatan terhadap demokrasi dan hak asasi manusia terjadi pada periode ini, dari mulai pengukuhan Presiden Soekarno sebagai presiden seumur hidup, mematikan peran dan fungsi MPR dan DPR, membubarkan partai politik yang tidak sejalan dengan Presiden, memelihara PKI hingga tumbuh besar dan kuat yang visi dan misinya nyata-nyata bertentangan dengan nilai-nilai demokrasi dan hak asasi manusia, tidak menyelenggarakan pemilu, tidak berusaha mensejahterakan rakyat, tidak melaksanakan UUD 1945 secara murni dan konsekuen, dan lain-lain yang kemudian mencapai puncaknya ketika terjadi peristiwa Gerakan 30 September 1965 oleh PKI yang menewaskan tujuh Jenderal dan ribuan rakyat tak berdosa lainnya.

Sejalan dengan *Circle Theory* (Teori Roda Berputar), ketika terjadi bencana kemanusiaan yang dahsyat, maka rakyat tertindas akan bangkit melawan penguasa otoriter dan/atau diktator untuk membangun kembali demokrasi dan hak asasi manusia yang hakiki. Kekuatan rakyat (*people power*) menggelora dan bangkit pada tahun 1966 yang kemudian

melahirkan rezim Orde Baru menggantikan rezim Orde Lama.

(3) Periode 1966 hingga 1998

Pada tahun 1966, mahasiswa dan pemuda dari berbagai elemen bangsa ini tampil ke depan mewakili rakyat menggugat pemerintah yang sedang berkuasa supaya mengelola negara secara demokratis dan menghormati hak asasi manusia. Aksi mahasiswa dan pemuda dalam perkembangannya mampu mendorong Presiden Soekarno mengeluarkan Surat Perintah Sebelas Maret 1966 (Supersemar) kepada Soeharto. Intisari Supersemar yaitu memberi wewenang kepada Soeharto untuk mengambil langkah-langkah penting dalam upaya memulihkan keamanan dan ketertiban masyarakat.

Tindakan penting yang dilakukan oleh Soeharto sebagai pemegang Super-semar yaitu membubarkan PKI (salah satu tuntutan rakyat dalam Tri Tura) karena partai tersebut selalu berusaha membunuh demokrasi dan hak asasi manusia. Langkah simpatik tersebut disambut baik oleh segenap rakyat Indonesia dan kemudian mengantarkan Soeharto menjadi Presiden Republik Indonesia yang kedua.

Dalam masa pemerintahan Presiden Soeharto selama lebih kurang 32 tahun, tidak dapat disangkal dan bukti-bukti menunjukkan bahwa ia berprestasi besar dalam pembangunan bidang ekonomi, sosial, dan politik. Namun, prestasi Presiden Soeharto di bidang demokrasi dan hak asasi manusia tidak terlalu menggembirakan. Penegakan demokrasi dan hak asasi manusia kurang ia perhatikan. Ia lebih suka hanya membangun simbol-simbol demokrasi, tetapi mengesampingkan hakekatnya.

Simbol-simbol demokrasi yang disuguhkan kepada rakyat misalnya menyelenggarakan Pemilu. Pada masa pemerintahannya, ia mampu menyelenggarakan pemilu sebanyak enam kali, tetapi pemilu yang diselenggarakannya penuh dengan tindakan-tindakan rekayasa dan hanya ditujukan untuk melanggengkan kekuasaannya. Lembaga-lembaga

kenegaraan seperti MPR dan DPR memang ada dan seluruh kursi yang tersedia selalu terisi penuh, namun orang-orang yang menduduki kursi-kursi tersebut sebagian besarnya terdiri dari orang-orang yang tunduk dan patuh kepada Presiden. MPR, DPR dan bahkan DPA menjadi mandul karena Presiden tidak memerlukan lagi saran dan kritik. Orang yang berani berbeda pendapat dengan Presiden akan dianggap sebagai lawan dan ancaman bagi kekuasaannya sehingga bila perlu dilenyapkan dari lingkaran kekuasaan. Situasi demikian sejalan dengan apa yang dikatakan oleh Lord Acton³ bahwa *power tends to corrupt, absolute power corrupt absolutely* (kekuasaan itu cenderung bersalah guna, sedangkan kekuasaan yang mutlak bersalah guna secara mutlak pula).

Penegakan demokrasi yang buruk pada masa pemerintahan Presiden Soeharto berimplikasi pada penegakan pemilu yang buruk pula. Terlampau banyak kasus-kasus pelanggaran pemilu yang secara langsung atau tidak langsung sebabnya bersumber dari kebijakan Pemerintah. Akibat-akibat dari penerapan DOM di Aceh, Irian Jaya dan Timor Timur cukup mewakili citra buruk tersebut.

Pemerintahan Soeharto juga dinilai kurang responsif terhadap ketentuan-ketentuan internasional di bidang pemilu. Ratifikasi terhadap konvensi, kovenan, dan bentuk perjanjian internasional lainnya di bidang pemilu sangat lamban dilakukan.

Selain dari itu, cara menghadapi aksi-aksi mahasiswa dengan pendekatan militer juga banyak menyisakan adanya pelanggaran pemilu. Puncaknya terjadi pada bulan Mei 1998, ketika mahasiswa melakukan demonstrasi besar-besaran secara nasional dan dijawab oleh Pemerintah dengan pendekatan militer, maka kerusuhan besar tidak terelakkan yang kemudian dapat memaksa Presiden Soeharto turun dari jabatannya.

³ Lihat H.R. Sri Soemantri M, *Undang-Undang Dasar 1945, Kedudukan dan Aspek-aspek Perubahannya*, Unpad Press, Bandung, 2002, hlm. 2.

(4) Periode 1998 hingga 2005

Suara rakyat adalah suara Tuhan, dan ketika rakyat menjerit tertindas dan menderita, maka Tuhan pun tidak rela kemudian dengan kasih sayangnya memberi pertolongan melalui jiwa-jiwa muda para mahasiswa dan pemuda. Sejarah kembali mencatat prestasi besar mahasiswa dan pemuda dalam menegakan demokrasi dan pemilu untuk bangsa dan negaranya, ketika pada tahun 1998 berhasil menumbangkan rezim Orde Baru dan kemudian mengangkat penggantinya yang dikenal sebagai rejim Orde Reformasi.

Sumbangan besar Orde Reformasi bagi penegakan demokrasi dan pemilu di Indonesia dapat dicatat misalnya Amandemen UUD 1945. Jika Presiden Soekarno pernah melenceng dari nilai-nilai demokrasi dan pemilu karena “tidak mau melaksanakan” UUD 1945 secara murni dan konsekuen, sedangkan Presiden Soeharto justru karena terlalu kreatif sehingga “mengakali” UUD 1945 untuk melanggengkan kekuasaannya. Banyak hal dalam UUD 1945 yang perlu disempurnakan, baik menyangkut materi muatannya, sistematikanya, maupun redaksionalnya, sehingga kini UUD 1945 hasil Amandemen menjadi relatif lebih sulit untuk “diakali” oleh Presiden.

Amandemen pertama UUD 1945 terjadi pada tahun 1999, telah diubah 9 Pasal, yaitu: Pasal-pasal 5, 7, 9, 13, 14, 15, 17, 20, dan Pasal 21. Amandemen kedua UUD 1945 terjadi pada tahun 2000 dengan mengubah 9 Pasal, yaitu: Pasal-pasal 18, 19, 20, 25 (penambahan), 26, 27, 28, 30, dan Pasal 36. Pada perubahan kedua terjadi juga penambahan pasal, yaitu: Pasal 18A, 18B, 20A, 22A, 22B, 25E (baru), 28A sampai dengan 28J, 36A hingga Pasal 36C. Amandemen ketiga UUD 1945 terjadi pada tahun 2001, telah diubah pasal-pasal berikut yaitu: Pasal 1 ayat (2), Pasal 3, Pasal 23, Pasal 6, Pasal 7A (baru), Pasal 22C, 22D, 22E (baru), Pasal 24, 24A, 24B, 24C, dan Pasal 25. Amandemen keempat UUD 1945 terjadi pada tahun 2002. Kini, sedang ada upaya menyiapkan amandemen kelima UUD 1945.

Hal penting dari adanya amandemen UUD 1945 tersebut yang turut mendorong upaya penegakan demokrasi dan pemilu diantaranya (1) adanya pembatasan masa jabatan Presiden, dan Presiden beserta Wakil Presiden dipilih langsung oleh rakyat; (2) adanya ketegasan tentang Indonesia sebagai negara hukum; (3) Kedudukan MPR dan DPR menjadi lebih kuat; (4) adanya lembaga DPD selain DPRD; (5) pengaturan HAM yang lebih tegas dan jelas; (6) kekuasaan kehakiman yang lebih mandiri; dan (7) pengaturan masalah pendidikan, perekonomian dan kesejahteraan sosial yang lebih jelas.

Kemajuan lainnya pada periode ini yaitu telah diatur dan telah dilaksanakannya sistem pemilihan Presiden dan Wakil Presiden secara langsung melalui Pemilu Presiden tahun 2004. Sistem ini telah sesuai dengan hakikat demokrasi yang ketiga yaitu memilih langsung pemimpin negara oleh rakyat (*by the people*). Lembaga kepresidenan menjadi tidak angker lagi, terbukti sejak bergulirnya era reformasi, Indonesia telah berganti Presiden sebanyak 4 kali yaitu B.J. Habibie, Abdurrahman Wahid, Megawati Soekarno Putri, dan kini Soesilo Bambang Yudhoyono (SBY). Komitmen Kabinet Indonesia Bersatu di bawah kepemimpinan Presiden SBY terhadap penegakan demokrasi dan pemilu relative cukup baik dan kuat.

C. Penutup

Dari uraian tersebut di atas, dapat ditarik kesimpulan bahwa penegakan demokrasi dan pemilu di Indonesia mengalami masa pasang dan masa surut yang sangat ditentukan oleh karakter pemimpin bangsa dan negara yang pada saat itu sedang berkuasa dan karakter hukum terutama UUD yang pada saat itu sedang berlaku. Pemimpin yang dipilih langsung oleh rakyat dan UUD yang terus menerus disempurnakan cenderung lebih baik bagi upaya peningkatan kualitas penegakan demokrasi dan pemilu di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad Syafii Maarif, *Studi tentang Percaturan dalam Konstituante, Islam Dan Masalah Kenegaraan*, LP3ES, Jakarta, 1985.
- Dede Rosyada dkk, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia dan Masyarakat Madani*, ICCE UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2003.
- Herbert Feit, *The Decline of Constitutional Democracy in Indonesia*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1964.
- H.R. Sri Soemantri M, *Undang-Undang Dasar 1945, Kedudukan dan Aspek-aspek Perubahannya*, Unpad Press, Bandung, 2002.
- Jimly Asshiddiqie, *Konsolidasi Naskah UUD 1945 Setelah Perubahan Ke-empat*, PSHTN FH-UI, Jakarta, 2002.
- Anthony Reid, *The Indonesian National Revolution, 1945-1950*, Victoria: Longman, Hawthorn, 1974.

GAGASAN PEMBERIAN KEWENANGAN PENGADUAN KONSTITUSIONAL (*CONSTITUTIONAL COMPLAINT*) KEPADA MAHKAMAH KONSTITUSI SEBAGAI UPAYA PERLINDUNGAN HAK KONSTITUSIONAL DAN HAK ASASI MANUSIA

*Leli Tibaka*¹

A. Pendahuluan

Salah satu agenda utama reformasi dalam rangka demokratisasi dan penegakan supremasi hukum adalah dilakukannya perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD 1945) secara formal berdasarkan Pasal 37 UUD 1945 (sebelum Perubahan).² Perubahan UUD 1945 yang bersifat mendasar mengakibatkan perubahan pada sistem, struktur dan mekanisme kelembagaan negara. Hal ini tidak saja karena adanya perubahan terhadap butir-butir ketentuan yang mengatur tentang kelembagaan negara, tetapi juga karena terkait dengan perubahan paradigma hukum dan prinsip-prinsip ketatanegaraan. Beberapa prinsip mendasar diantaranya adalah supremasi konstitusi, jaminan dan perlindungan hak asasi manusia, penguatan sistem presidensial, pemisahan kekuasaan dan mekanisme *checks and balances*.³

Perubahan mendasar dalam UUD 1945 di antaranya adalah perubahan Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 (sebelum Perubahan) yang berbunyi “Kedaulatan adalah di tangan rakyat dan dilaksanakan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat” berubah menjadi “Kedaulatan berada di

¹ Leli Tibaka, S.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Tadulako, Palu, Sulawesi Tengah.

² Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, LP3ES, Jakarta, 2007, hlm. 51.

³ Jimly Asshiddiqie, *Hubungan antara Lembaga Negara Pasca Perubahan UUD 1945*, Makalah disampaikan pada Pendidikan dan Latihan Kepemimpinan (Diklatpim) Tingkat I Angkatan XVII Lembaga Administrasi Negara, Jakarta, 30 Oktober 2008.

tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar” [Pasal 1 ayat (2) Perubahan Ketiga UUD 1945]. Implikasi dari perubahan ini adalah bahwa kedaulatan rakyat tidak lagi dilakukan sepenuhnya oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR), tetapi dilakukan menurut ketentuan UUD. Hal ini merupakan penguatan prinsip konstitusionalisme dan supremasi konstitusi. MPR tidak lagi menjadi lembaga tertinggi negara di atas lembaga-lembaga tinggi negara.⁴ Dengan kata lain, setelah Perubahan UUD 1945 dilakukan, maka tidak dikenal lagi konsepsi lembaga tertinggi dan lembaga tinggi negara. Lembaga-lembaga negara yang merupakan organ konstitusional, kedudukannya tidak lagi berada di bawah MPR, tetapi sejajar dan saling berhubungan berdasarkan kewenangan masing-masing menurut UUD 1945.⁵

MPR sebagai lembaga yang berwenang merubah UUD, sebelum melakukan Perubahan Pertama sampai Perubahan ke-Empat, telah menyetujui Lima Kesepakatan Dasar MPR⁶ dalam Perubahan UUD 1945 yaitu antara lain:

1. Tidak merubah Pembukaan UUD 1945;
2. Tetap mempertahankan bentuk Negara Kesatuan Republik Indonesia;
3. Mempertegas sistem presidensial;
4. Penjelasan UUD 1945 yang memuat hal-hal normatif dimasukkan ke dalam pasal-pasal;
5. Perubahan dilakukan dengan cara adendum.

Butir ke-empat dari Lima Kesepakatan Dasar di atas, mengandung pengertian bahwa Penjelasan UUD 1945 telah dihapuskan, sebagaimana

⁴ *Ibid.*

⁵ Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan dalam UUD 1945*, FH-UII Press, Yogyakarta, 2005, hlm. 11.

⁶ Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia, *Bahan Tayangan Materi Sosialisasi Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Sekretariat Jenderal MPR RI, Jakarta, 2007, hlm.1.

hal ini ditegaskan di dalam Pasal II Aturan Tambahan UUD 1945 bahwa “Dengan ditetapkannya Perubahan Undang Undang Dasar ini, maka Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 terdiri atas Pembukaan dan Pasal-pasal”. Artinya tidak dikenal lagi adanya penjelasan resmi atau penafsiran otentik atas UUD 1945. Ketentuan yang terdapat dalam Penjelasan UUD 1945 yang memuat prinsip-prinsip normatif seperti penegasan bahwa “Negara Indonesia adalah negara hukum; kekuasaan kehakiman sebagai kekuasaan yang merdeka; dan sistem pemerintahan konstitusional”, telah dimasukkan ke dalam pasal-pasal UUD 1945, sehingga oleh karenanya telah memiliki kekuatan normatif.⁷ Pengukuhan ketiga prinsip tersebut ke dalam pasal-pasal UUD 1945 telah menjadi salah satu alasan reformasi di lingkungan kekuasaan kehakiman melalui Perubahan Ketiga UUD 1945 pada tahun 2001 terutama berkenaan dengan munculnya satu lembaga penyelenggara kekuasaan kehakiman yaitu Mahkamah Konstitusi di samping Mahkamah Agung (MA).

Eksistensi Mahkamah Konstitusi tercantum dalam Pasal 24 ayat (2) Perubahan Ketiga UUD 1945 yang menyebutkan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer dan lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi. Kewenangan Mahkamah Konstitusi berdasarkan Pasal 24C ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945 disebutkan bahwa 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. Selain kewenangan

⁷ Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT Bhuana Ilmu Populer Kelompok Gramedia, Jakarta, cet. 2, 2008, hlm. 8.

tersebut, dalam Pasal 24C ayat (2) Perubahan Ketiga UUD 1945 disebutkan pula bahwa Mahkamah Konstitusi wajib memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar.

Menurut Jimly Asshiddiqie, Mahkamah Konstitusi dibentuk untuk mengawal dan menjaga agar konstitusi sebagai hukum tertinggi (*the supreme law of the land*) benar-benar dijalankan atau ditegakkan dalam penyelenggaraan kehidupan kenegaraan sesuai dengan prinsip-prinsip negara hukum modern, dimana hukumlah yang menjadi faktor penentu bagi keseluruhan dinamika kehidupan sosial, ekonomi dan politik di suatu negara.⁸ Mahkamah Konstitusi dengan segala kewenangannya dan kedudukannya sebagai salah satu penyelenggara kekuasaan kehakiman merupakan perwujudan fungsi penegakan prinsip-prinsip negara hukum, konstitusi dan perlindungan hak asasi manusia berdasarkan UUD 1945.

Kewenangan Mahkamah Konstitusi yang hanya dapat melakukan pengujian undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar adalah merupakan bentuk pembiaran terhadap pelanggaran hak-hak konstitusional warga negara oleh aparaturnya pemerintah melalui peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, maupun melalui tindakan pemerintahan.

Menurut Oemar Seno Adji, di dalam negara hukum seharusnya segala bentuk perbuatan yang dapat merugikan setiap orang ataupun hak-hak setiap orang dapat diawasi oleh pengadilan.⁹ Pendapat Oemar Seno Adji tersebut senada dengan hasil konferensi *International Commission of Juris* tahun 1965 di Bangkok yang menyebutkan bahwa ciri negara yang menganut *rule of law* adalah harus ada jaminan hak konstitusional warga

⁸ Jimly Asshiddiqie, *Mahkamah Konstitusi dan cita Negara Hukum Indonesia*, opini, <http://www.pemantauperadilan.com>, diakses pada tanggal 23 Januari 2009.

⁹ Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, 1985, hlm. 50.

negara di dalam konstitusi dan konstitusi harus pula menentukan prosedur untuk memperoleh perlindungan atas hak-hak yang dijamin tersebut.¹⁰ Jika demikian halnya, maka mekanisme perlindungan konstitusional yang berlaku di Indonesia belumlah sepenuhnya menjamin perlindungan hak-hak konstitusional warga negara dan hak asasi manusia karena perlindungannya hanyalah terbatas pada/atau undang-undang saja yang diasumsikan dapat melanggar hak konstitusional warga negara. Sementara peraturan perundang-undangan yang lainnya tidak dapat diuji atau digugat jika bertentangan dengan konstitusi.

Suatu negara dapat disebut sebagai negara hukum manakala menjamin dan melindungi hak asasi manusia warganegaranya serta menjamin keadilan untuk seluruh rakyatnya dalam setiap dimensi kehidupan. Berbagai upaya yang ditujukan bagi perlindungan dan pemajuan hak asasi manusia di Indonesia merupakan hal yang sangat strategis sehingga memerlukan perhatian dari seluruh elemen bangsa. Hal ini terlihat di dalam perubahan UUD 1945 yang telah mengakomodir dan mengatur secara lebih luas mengenai masalah-masalah hak asasi manusia. Namun demikian persoalan hak asasi manusia, termasuk penegakannya, tidaklah cukup dengan pengaturannya di dalam aturan-aturan hukum sebagaimana telah termuat di dalam beberapa instrumen hukum seperti UUD 1945 dan berbagai peraturan perundang-undangan di bawahnya. Dimasukkannya hak asasi manusia ke dalam UUD baru merupakan satu langkah yang perlu tetapi tidak cukup untuk menjamin supaya hak-hak ini dihormati dalam praktik. Pengakuan hak asasi manusia sebagaimana dilakukan di dalam UUD tidaklah berarti tanpa adanya prosedur hukum untuk memperbaiki pelanggaran hak asasi manusia atau prosedur hukum untuk mengganti kerugian akibat pelanggaran terhadap hak asasi manusia

¹⁰ Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, cet. 2, 2003, hlm. 29-30.

yang terjadi.¹¹

Keberadaan Mahkamah Konstitusi adalah salah satu jawaban untuk memberikan proteksi terhadap hak asasi manusia dan hak-hak konstitusional warga negara dan masyarakat. Jimly Asshiddiqie mengatakan bahwa kewenangan Mahkamah Konstitusi sebagaimana yang tercantum di dalam UUD 1945 mencerminkan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai ¹² :

1. Pengawal Konstitusi (*The Guardian of the Constitution*)
2. Pengendali keputusan berdasarkan sistem demokrasi (*Control of democracy*)
3. Penafsir Konstitusi (*The Sole or the Highest Interpreter of The Constitution*)
4. Pelindung hak konstitusional warga negara (*The Protector of the Citizen' Constitutional Rights*)
5. Pelindung Hak Asasi Manusia (*The Protector of Human Rights*)

Terkait dengan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai pelindung hak-hak konstitusional warga negara dan pelindung hak asasi manusia, pertanyaannya adalah apakah dalam realitas sosialnya, kewenangan yang dimiliki Mahkamah Konstitusi saat ini sebagaimana yang terdapat di dalam Pasal 24C ayat (1) dan ayat (2) telah mampu menjamin penegakan konstitusi dan pelindung atau penjaga hak asasi manusia (*basic right atau fundamental right*) setiap warga masyarakat Indonesia yang dijamin oleh UUD 1945.

¹¹ Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional: Studi Sosio Legal atas Konstituante 1956-1959*, cet. 2, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2001, hlm. 326.

¹² Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT. Bhuana Ilmu Populer Kelompok Gramedia, Jakarta, cet. 2, 2008, hlm. 604.

Kajian ini akan memfokuskan pembahasan pada bagaimanakah mekanisme untuk menjamin hak asasi manusia dan hak-hak konstitusional yang tercantum dalam Undang-Undang Dasar dapat berlaku efektif melalui pemberian kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi untuk memutus pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*).

B. Mahkamah Konstitusi dan Hak Asasi Manusia

Tujuan negara Republik Indonesia sebagaimana diamanatkan dalam Alinea Ke-Empat Pembukaan UUD 1945 adalah “...untuk membentuk suatu Pemerintah Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia, memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia, perdamaian abadi dan keadilan sosial...”¹³

Pemerintah negara Indonesia dibentuk dengan tujuan untuk mewujudkan apa yang sesungguhnya menjadi tujuan negara tersebut. Dengan demikian pemerintah berkewajiban untuk mewujudkan perlindungan kepada segenap bangsa Indonesia termasuk melindungi dan menjamin tegaknya hak asasi manusia dan kesejahteraan umum. Pengaturan dan jaminan terhadap penegakan hak asasi manusia yang diusung dalam konsep *welfare state* dirumuskan dalam suatu dokumen formal yang disebut konstitusi atau Undang Undang Dasar.

Menurut C.F. Strong, konstitusi mengatur hubungan antara pemerintah dan yang diperintah (rakyat) serta mengenai hak-hak yang diperintah (*a constitution is a collection of principles according to which the powers of the government, the right of governed and the relations between they are adjusted.*¹⁴

Jaminan terhadap hak asasi manusia dalam konstitusi juga ditegaskan oleh A.V. Dicey yang menuangkan gagasannya mengenai

¹³ Pembukaan UUD 1945 Alinea Ke-Empat.

¹⁴ C.F. Strong, *Modern Political Constitution, An Introduction to The Comparative Study of The History and Existing Form*, Sidwick & Jackson Limited, London, 1973, hlm. 9.

konsep negara hukum pada Abad ke XIX di Inggris dengan menyatakan bahwa unsur-unsur *the Rule of Law* adalah:

1. *the absolut predominance of the law* (dominasi absolut dari hukum)
2. *equality before the law* (persamaan di hadapan hukum)
3. *the concept according to which the constitution is the result of the recognition of individual rights by judges* (konsep yang berdasarkan konstitusi adalah hasil dari pengakuan hak-hak individual oleh para hakim).¹⁵

Sementara menurut J.G Steenbeek sebagaimana dikutip oleh Sri Soemantri menyebutkan bahwa pada umumnya suatu konstitusi memuat tiga hal pokok, yaitu¹⁶ :

1. Adanya jaminan terhadap hak asasi manusia dan warga negaranya;
2. Ditetapkannya susunan ketatanegaraan suatu negara yang bersifat fundamental;
3. Adanya pembagian dan pembatasan tugas ketatanegaraan yang juga bersifat fundamental.

Negara Indonesia adalah negara hukum yang disandingkan dengan demokrasi konstitusional [Pasal 1 ayat (2) dan (3) UUD 1945]. Sebagaimana telah disebutkan di atas bahwa salah satu cerminan dari negara hukum yang demokratis adalah adanya jaminan terhadap perlindungan hak asasi manusia dan warga negara. Komitmen dan semangat UUD 1945 sebagai hukum dasar negara merupakan hasil representasi kehendak seluruh rakyat Indonesia, maka oleh karenanya haruslah dilaksanakan dengan

¹⁵ A.V. Dicey, *An Introduction to The Study of Law of The Constitution*, By E.C.S. Wade, 10 th.edn, London, 1971, hlm. 202-203.

¹⁶ Dahlan Thaib, Jazim Hamidi dan Nikmatul Huda, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. 16.

sungguh-sungguh dan benar pada setiap aspek kehidupan masyarakat berbangsa dan bernegara. Oleh karena itu prinsip hukum yang timbul adalah setiap tindakan, perbuatan, aturan dan/atau keputusan dari semua pejabat penyelenggara pemerintahan negara yang diberi kewenangan oleh konstitusi atau UUD tidak boleh bertentangan dengan hak-hak dasar (*basic rights*) dan UUD itu sendiri.¹⁷

Perlindungan konstitusional terkait hak-hak konstitusional warga negara dan hak asasi manusia di dalam UUD 1945 sebenarnya telah mengalami perkembangan yang berarti dengan keberadaan Mahkamah Konstitusi. Eksistensi Mahkamah Konstitusi tercantum dalam Pasal 24 ayat (2) Perubahan Ketiga UUD 1945 yang menyebutkan bahwa kekuasaan kehakiman dilakukan oleh sebuah Mahkamah Agung dan badan peradilan yang berada di bawahnya dalam lingkungan peradilan umum, lingkungan peradilan agama, lingkungan peradilan militer dan lingkungan peradilan tata usaha negara, dan oleh sebuah Mahkamah Konstitusi.

Melalui kewenangan yang dimiliki saat ini, Mahkamah Konstitusi telah melaksanakan beberapa kewenangan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 24C ayat (1) UUD di atas kecuali memutus pembubaran partai politik dan satu kewajiban sebagaimana yang tercantum di dalam Pasal 24C ayat (2) yaitu memberikan putusan atas pendapat DPR mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden menurut Undang-Undang Dasar. Meskipun demikian, putusan yang secara spesifik di bidang perlindungan hak-hak konstitusional dan perlindungan hak asasi manusia masih dirasakan sangat kurang.

Ide pemberian fungsi pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) kepada Mahkamah Konstitusi sebenarnya bukanlah hal yang baru. Berbagai tulisan dan artikel yang pernah ditulis oleh para pakar hukum dan juga beberapa pertimbangan hukum putusan Mahkamah

¹⁷ Abdul Latif, *Fungsi Mahkamah Konstitusi dalam Upaya Mewujudkan Negara Hukum yang Demokrasi*, Total Media, Yogyakarta, 2007, hlm. 326-327.

Konstitusi, secara tersirat telah memberikan sinyalemen bahwa kebutuhan akan fungsi pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) merupakan keniscayaan dalam suatu negara hukum demokratis yang tidak dapat ditunda-tunda lagi.

Mahkamah Konstitusi dapat disebut sebagai pengawal konstitusi, penjaga dan pelindung hak-hak konstitusional warga negara dan hak asasi manusia apabila telah melaksanakan fungsi penegakan konstitusi yang bertujuan mewujudkan pemerintahan yang bertanggungjawab sesuai dengan kehendak rakyat dan cita-cita demokrasi, juga menjaga terselenggaranya pemerintahan negara yang stabil guna mewujudkan tata kehidupan bangsa dan negara yang tertib, bersih, makmur, dan berkeadilan. Hal yang demikian janganlah dianggap sebagai pemikiran yang berlebihan. Sebab hasil penelusuran terhadap permohonan yang diterima oleh Mahkamah Konstitusi selama tahun 2005, sedikitnya terdapat 48 permohonan yang dapat dikategorikan sebagai bentuk pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*), dua kali lipat permohonan pengujian (*judicial review*) undang-undang pada tahun yang sama.¹⁸

Selain itu, Dewan Perwakilan Daerah melalui Naskah Akademis Amandemen Komprehensif mengusulkan perubahan ke-Lima UUD 1945. Usulah tersebut secara khusus juga mendorong agar Mahkamah Konstitusi diberi kewenangan untuk memutus perkara pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*). Kewenangan ini dirasakan demikian penting untuk menjamin aturan hak asasi manusia di dalam konstitusi tidak hanya menjadi aturan kosong, tetapi tersedia mekanisme untuk menegakkannya.¹⁹

Pada hakekatnya mekanisme pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) merupakan suatu upaya atau prosedur hukum

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Dewan Perwakilan Daerah Republik Indonesia, *Naskah Akademis Usulan Amandemen Komprehensif*, <http://www.dpd.go.id>, diakses pada tanggal 3 Maret 2011.

untuk melindungi hak konstitusional warga negara yang dilanggar oleh aparat pemerintah atau pejabat publik. Pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) adalah permohonan yang diajukan oleh warga negara atau pemohon lainnya yang diberikan kepadanya kedudukan hukum (*legal standing*) oleh UUD untuk mengajukan permohonan atas dilanggarnya hak-hak konstitusionalnya, baik dilanggar oleh undang-undang maupun oleh peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, ataupun tindakan aparat pemerintah serta dapat pula disebabkan oleh suatu putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap dan dianggap bertentangan dengan konstitusi.²⁰

Objek permohonan yang dapat diajukan untuk diperiksa melalui mekanisme pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) dapat berupa undang-undang, peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang atau jenis produk hukum lainnya yang dikeluarkan oleh pejabat publik baik di tingkat pusat maupun di daerah maupun putusan pengadilan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap yang dianggap bertentangan dengan undang-undang dasar.²¹

Persyaratan untuk dapat mengajukan permohonan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) sangat ketat, yaitu baru dapat diajukan setelah upaya hukum biasa sudah habis ditempuh (*exhausted*) kecuali dalam hal Mahkamah Konstitusi menilai bahwa jika melakukan upaya hukum biasa terlebih dahulu akan mengakibatkan timbulnya kerugian yang lebih besar bagi pemohon, maka Mahkamah Konstitusi dapat memeriksa permohonan itu tanpa harus melalui upaya hukum biasa terlebih dahulu.

Abdul Latif menyebutkan bahwa kewenangan *constitutional complain* adalah hal yang sangat urgen dan mengganjal yang dirasakan

²⁰ Jimly Asshiddiqie, *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005, hlm. 63.

²¹ *Ibid.*

olah masyarakat pencari keadilan.²² Mantan Hakim Konstitusi H.M. Laica Marzuki mengatakan bahwa:

Mahkamah Konstitusi belum dapat menampung dan menyalurkan aspirasi dan keluhan (*personal grievance*) sebagai upaya hukum yang luar biasa dalam mempertahankan hak-hak konstitusional bagi setiap individu warga negara atau lebih dikenal dengan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*), disebabkan karena tidak berwenangnya Mahkamah Konstitusi.

Pengakuan hak asasi manusia tanpa perlindungan atau tanpa adanya upaya/mekanisme untuk memulihkan hak-hak manusia sebagai warga negara atau masyarakat yang telah dilanggar sama halnya dengan pengingkaran terhadap penghormatan dan perlindungan terhadap hak-hak konstitusional dan hak asasi manusia itu sendiri. Oleh karena itulah pemberian kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi adalah kesemestian yang tidak terhindarkan. Untuk itulah penulis dalam hal ini menawarkan dua alternatif cara melembagakan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*), sehingga hak-hak konstitusional masyarakat dan hak asasi manusia dapat dijamin dan dilindungi secara maksimal yaitu:

1. Perubahan (Ke-Lima) UUD Negara RI Tahun 1945
2. Memutus *Constitutional Complain* melalui Penafsiran Hakim (*Judicial Interpretation* Mahkamah Konstitusi).

Penjelasan dari kedua usulan tersebut akan dilakuka secara rinci pada bagian berikut ini.

(1) Perubahan (Ke-Lima) UUD Negara RI Tahun 1945

Konstitusi adalah instrumen hukum tertinggi dan sangat penting

²² Abdul Latif, *op. cit.* hlm. 328.

keberadaannya di dalam suatu negara. Begitu pentingnya sehingga melalui konstitusi, suatu negara dapat diketahui bentuk kedaulatannya maupun sistem pemerintahannya. Jadi, dimana ada organisasi negara dan kebutuhan menyusun suatu pemerintahan negara akan selalu diperlukan konstitusi.

Menurut Bagir Manan, hakekat konstitusi adalah perwujudan faham konstitusionalisme yaitu pembatasan terhadap kekuasaan pemerintahan di satu pihak dan jaminan terhadap hak-hak warga negara maupun setiap penduduk di pihak lain.²³ Dengan kata lain konstitusionalisme adalah sebuah paham mengenai pembatasan kekuasaan dan jaminan hak-hak rakyat melalui konstitusi.²⁴ Berdasarkan gagasan konstitusionalisme itu suatu konstitusi dipandang sebagai sesuatu yang mempunyai fungsi khusus yaitu menentukan dan membatasi kekuasaan.²⁵

Ditinjau dari pengertian yang lebih luas, Soetandyo Wignyoebroto menyebutkan bahwa :

“ide konstitusi disebutnya sebagai *konstitusionalisme*, dan digambarkan bahwa paradigma hukum perundang-undangan sebagai penjamin kebebasan dan hak asasi manusia yaitu dengan cara membatasi secara tegas dan jelas mana kekuasaan yang terbilang kewenangan (dan mana pula yang apabila tidak demikian harus dibilang sebagai kesewenang-wenangan) inilah yang di dalam konsep moral dan metayuridisnya disebut “*konstitusionalisme*”.”²⁶

Konstitusi dalam suatu negara tidak terlepas dari faham konstitusionalisme dalam negara modern yang mengembangkan suatu

²³ Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi Suatu Negara*, C.V. Mandar Maju, Bandung, 1995, hlm. 6.

²⁴ *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Balai Pustaka, Jakarta, Edisi Kedua, 1991, hlm. 521.

²⁵ Budiman N.P.D Sinaga, *Hukum Tata Negara, Perubahan Undang-Undang Dasar*, PT Tata Nusa, Jakarta-Indonesia, 2009, hlm. 69.

²⁶ Soetandyo Wignyoebroto, Hak-Hak Asasi Manusia dan Konstitusionalisme: Hubungan Antara Masyarakat dan Negara, dalam *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam-HuMa, 2002, hlm. 415-417.

perangkat peraturan dan ketentuan-ketentuan yang sangat jelas bagi berlakunya struktur ketatanegaraan yang juga keberadaannya dipengaruhi oleh berbagai faktor yang membentuk dan mempengaruhinya. Salah satu faktor yang mempengaruhinya adalah sejauhmana kekuasaan di dalam negara itu diatur dalam konstitusi.²⁷

Mochtar Kusumaatmadja menyebutkan bahwa kekuasaan adalah fenomena yang bentuknya beraneka ragam (*polyform*) dan banyak macam sumbernya. Hanya saja, hakekat kekuasaan dalam berbagai bentuk itu tetap sama yaitu kemampuan seseorang untuk memaksakan kehendaknya atas pihak lain.²⁸ Hal ini sangat relevan dengan fungsi utama Konstitusi yakni untuk membagi dan membatasi kekuasaan. Pada kerangka inilah Montesquieu melalui bukunya berjudul *The Spirit of Law* mengemukakan bahwa untuk mencegah terjadinya kesewenang-wenangan penguasa, kekuasaan di dalam negara harus dibagi dalam tiga cabang kekuasaan, yaitu kekuasaan untuk menjalankan undang-undang (*eksekutif*), kekuasaan untuk membentuk undang-undang (*legislatif*); dan kekuasaan untuk mengawasi pelaksanaan undang-undang (*judikatif*).²⁹

Sementara Hans Kelsen menyebutkan bahwa konstitusi adalah hukum dasar (*fundamental law*).³⁰ Sebagai hukum dasar (*fundamental law*), maka konstitusi hanya memuat aturan-aturan dasar yang rinciannya dijabarkan lebih lanjut dengan undang-undang (*organik*). Melihat eksistensi konstitusi sebagai instrumen dasar yang sangat penting ini, maka konstitusi dikatakan sebagai pusat yang mengatur sistem dan

²⁷ Philips A. Kana, *Kedudukan UUD 1945 sebagai Hukum Dasar Tertulis dalam Teori dan Praktik*, Disertasi Program Pascasarjana UNPAD, Bandung, 1999, hlm. 26.

²⁸ Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi FH-UNPAD, Binacipta, Bandung, 1986, hlm. 6.

²⁹ Thomas Newgent, *The Spirit of Laws, Dasar-dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, diterjemahkan dari *The Spirit of Laws* karya Montesquieu, terjemahan M. Khoiril Anam, Penyunting Nurainun Mangunsong, Nusa Media, Bandung, 2007, hlm. 187.

³⁰ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (translated by Anders Wedburg), Russel & Russel, New York, 1973, hlm. 258.

mekanisme penyelenggaraan negara dan pembagian kekuasaan.

Sejalan dengan alur pikir di atas, maka keberadaan pasal-pasal di dalam UUD 1945 yang mengatur tentang hak-hak konstitusional dan hak asasi manusia sebagaimana diatur di dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28J tanpa dilengkapi dengan perangkat institusional untuk menegakkan ketentuan tersebut tidak akan mungkin terwujud secara optimal. Kewenangan peradilan umum hanya terbatas pada hal-hal yang telah diatur di dalam ketentuan dasarnya dan pada umumnya perkara pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) sebagian besar sulit untuk dapat digugat melalui lingkungan peradilan umum.

Tidak adanya mekanisme yang disediakan oleh konstitusi untuk mengajukan permohonan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) sebenarnya adalah faktor utama tidak dapat ditegakkannya perlindungan hak-hak konstitusional dan hak asasi manusia secara optimal. Sementara salah satu pilar di dalam penegakan hak asasi manusia adalah dengan jalan memberikan mekanisme *constitutional remedies* dalam memulihkan hak-hak konstitusional yang diakibatkan oleh dilanggarnya hak konstitusional dan hak asasi manusia oleh penyelenggara negara baik dilakukan oleh pihak eksekutif, legislative dan yudisial.

Beberapa Mahkamah Konstitusi di belahan dunia lain, seperti Mahkamah Konstitusi di Jerman, memiliki kewenangan untuk memeriksa dan memutuskan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) ini. Mahkamah Konstitusi hanya dapat memeriksa pengaduan konstitusional bila semua upaya hukum telah ditempuh melalui pengadilan dalam lingkungan peradilan Mahkamah Agung. Untuk menghindari agar jangan sampai semua kasus dilimpahkan kepada Mahkamah Konstitusi, maka lembaga ini diberikan kewenangan *dismissal process*. Mahkamah Konstitusi diberikan kewenangan untuk menyidangkan kasus yang memang ingin diproses lebih lanjut. Kewenangan ini mirip seperti praktik pengadilan di Mahkamah Agung Amerika Serikat.

Di dalam sistem peradilan Jerman, uji konstusionalitas undang-undang tidak hanya dapat diajukan oleh lembaga pemerintahan, parlemen, atau lembaga pengadilan, tetapi juga oleh individu warga negara apabila undang-undang itu melanggar hak-hak dasar yang dijamin dalam konstitusi yang diajukan sebagai pengaduan konstusional (*constitutional complaint*) yang akan diadili Mahkamah Konstitusi. Kewenangan Mahkamah Konstitusi Jerman dalam menangani pengaduan konstusional (*constitutional complaint*) memberikan otoritas kepada Mahkamah Konstitusi untuk mengontrol lembaga eksekutif, legislatif dan yudikatif untuk tidak memberlakukan peraturan dan perundang-undangan yang melanggar hak-hak dasar warga negara yang dijamin dalam konstitusi.³¹

Untuk itulah salah satu mekanisme yang dimungkinkan adalah melalui pemberian kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia untuk menangani dan memutus pengajuan pengaduan konstusional (*constitutional complaint*) yang diajukan oleh masyarakat atau orang-perorang yang dirugikan hak-hak konstusionalnya. Pemberian kewenangan ini secara konstusional dapat dilakukan melalui perubahan kelima UUD 1945 dengan menambah kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memutus pengaduan konstusional (*constitutional complaint*). Terkait hal ini Nikmatul Huda mengemukakan bahwa:³²

“perlu dipikirkan pula dalam agenda perubahan (kelima) UUD 1945 mengenai pengaduan konstusional (*constitutional complaints*) menjadi salah satu tambahan kewenangan Mahkamah Konstitusi. Karena UUD 1945 belum mengatur siapa yang berwenang menangani serta mengadili kasus pengaduan konstusional oleh

³¹ Efik Yusdiansyah, *Implikasi Keberadaan Mahkamah Konstitusi Terhadap Pembentukan Hukum Nasional dalam Kerangka Negara Hukum*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran, Bandung, 2007, hlm.261.

³² Nikmatul Huda, ‘Gagasan Amandemen (Ulang) UUD 1945 Usulan Untuk Penguatan Dewan Perwakilan Daerah dan Kekuasaan Kehakiman’, *Jurnal Hukum*, No.3, Vol.15 Juli 2008, hlm.373-392.

perorangan dengan alasan bahwa hak asasinya selaku warga negara atau salah satu hak asasinya yang termaktub dalam konstitusi telah dilanggar oleh pejabat publik.

Oleh karena itu, jika sekiranya dilakukan perubahan kelima UUD 1945 dan mengakomodir gagasan ini maka kewenangan Mahkamah Konstitusi yang termuat di dalam Pasal 24C ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945 akan berbunyi :

“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; memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum; dan *memutus pengaduan konstitusional*.

(2). Memutus pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) melalui Penafsiran Hakim (*Judicial Interpretation*) di Mahkamah Konstitusi

Salah satu cara yang memungkinkan pemberian kewenangan kepada Mahkamah Konstitusi selain melalui perubahan formal (amandemen) UUD 1945, adalah melalui Penafsiran Hakim Mahkamah Konstitusi lewat putusannya. Hal ini memang dimungkinkan untuk dilakukan manakala ada pengajuan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) oleh orang-perorang warga negara atau masyarakat yang dilanggar hak-hak konstitusionalnya atau hak asasinya oleh penyelenggara negara baik lembaga eksekutif, legislatif dan yudikatif.

Salah satu prinsip yang tidak dapat dilanggar oleh Mahkamah Konstitusi adalah bahwa Mahkamah Konstitusi tidak dapat menolak perkara yang diajukan kepadanya dengan alasan tidak ada hukum atau

aturan yang mengatur, tetapi wajib memeriksa, mengadili dan memutus perkara yang diajukan kepadanya. Oleh karena itu, meskipun Mahkamah Konstitusi tidak memiliki kewenangan untuk memeriksa dan memutus pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*), namun jika permohonan tersebut diajukan maka hakim Mahkamah Konstitusi tetap harus memeriksa dan memutusnya.

Pandangan tersebut didasarkan pada hasil penelitian penulis terhadap satu putusan Mahkamah Konstitusi yang dianggap kontroversial yaitu Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 138/PUU-VII/2009 tentang Permohonan Pengujian PERPU Nomor 4 Tahun 2009 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap UUD 1945 yang pada dasarnya telah menambah kewenangan Mahkamah Konstitusi di dalam Pasal 24C ayat (1) Perubahan Ketiga UUD 1945 bahwa Mahkamah Konstitusi berwenang menguji Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang (PERPU). Berdasarkan Putusan tersebut terlihat bahwa secara normatif maupun empiris, makna Pasal 24C ayat (1) yang sebelumnya berbunyi :

“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.

telah berubah maknanya menjadi:³³

“Mahkamah Konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-

³³ Leli Tibaka, *Penafsiran Konstitusi oleh Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya Terhadap Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Tesis pada Program Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Padjadjaran, Bandung, 2012, hlm. 265.

undang terhadap Undang-Undang Dasar, ***menguji Peraturan Pemerintah Pengganti 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.(kursif penulis).

Perubahan di atas adalah perubahan melalui *judicial interpretation* sebagaimana dikemukakan oleh K.C.Wheare yang menyebutkan bahwa ada empat cara perubahan konstitusi yaitu:³⁴

1. *Some primary forces,*
2. *Formal amandement,*
3. *Judicial interpretation,*
4. *Usage and convention.*

Bagir Manan menjelaskan, pertumbuhan dan perkembangan konstitusi tidak semata-mata didasarkan kepada perubahan formal. Ada berbagai cara untuk menumbuhkan dan mengembangkan konstitusi menuju kehidupan konstitusional yang sehat, salah satunya adalah melalui interpretasi terhadap kaidah-kaidah yang tercantum dalam konstitusi oleh kekuasaan kehakiman yang lazim disebut *Judicial interpretation*.³⁵ Senada dengan pandangan tersebut, Rosjidi Ranggawidjaja menyatakan bahwa:

“Perubahan UUD dapat pula dilakukan melalui penafsiran oleh badan kehakiman (*judicial interpretation*). Perubahan itu dituangkan dalam putusan pengadilan (*judicial decision*). Perubahan UUD melalui penafsiran oleh badan peradilan dilakukan tanpa mengubah kata-kata atau kalimat dari UUD tersebut, pengadilan hanya memberikan arti dari kata-kata atau

³⁴ K.C. Wheare, *Modern Constitutions*, Oxford University Press, Third Impresion, 1975, hlm. 67.

³⁵ Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan...*, *op. cit.* hlm. 9.

kalimat tersebut melalui penafsiran. Jadi, perubahan UUD melalui *judicial interpretation* dilakukan dengan mengubah makna atau arti ketentuan UUD tersebut melalui putusan hakim⁷³⁶

K.C.Wheare memberikan pemahaman, bahwa yang dimaksud dengan penafsiran konstitusi yang dapat mengubah konstitusi adalah ditekankan pada:

*What is meant by saying that judicial interpretation and decision can change a constitution? Court is must be emphasized, cannot amend a constitution. They cannot change the words. They must accept the words, and so far as they introduce change, it can come only through their interpretation of the meaning of the words. Court may, by a series of decision, elaborate the content of a word or phrase; they may modify or supplement or refine upon their previous decision; they may even revoke or contradict previous decision. But throughout they are confined to the words of the constitution.*³⁷ (Apakah yang dimaksud dengan mengatakan bahwa penafsiran dan Keputusan Yudisial bisa mengubah Konstitusi? Penekanannya terletak pada pemahaman bahwa Pengadilan tidak bisa mengamandemen Konstitusi. Pengadilan tidak bisa mengubah kalimat Konstitusi. Mereka mesti menerima kalimat tersebut. Dan sejauh mereka mengintroducir perubahan, itu hanya bisa dilakukan dalam penafsiran mereka atas makna kalimat tersebut. Pengadilan dengan keputusan-keputusannya, bisa menjelaskan kandungan kata atau kalimat; mereka boleh menyempurnakan, melengkapi atau memperhalus keputusan sebelumnya; mereka bahkan boleh mencabut atau membatalkan keputusan sebelumnya. Tetapi mereka mesti tetap berpegang pada kalimat konstitusi).

³⁶ Rosjidi Ranggawidjaja, *Wewenang Menafsirkan Undang-Undang Dasar*, Citra Bakti Akademik, Bandung-Sukabumi, 1996, hlm. 59.

³⁷ K.C.Wheare, *op. cit.*, hlm. 105.

Lebih lanjut dijelaskan bahwa hal pokok yang harus diingat adalah bahwa :

*The judges proper function is to interpret, not to amend the words of the statute or of a constitution, and such change as Courts may legitimately bring about in the meaning of a constitution, spring from this function of interpretation, not from any inherent or secret function of law-making.*³⁸ (Fungsi Hakim yang sebenarnya adalah menafsirkan, bukan mengubah kalimat dalam konstitusi, dan perubahan makna konstitusi semacam ini sebagaimana yang secara sah bisa dilakukan oleh pengadilan berasal dari fungsinya untuk menafsirkan, bukan dari fungsi inheren/melekat dalam pembuatan hukum).

Dari pemaparan di atas jelas bahwa penafsiran Mahkamah Konstitusi tidak mengubah secara formil UUD, tetapi **mengubah secara materil**, yakni mengubah arti atau makna pasal di dalam UUD 1945 melalui penafsirannya yang tertuang di dalam Putusan Mahkamah Konstitusi. perubahan semacam ini lebih mudah dibanding dengan perubahan secara formal (*formal amendment*) yang menjadi kewenangan Majelis Permusyawaratan Rakyat (MPR) dengan mekanisme sebagaimana diatur di dalam Pasal 37 UUD 1945.

Saat ini, jika tuntutan untuk memberikan kewenangan mengadili permohonan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) kepada Mahkamah Konstitusi semakin besar, sementara mekanisme melalui perubahan kelima UUD 1945 tidak memungkinkan untuk dilakukan, maka tidak tertutup kemungkinan untuk menempuh permohonan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) melalui Mahkamah Konstitusi dan Mahkamah Konstitusi lah yang berwenang memutus apakah menerima atau menolak permohonan tersebut.

³⁸ *Ibid.*

Jika membaca aliran pemikiran yang dianut oleh sebagian besar hakim konstitusi pada generasi kedua ini, terlihat melalui putusan-putusannya yang lebih progresif, dan banyak melakukan terobosan hukum ketika hal itu dapat memberikan rasa keadilan kepada masyarakat dan lebih memberikan kemanfaatan. Hal ini telah dicontohkan melalui Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 138/PUU-VII/2009 sebagaimana telah dikemukakan di atas yang secara tegas telah menambah kewenangan Mahkamah Konstitusi terkait dengan pengujian PERPU.

Selain itu Ketua Mahkamah Konstitusi Moh. Mahfud MD yang menyebutkan bahwa:³⁹

“Pemberian kewenangan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) kepada Mahkamah Konstitusi saat ini dinilai relatif mendesak. Banyak persoalan yang menyangkut hak konstitusional warga negara yang tidak terselesaikan karena kebuntuan hukum atau memang tidak ada lembaga yang berwenang menyelesaikan hal tersebut. Untuk memperoleh kewenangan ini, Mahkamah Konstitusi bahkan rela kewenangannya dipangkas dan diganti dengan kewenangan mengadili pengaduan konstitusional. Indonesia sudah waktunya memikirkan tentang pengaduan konstitusional. Pengaduan konstitusional adalah pengaduan warga negara kepada Mahkamah Konstitusi karena mendapat perlakuan dari pemerintah yang bertentangan dengan konstitusi.”

Pernyataan di atas dapat diasumsikan bahwa sebenarnya Mahkamah Konstitusi dapat saja menempuh cara ini jika ada permohonan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) yang diajukan oleh perseorangan warga negara atau masyarakat yang dilanggar hak-hak konstitusionalnya dan hak asasinya. Hal ini juga dikemukakan oleh Refly

³⁹ Moh. Mahfud MD, *Mahkamah Konstitusi Rela Kewenangannya Dikurangi*, <http://www.polmarkindonesia.com>. diakses tanggal 15 Nopember 2011.

Harun dengan menyatakan bahwa:⁴⁰

“pengaduan konstitusional memang tempat yang lebih konkrit untuk melindungi hak asasi warga negara yang dijamin konstitusi. Tentunya, hal ini sepanjang lembaga yang memiliki kewenangan tersebut masih memiliki integritas. Mahkamah Konstitusi bisa menerapkan kewenangan ini tanpa perubahan UUD. Ada dua cara. *Pertama*, dengan cara ekstrim, yaitu melakukan interpretasi yudisial bahwa Mahkamah Konstitusi bisa menggunakan pengaduan konstitusional untuk menjaga konstitusi dan hak konstitusional warga negara. *Kedua*, cara yang lebih *smooth*, yaitu melalui pintu pengujian undang-undang.”

Melalui pengujian undang-undang jelas sangat sempit, sebab tidak mampu menjangkau peraturan-peraturan lain bahkan tindakan pemerintahan yang juga berpotensi untuk melanggar hak-hak konstitusional warga negara dan hak asasi manusia. Dalam hal ini dibutuhkan keberanian dan progresifitas dari hakim-hakim konstitusi untuk menerima, dan memutus permohonan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*). Sehingga meskipun cara melalui perubahan formal UUD 1945 belum dapat terlaksana, karena memerlukan prosedur tertentu yang ketat, namun pengembangan konstitusi terutama masalah pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) dapat dimulai dari penafsiran hakim (*judicial interpretation*) Mahkamah Konstitusi, demi tegaknya perlindungan terhadap hak asasi manusia dan fungsi Mahkamah Konstitusi sebagai Pelindung Hak Konstitusional Warga Negara (*The Protector of the Citizen's Constitutional Rights*) dan Pelindung Hak Asasi Manusia (*The Protector of Human Rights*) dapat terwujud dalam kenyataan.

⁴⁰ *Ibid.*

UUD melalui penafsiran hakim (konstitusi) dimaksudkan untuk menyesuaikan nilai-nilai, norma-norma (hukum) sebagai pencerminan dari kehendak masyarakat saat UUD tersebut dibentuk, dengan nilai atau norma-norma yang hidup dan berlaku saat ini (saat UUD hendak diubah). Oleh karena UUD merupakan “*momen opname*” dari keadaan saat UUD dibentuk, sementara keadaan selalu berubah, maka perubahan UUD akan terjadi, hanya soal waktunya saja yang tidak dapat diduga.⁴¹ Hal ini dilakukan untuk menjadikan UUD 1945 sebagai konstitusi yang hidup (*the living constitution*).

C. Penutup

Saat ini solusi konstitusional yang memungkinkan untuk melembagakan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) adalah melalui :

1. Perubahan (formal) UUD 1945 dengan mekanisme Pasal 37 UUD 1945, sebagaimana yang digagas melalui perubahan kelima UUD 1945 dengan memasukkan materi perubahan Pasal 24C ayat (1) dan menambahkan kewenangan Mahkamah Konstitusi untuk memeriksa mengadili dan memutus permohonan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*). Sehingga rumusan kewenangan Mahkamah Konstitusi di dalam Pasal 24C ayat (1) ditambahkan menjadi “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; memutus perselisihan

⁴¹ Rosjidi Ranggawidjaja, *Wewenang Menafsirkan Undang-Undang Dasar*, Citra Bakti Akademik, Bandung-Sukabumi, 1996, hlm. 86.

tentang hasil pemilihan umum; dan ***memutus pengaduan konstitusional***.

2. *Judicial Interpretation* Mahkamah Konstitusi melalui Putusannya. Hal ini dilakukan dengan terlebih dahulu diajukan permohonan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) oleh warga negara yang merasa hak-hak konstitusionalnya telah dilanggar oleh penyelenggara negara (baik eksekutif, legislatif dan lembaga yudisial) yang diajukan langsung kepada Mahkamah Konstitusi. Melalui pengajuan ini terbuka kemungkinan Mahkamah Konstitusi akan melakukan penafsiran dan dapat menerima dan memutus permohonan pengaduan konstitusional (*constitutional complaint*) tersebut (dengan menambah kewenangannya sendiri melalui putusannya). Penambahan kewenangan Mahkamah Konstitusi telah dilakukan melalui putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 138/PUU-VII/2009 terkait bertambahnya kewenangan Mahkamah Konstitusi di dalam menguji PERPU yang berimplikasi pada perubahan (materil) Pasal 24C ayat (1) UUD NRI Tahun 1945 melalui *judicial interpretation Mahkamah Konstitusi*, tanpa melalui perubahan formal (*formal amendement*).

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdul Latif, *Fungsi Mahkamah Konstitusi dalam Upaya Mewujudkan Negara Hukum yang Demokrasi*, Total Media, Yogyakarta, 2007.
- Adnan Buyung Nasution, *Aspirasi Pemerintahan Konstitusional Studi Sosio Legal Atas Konstituante, 1956-1959*, Cetakan Kedua, Pustaka Utama Grafiti, Jakarta, 2001.
- Bagir Manan, *Pertumbuhan dan Perkembangan Konstitusi suatu Negara*, C.V.Mandar Maju, Bandung, 1995.
- Budiman N.P.D. Sinaga, *Hukum Tata Negara, Perubahan Undang-Undang Dasar*, PT Tata Nusa, Jakarta-Indonesia, 2009.
- Dahlan Thaib, Jazim Hamidi dan Nikmatul Huda, *Teori dan Hukum Konstitusi*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2008.
- Dicey, A.V. *An Introduction to The Study of Law of The Constitution*, By E.C.S. Wade, 10 th.edn, London, 1971.
- Efik Yusdiansyah, *Implikasi Keberadaan Mahkamah Konstitusi Terhadap Pembentukan Hukum Nasional dalam Kerangka Negara Hukum*, Disertasi, Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran, Bandung, 2007.
- Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, (translated by Anders Wedburg), Russel & Russel, New York, 1973.
- Jimly Asshiddiqie, *Format Kelembagaan Negara dan Pergeseran Kekuasaan dalam UUD 1945*, FH-UII Press, 2000.
- , *Model-model Pengujian Konstitusional di Berbagai Negara*, Konstitusi Press, Jakarta, 2005.
- , *Perdebatan Hukum Tata Negara Pasca Amandemen Konstitusi*, LP3ES, Indonesia, Jakarta, 2007
- , *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara Indonesia Pasca Reformasi*, PT Bhuana Ilmu Populer Kelompok Gramedia, Jakarta, Cetakan Kedua, 2008.

- Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Departemen Pendidikan dan Kebudayaan, Balai Pustaka, Jakarta, Edisi Kedua, 1991.
- Leli Tibaka, *Penafsiran Konstitusi oleh Mahkamah Konstitusi dan Implikasinya Terhadap Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Tesis pada Program Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Padjadjaran, Bandung, 2012.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Lembaga Penelitian Hukum dan Kriminologi FH-UNPAD, Binacipta, Bandung, 1986.
- Moh. Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, Cet. Kedua, 2003.
- Oemar Seno Adji, *Peradilan Bebas dalam Negara Hukum*, Erlangga, Jakarta, 1985.
- Philips A. Kana, *Kedudukan UUD 1945 sebagai Hukum dasar Tertulis dalam Teori dan Praktek*, Disertasi Program Pascasarjana UNPAD, Bandung, 1999.
- Rosjidi Ranggawidjaja, *Wewenang Menafsirkan Undang-Undang Dasar*, Citra Bakti Akademik, Bandung-Sukabumi, 1996.
- Soetandyo Wignyosoebroto, 'Hak-Hak Asasi Manusia Konstitutionalisme: Hubungan Antara Masyarakat dan Negara' dalam *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya*, Elsam-HuMa, 2002.
- Strong, C.F. *Modern Political Constitution, An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form*, Sidwick & Jackson Limited, London, 1973.
- Thomas Newgent, *The Spirit of Laws, Dasar-Dasar Ilmu Hukum dan Ilmu Politik*, diterjemahkan dari *The Spirit of Laws* karya Montesquieu, terjemahan M. Khoiril Anam, Penyunting Nurainun Mangunsong, Nusa Media, Bandung, 2007.

Wheare. K.C. *Modern Constitutions*, Oxford University Press, Third Impresion, 1975.

Jurnal dan Makalah

Nikmatul Huda, Gagasan Amandemen (Ulang) UUD 1945 Usulan Untuk Penguatan Dewan Perwakilan Daerah dan Kekuasaan Kehakiman, *Jurnal Hukum*, No.3, Vol.15 Juli 2008.

Jimly Assiddiqie, *Hubungan antara Lembaga Negara Pasca Perubahan UUD 1945*, Makalah yang disampaikan pada Pendidikan dan Latihan Kepemimpinan (Diklatpin) Tingkat I Angkatan XVII Lembaga Administrasi Negara. Jakarta, 30 Oktober 2008.

Internet

Dewan Perwakilan Daerah Republik Indonesia, *Naskah Akademis Usulan Amandemen Komprehensif*, <http://www.dpd.go.id>. Diakses pada tanggal 3 Maret 2011.

Moh. Mahfud MD, *Mahkamah Konstitusi dan cita Negara Hukum Indonesia*, opini, <http://www.pemantauperadilan.com>, diakses pada tanggal 23 Januari 2009.

Moh. Mahfud MD, Mahkamah Konstitusi Rela Kewenangannya Dikurangi, <http://www.polmarkindonesia.com>. diakses tanggal 15 Nopember 2011.

TANGGUNGJAWAB INDIVIDU DAN KOMANDAN DALAM PELANGGARAN HAK ASASI MANUSIA YANG BERAT BERDASARKAN HUKUM INTERNASIONAL

Virgayani Fattah¹

A. Pendahuluan

Hak asasi manusia sudah mulai dikenal dan berkembang di Eropa pada abad 17 dan abad 18. Awalnya hak asasi manusia bertujuan untuk melindungi individu dari kekuasaan sewenang-wenang oleh penguasa atau raja. Setelah abad 18, perkembangan hak asasi manusia semakin pesat. Hal tersebut dapat dilihat bahwa hak asasi manusia tidak lagi hanya melindungi individu-individu tetapi juga melindungi hak semua orang karena lebih bersifat universal tanpa ada pengecualian.

Pengakuan terhadap hak asasi manusia bagi setiap individu sebenarnya telah dihayati dan dipahami sejak dahulu. Penghormatan terhadap hak asasi manusia ditentukan pada pelaksanaan hak asasi manusia oleh para penguasa negara. Sejarah mencatat bahwa pada masa pemerintahan monarki absolut di Eropa banyak terjadi pembatasan dan pelanggaran hak asasi manusia dengan tujuan untuk melanggengkan kekuasaan raja-raja yang pada waktu itu menganggap dirinya sebagai wakil Tuhan di dunia.

Perkembangan yang terjadi dalam hukum internasional, khususnya setelah Perang Dunia II, menunjukkan bahwa individu atau orang perorangan pun, dalam batas-batas tertentu, dapat dimintakan pertanggungjawabannya menurut atau dalam hukum

¹ Virgayani Fattah, S.H., M.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Tadulako, Palu.

internasional, khususnya dengan makin berkembangnya hukum humaniter internasional, hukum internasional hak asasi manusia, dan hukum pidana internasional.

Pembentukan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada Tahun 1945 mengawali terbentuknya instrumen-instrumen internasional. PBB didirikan dengan tujuan utama untuk memelihara perdamaian dan keamanan dengan mencegah persengketaan atau konflik bersenjata yang mewarnai hubungan internasional.

Setelah Perang Dunia II pendapat umum cenderung lebih menginginkan suatu pendekatan yang lebih luas dengan menyepakati hak-hak umum yang harus dapat dinikmati oleh setiap orang, termasuk penduduk asli, migran atau orang asing. Hal tersebut mulai dibicarakan setelah perlakuan buruk terhadap individu-individu di Asia Tenggara dan Eropa Tengah selama Perang Dunia II.

Pada tahun 1948 disepakatilah Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) atau (*Universal Declaration of Human Rights-UDHR*) yang merupakan elemen dari peraturan perundang-undangan hak asasi manusia, yaitu suatu tabulasi hak dan kebebasan fundamental. Kovenan-kovenan internasional menetapkan tabulasi hak yang mengikat secara hukum dan Protokol Tambahan pada Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) serta kedua Komite yang memantau penerapan setiap kovenan yang menyediakan mekanisme bagi penegakan hak-hak tersebut.²

Pengakuan secara terbatas terhadap individu sebagai subyek hukum internasional mengalami perkembangan yang nyata setelah Perang Dunia II. Hal tersebut terlihat dalam kerangka konstruksi regional seperti *London Agreement* 1945, Konvensi Eropa mengenai Hak-Hak Asasi Manusia Tahun 1959, dan pada tingkat internasional ditandai dengan

² Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (Editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM-UII, Yogyakarta, 2008, hlm. 88.

diterimanya Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) atau (*International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR*) tahun 1966, dan Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB) atau (*International Covenant on Economic Social and Cultural Rights/ICESCR*) tahun 1966 telah meningkatkan status individu yang bukan hanya sebagai obyek tetapi juga dalam hal-hal tertentu sebagai subyek hukum internasional.

Tahun 1998, tepat 50 tahun setelah disahkannya DUHAM, terjadi sebuah perkembangan penting dalam peradilan pidana internasional, dengan disepakatinya *Rome Statute of International Criminal Court*³ (Statuta Roma tentang Mahkamah Pidana Internasional), selanjutnya disebut Statuta Roma, yang mengamanahkan untuk didirikannya Mahkamah Pidana Internasional (MPI) yang berkedudukan di Den Haag, Belanda. Pengadilan ini dibentuk berdasarkan pengadilan internasional dan dapat mengadili individu dari Negara Pihak atau kejahatan yang terjadi di wilayah negara peserta atau kasus-kasus yang diajukan oleh Dewan Keamanan PBB.

Mahkamah Pidana Internasional (MPI)⁴ memiliki prinsip pelengkap (*complemetarity*) yang berarti MPI hanya dapat mengadili suatu perkara jika suatu negara dianggap tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) untuk mengadili perkara-perkara tersebut pada pengadilan nasional negara tersebut. MPI merumuskan bahwa jenis-jenis tindak pidana terangkum dalam Statuta Roma⁵ yang dikategorikan

³ Mahkamah Pidana Internasional berbeda dengan Mahkamah Ad Hoc yang telah terbentuk sebelumnya, misalnya Mahkamah Nuremberg, Mahkamah Tokyo, *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY)* dan *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)*.

⁴ Statuta Roma berlaku secara efektif sejak bulan Juli Tahun 2002, empat tahun setelah MPI berdiri. Hal tersebut dikarenakan MPI termasuk *Ius Constituendum* yang mengatur bahwa MPI dapat berlaku setelah 60 negara meratifikasi.

⁵ Pasal 5 Statuta Roma Tahun 1998

sebagai kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*)⁶ dan menjadi yurisdiksi MPI, yaitu:

- (a) Kejahatan Genosida (*genocide*);
- (b) Kejahatan terhadap Kemanusiaan (*crimes against humanity*);
- (c) Kejahatan Perang (*war crime*);
- (d) Agresi (*crimes of aggression*).

Hukum internasional mengatur tentang pertanggungjawaban pidana terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terdiri dari pertanggung jawaban pidana secara individu (*individual criminal responsibility*) dan pertanggung jawaban komandan (*command responsibility*).

Individu bertanggung jawab terhadap perbuatan yang dilakukannya selain berdasarkan yurisdiksi MPI, juga seperti yang tercantum dalam Piagam Nuremberg⁷, Putusan Mahkamah Yugoslavia dan Mahkamah Rwanda.⁸

Hukum Humaniter Internasional yang merupakan bagian dari Hukum Internasional juga mengatur tentang Tanggung Jawab Komandan. Komandan bertanggungjawab atas kejahatan yang dilakukan oleh anak buah yang secara efektif berda di bawah komandonya atau oleh orang

⁶ Terminologi kejahatan paling serius (*the most serious crimes*) ini dipahami dan dimaknai sebagai pelanggaran hak asasi manusia yang berat di Indonesia menurut Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000. Namun demikian, dari 4 (empat) kejahatan, Indonesia hanya mengakui 2 (dua) diantaranya yaitu genosida (*genocide*) dan kejahatan terhadap kemanusiaan (*crimes against humanity*). Untuk selanjutnya, penulis menggunakan istilah pelanggaran hak asasi manusia yang berat untuk menyebut kejahatan yang paling serius (*the most serious crimes*).

⁷ Piagam Nuremberg biasa juga disebut dengan Piagam London (*London Charter*), Sejak terbentuknya, Mahkamah ini telah menjatuhkan hukuman kepada 24 orang tersangka.

⁸ Mahkamah Pidana untu Negara Bekas Yugoslavia (selanjutnya disebut Mahkamah Yugoslavia) dan Mahkamah Pidana Internasional untuk Rwanda (selanjutnya disebut Mahkamah Rwanda) menetapkan tanggung jawab individu terhadap kejahatan atau pelanggaran yang dilakukan individu, sebagaimana disebutkan dalam statuta masing-masing.

yang berada di bawah pengendaliannya, karena gagal menggunakan kekuasaan yang dimilikinya untuk mencegah, menghentikan, menindak atau menyerahkan kepada yang berwajib.

Kesalahan komandan (*wrongful act*) karena lalai melaksanakan kewajiban hukumnya untuk mencegah, menghentikan, menindak/ menyerahkan pelaku kepada yang berwajib, melahirkan tanggung jawab secara pidana atau perdata atas kejahatan yang dilakukan anak buahnya.

Tanggungjawab komandan berkembang dalam doktrin dan praktik yang kemudian melembaga secara normatif dalam hukum internasional. Hal tersebut dapat dilihat dalam Protokol Tambahan I yang mengatur tentang Konflik Bersenjata Non-Internasional dan Statuta Roma.

Tanggungjawab komandan atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat kategori kejahatan terhadap kemanusiaan telah dipraktikkan oleh lembaga peradilan internasional, mulai dari Mahkamah Nuremberg di Jerman, Mahkamah Tokyo di Jepang, Mahkamah Yugoslavia dan Mahkamah Rwanda. Naskah ini ditulis untuk menjawab dua pertanyaan yaitu (a) bagaimanakah prinsip tanggung jawab pidana secara individu terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat dalam perspektif hukum internasional? (b) bagaimanakah prinsip tanggung jawab komandan terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat dalam perspektif hukum internasional?

B. Prinsip-Prinsip Hukum Internasional dan Hak Asasi Manusia

Berkaitan dengan pertanggung jawaban pidana terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat dalam hukum internasional, berkembang melalui hukum kebiasaan internasional dan prinsip-prinsip hukum internasional yang bersumber dari praktik negara-negara dan putusan para hakim ternama dalam memutus perkara di pengadilan.

Hukum kebiasaan internasional menetapkan standar umum untuk suatu tindakan “kealpaan” dan “kelalaian” dalam arti yang luas menyatakan bahwa seorang atasan bertanggung jawab secara pidana jika:

- (1) Harus mengetahui (*should have had knowledge*) bahwa pelanggaran hukum telah dan/atau sedang terjadi, atau akan terjadi dan dilakukan oleh bawahannya;
- (2) Mempunyai kesempatan untuk mengambil tindakan; dan
- (3) Gagal mengambil tindakan korektif yang seharusnya dilakukan sesuai keadaan yang ada atau terjadi saat itu.

Pertanggungjawaban pidana adalah pertanggungjawaban orang terhadap tindak pidana yang dilakukannya. Terjadinya pertanggungjawaban pidana karena telah ada tindak pidana yang dilakukan oleh seseorang. Pertanggungjawaban pidana pada hakikatnya merupakan suatu mekanisme yang dibangun oleh hukum pidana untuk bereaksi terhadap pelanggaran atas kesepakatan ‘menolak’ suatu perbuatan tertentu.

Putusan Peradilan Tindak Pidana Perang di Amerika Serikat dalam Kasus Hostages,⁹ memberikan definisi tindak pidana internasional, sebagai berikut :

“An international crime is such an act universally recognized as a criminal which is considered a grave matter of international concern and for some valid reason cannot be left within the exclusive jurisdiction of the state, that would have a control over it under normal circumstances.”

Uraian tersebut menyatakan bahwa tindak pidana internasional adalah suatu tindakan yang universal, diakui sebagai suatu tindak pidana. Pengakuan secara internasional tersebut disebabkan karena tindak pidana

⁹ Lihat Re List (1948) 8 *UN Reports of Trials of War Criminals*, 1, 47. Dikuti kembali dalam Oentoeng, *Hukum Pidana Internasional: Perkembangan Tindak Pidana Internasional dan Proses Penegakannya*, Erlangga, Bandung 2011, hlm. 27.

tersebut merupakan persoalan yang sangat besar dan menjadi perhatian masyarakat internasional.¹⁰

Bassiouni¹¹ berpendapat bahwa suatu perbuatan melawan hukum internasional dapat dikualifikasikan sebagai tindak pidana internasional apabila memenuhi 3 (tiga) faktor, yaitu:¹²

1. Perbuatan itu melanggar kepentingan internasional yang sangat signifikan;
2. Perbuatan itu melanggar nilai-nilai bersama masyarakat dunia;
3. Perbuatan itu menyangkut lebih dari satu negara atau melintasi batas-batas wilayah negara, baik itu karena pelaku korban maupun perbuatan itu sendiri.

Pertanggungjawaban pidana tidak hanya berarti '*right fully sentenced*' tetapi juga '*rightfully accused*'. Pertanggungjawaban pidana, awalnya merupakan keadaan yang ada pada diri pembuat ketika melakukan tindak pidana, kemudian pertanggungjawaban pidana juga berarti menghubungkan keadaan pembuat dengan perbuatan dan sanksi yang sepatutnya dijatuhkan. Pertanggungjawaban pidana berhubungan dengan keadaan yang menjadi syarat adanya pemidanaan dan konsekuensi hukum atas adanya hal tersebut.

Dengan demikian, pertanggung jawaban pidana dikaji dengan 2 (dua) arah,¹³ yaitu:

¹⁰ Terhadap tindak pidana tersebut tidak hanya tunduk pada yurisdiksi negara tertentu saja tetapi dapat tunduk pada yurisdiksi semua negara atau dapat diterapkan yurisdiksi universal.

¹¹ M. Cherif Bassiouni telah melakukan penelitian terhadap kurang lebih 315 konvensi internasional yang mengatur tentang tindak pidana internasional yang lahir antara Tahun 1815 sampai dengan 1996. Oentoeng, *loc. cit.*

¹² Oentoeng, *ibid.*, hlm. 28

¹³ Alf. Ross, 'On Guilt, Responsibility and Punishment', Stevens and Sons, London, 1975 dalam Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggung Jawaban Pidana tanpa kesalahan: Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011, hlm. 66.

1. Pertanggungjawaban pidana ditempatkan dalam konteks sebagai syarat-syarat faktual (*conditioning facts*) dari pemidanaan karena mengemban aspek preventif.
2. Pertanggung jawaban pidana merupakan akibat hukum (*legal consequences*) dari keberadaan syarat faktual tersebut sehingga merupakan bagian dari aspek represif hukum pidana.

Tanggungjawab seseorang juga mencakup perbuatan individu-individu yang lain. Hubungan hukum yang sama, yaitu antara delik dan sanksi, dinyatakan dalam konsep kewajiban dan tanggungjawab, namun kedua konsep tersebut menunjuk kepada dua hal yang berbeda dari hubungan sama. Dengan kata lain, norma hukum yang sama digambarkan sebagai kewajiban (keharusan) maupun sebagai tanggungjawab (pertanggungjawaban).

Norma hukum mengandung arti kewajiban dalam hubungan dengan orang yang berpotensi sebagai pelaku delik. Norma hukum ini mengandung arti suatu tanggungjawab bagi pihak yang berpotensi menjadi obyek. Karena itu dapat dibenarkan untuk membedakan antara kewajiban dan tanggungjawab dalam kasus-kasus dimana sanksi tidak, atau tidak hanya, ditujukan kepada pelaku delik, tetapi juga terhadap individu-individu lain yang mempunyai suatu hubungan yang ditentukan menurut hukum dengan pelaku delik.¹⁴

Pelaku delik adalah individu yang perbuatannya, karena telah ditentukan tatanan/aturan hukum, merupakan kondisi pemberian sanksi ditujukan terhadapnya atau terhadap individu lain yang mempunyai hubungan yang ditetapkan oleh hukum dengan pelaku delik. Subyek dari kewajiban hukum, yang diwajibkan menurut hukum adalah orang yang berkompoten untuk mematuhi atau tidak mematuhi norma hukum, yakni

¹⁴ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 1961, hlm. 101.

orang dalam perbuatannya di dalam kualitas deliknya merupakan kondisi pemberian sanksi. Seseorang yang bertindak atas nama suatu negara juga dapat dipertanggung-jawabkan secara individual.¹⁵ Sehingga, meskipun suatu negara bertanggungjawab atas suatu perbuatan yang dipersalahkan (*a wrongful act*) yang dilakukan oleh para pejabatnya, para pejabat itu secara individual juga dapat dipertanggungjawabkan secara pidana untuk perbuatan yang sama, khususnya yang menyangkut pelanggaran terhadap hukum sengketa bersenjata (hukum humaniter) dan tindak pidana internasional lainnya.¹⁶

Dengan demikian, berdasarkan ketentuan-ketentuan *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, jika seorang individu melakukan suatu tindak pidana internasional ia tetap dapat dituntut pertanggung-jawabannya secara individual, meskipun orang yang bersangkutan pada saat melakukan perbuatan itu berkedudukan sebagai organ negara. Ketentuan tersebut menjadi penting untuk mencegah terjadinya keadaan dimana seseorang berdalih di balik statusnya sebagai organ negara untuk menghindarkan diri dari tanggung jawabnya atas tindak pidana yang telah dilakukannya.

Dalam hukum internasional, pertanggungjawaban pidana atas sebuah pelanggaran hak asasi manusia yang berat terdiri dari:

1. Pertanggungjawaban pidana perorangan adalah seseorang bertanggungjawab secara pidana dan dapat dikenai hukuman atas suatu pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan sendiri. Termasuk di dalam hal ini adalah setiap orang yang melakukan perbuatan percobaan, permufakatan jahat dan perbantuan untuk melakukan pelanggaran hak

¹⁵ Pasal 58 *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts*,

¹⁶ *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, memberikan kemungkinan apabila suatu ketika, seseorang dapat dituntut secara pidana berdasarkan hukum internasional dan juga dapat dituntut secara perdata berdasarkan hukum internasional.

asasi manusia yang berat dipidana dengan pidana yang sama ketentuan bagi pelaku perbuatan.

2. Pertanggungjawaban komandan militer dan atasan sipil dapat dipertanggungjawabkan atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan oleh pasukan atau anak buah yang berada di bawah komandonya.¹⁷ Komandan militer atau seseorang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer dapat dipertanggungjawabkan terhadap pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan pasukan yang berada dibawah komando dan pengendaliannya yang efektif, atau di bawah kekuasaan dan pengendaliannya yang efektif dan pelanggaran hak asasi manusia yang berat tersebut merupakan akibat dari tidak dilakukan pengendalian pasukan secara patut,¹⁸ yaitu:

1. Komandan militer atau seseorang tersebut mengetahui atau atas dasar keadaan saat itu seharusnya mengetahui bahwa pasukan tersebut sedang melakukan atau baru saja melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, dan;
2. Komandan militer atau seseorang tersebut tidak melakukan tindakan yang layak dan diperlukan dalam ruang lingkup kekuasaannya untuk mencegah atau menghentikan perbuatan tersebut atau menyerahkan pelakunya kepada pejabat yang berwenang untuk dilakukan penyelidikan, penyidikan dan penuntutan;
3. Pertanggungjawaban atasan sipil seorang atasan, baik polisi maupun sipil lainnya.

¹⁷ Pasal 41

¹⁸ Pasal 42

Di dalam Pasal 57 Protokol Tambahan I Statuta Roma ditentukan sebagai dasar bagi komandan dalam melakukan operasi militer harus selalu diusahakan untuk menyanyangi/melindungi (*spare*) penduduk sipil, orang sipil dan obyek sipil. Ketentuan-ketentuan dalam Pasal 57 benar-benar mengharuskan para komandan serangan untuk memilih cara menyerang yang sesuai dengan ketentuan tersebut. Dapat dipahami bahwa dengan adanya ketentuan-ketentuan itu, cara menyerang menjadi sangat dibatasi.¹⁹ Pasal 87 Protokol Tambahan I Statuta Roma menyatakan,²⁰ bahwa:

1. *The high contracting parties to the conflict shall require military commanders, with respect to members of the armed force under their command and the other persons under their control, to prevent and, where necessary, to suppress and report to competent authorities breaches of the convention and of this protocol.*
2. ...
3. *The high contracting parties and the parties to the conflict shall require any commander who is aware that subordinates or other persons under his control are going to commit or have committed a breach of the conventions or this protocol and where appropriate to initiate disciplinary or penal action against violators thereof.*

Dari ketentuan Pasal 87 Protokol Tambahan I Statuta Roma tersebut, jelas terlihat adanya kewajiban komandan untuk mencegah dan bila perlu menghukum serta melaporkan kepada pihak yang berwenang mengenai pelanggaran terhadap konvensi dan protokol, kemudian Pasal 87 ayat (3) ditekankan tentang pentingnya memberikan sanksi disiplin

¹⁹ KGPB. Haryomataram, *Pengantar Hukum Humaniter*, Raja Grafindo Perkasa, Jakarta, 2005, hlm. 177-178.

²⁰ Arlina Permanasari, dkk., *Pengantar Hukum Humaniter, International Committee of the Red Cross*, Jakarta, 1999, hlm. 183.

atau hukuman pidana kepada mereka yang melanggar konvensi dan protokol.

Mekanisme penyelesaian terhadap kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat mengacu pada Prinsip Pupusnya Mekanisme Pemulihan Lokal (*Exhaustion of Local Remedies*), yaitu mekanisme pengadilan nasional, baik yang bersifat permanen maupun *ad hoc* sesuai dengan perundang-undangan negara masing-masing. Jika negara yang bersangkutan tidak mampu (*unable*) dan tidak mau untuk mengadili pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang terjadi di dalam wilayah negaranya, maka kasus tersebut tersebut dapat diadili melalui MPI.

Ketidakmampuan suatu negara untuk mengadili pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang berada di wilayahnya, maka yang menjadi ukuran adalah:²¹

1. Proses peradilan yang telah atau sedang dilakukan atau diputuskan, ditujukan untuk melindungi si pelaku dari pertanggungjawaban pidana;
2. Terjadi keterlambatan proses peradilan yang alasannya tidak dibenarkan;
3. Proses peradilan tidak dilaksanakan secara merdeka atau tidak independen;
4. Apabila MPI mempertimbangkan telah terjadi kegagalan secara menyeluruh atau substansial tentang ketiadaan/ ketidaksediaan sistem peradilan untuk menemukan tersangka atau bukti-bukti dan kesaksian atau tidak mampu menyelenggarakan proses peradilan.

C. Pertanggungjawaban Atas Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat

Pertanggungjawaban atas pelanggaran hak asasi manusia yang

²¹ Pasal 17 ayat (3) Statuta Roma

berat terdiri dari (1) Pertanggungjawaban perorangan, yaitu seseorang bertanggungjawab secara pidana dan dapat dikenai hukuman atas suatu pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan sendiri. Termasuk di dalam hal ini adalah setiap orang yang melakukan perbuatan percobaan, permufakatan jahat dan perbantuan untuk melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat dipidana dengan pidana yang sama ketentuan bagi pelaku perbuatan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 36 sampai dengan Pasal 40 Statuta Roma; (2) Pertanggungjawaban komandan militer. Komandan militer dan atasan sipil dapat dipertanggungjawabkan atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan oleh pasukan atau anak buah yang berada di bawah komandonya, berdasarkan Pasal 28 Statuta Roma.

(1) Prinsip Pertanggung Jawaban Pidana Secara Individu

Individu adalah salah satu subyek hukum internasional, sebagai pemegang hak dan kewajiban dalam hukum internasional.²² Individu sebagai pihak yang dikaruniai hak asasi manusia secara melekat (inherent), berhak mendapatkan perlindungan dan penghormatan atas hak asasi manusianya dari negara. Adapun kewajiban setiap individu seperti yang diatur dalam Pasal 29 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, adalah menggunakan hak asasi manusia yang dimilikinya sesuai dengan hukum yang berlaku demi eksisnya jaminan pengakuan dan penghormatan terhadap hak-hak dan kebebasan orang lain.

Perkembangan yang terjadi, khususnya setelah Perang Dunia II, menunjukkan bahwa individu atau orang perorangan pun, dalam batas-batas tertentu, dapat dimintakan pertanggung-jawabannya menurut atau dalam hukum internasional, khususnya dengan makin berkembangnya hukum internasional, hukum humaniter internasional, hak asasi manusia,

²² Lihat lebih jauh, antara lain, Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Buku I-Bagian Umum, Binacipta, 1982, h. 89-105

dan hukum pidana internasional.

Georges Scelle,²³ seorang pakar hukum kenamaan dari Perancis berpendapat bahwa hanya individu yang merupakan subyek hukum internasional. Para pendukung doktrin ini berpandangan bahwa bukankah tujuan akhir dari pengaturan-pengaturan konvensional adalah individu dan oleh karena itulah individu mendapatkan perlindungan internasional.

Di dalam orde yuridik internasional, kedudukan individu telah menyebabkan terjadinya perdebatan doktrinal yang cukup hangat. George Scelle²⁴ juga menyatakan bahwa masyarakat internasional pada akhirnya adalah masyarakat individu yang secara langsung diatur oleh hukum internasional dan bertentangan dengan anggapan bahwa individu tidak mempunyai tempat dalam orde yuridik internasional.

Beberapa ahli hukum internasional menyatakan bahwa berbagai konvensi yang mengatur tentang hak asasi manusia dibuat untuk menunjukkan keseriusan hukum internasional menempatkan individu sebagai subyek hukum internasional. Individu dapat dituntut langsung di berbagai pengadilan internasional, baik pengadilan internasional *ad hoc* maupun pengadilan permanen seperti MPI untuk kejahatan-kejahatan internasional yang dilakukannya. Hukum internasional masih mengatur hubungan antar negara dengan subyek hukum lainnya, sedangkan individu hanya dalam hal-hal tertentu.

Berkaitan dengan individu sebagai subyek hukum internasional dalam hal-hal tertentu, suatu konsep yang terkait dengan konsep kewajiban hukum adalah konsep tanggungjawab hukum (*liability*). Seseorang harus bertanggungjawab secara hukum atas perbuatan tertentu

²³ Lihat Claude-Albert Colliard, 'Institutions Des Relations Internationales Huitieme Edition', Dalloz, 1985, hlm. 355, dalam Boer Mauna, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Alumni, Bandung, 2000, hlm. 591.

²⁴ Madame Paul Bastiad, 'Cours de Droit International Public Appfondi', Les Cours de Droit, Paris 1958-1959, hlm. 23, dalam *ibid.*, hlm. 57.

yang karenanya dia dapat dikenakan suatu sanksi atas perbuatannya yang bertentangan/berlawanan hukum. Sanksi dikenakan *deliquet*, karena perbuatannya sendiri yang membuat orang tersebut bertanggungjawab. Subyek *responsibility* dan subyek kewajiban hukum adalah sama.

Di dalam teori tradisional, ada dua jenis tanggung jawab yaitu pertanggungjawaban berdasarkan kesalahan (*based on fault*) dan pertanggungjawab mutlak (*absolut responsibility*).²⁵ Tanggungjawab mutlak yaitu suatu perbuatan yang menimbulkan akibat dan dianggap merugikan oleh pembuat undang-undang dan ada suatu hubungan antara perbuatan dengan akibatnya. Tiada hubungan antara keadaan jiwa si pelaku dengan akibat dari perbuatannya.

Kasus pertama menyangkut individu sebagai subyek atau bukan, dalam hukum internasional menurut Alina Kaczorowska²⁶ adalah *Case Concerning Competence of the Court of International Justice* pada Tahun 1928. Kasus ini berawal ketika disepakati sebuah perjanjian internasional antara Danzig dengan Polandia yang mengatur tentang persyaratan pekerjaan bagi pejabat yang bekerja dalam perkereta-apian Polandia. Para pejabat perkereta-apian Danzig mempunyai hak untuk menuntut penggantian klaim terhadap administrasi perkereta-apian Polandia. Mahkamah yang memutuskan kasus ini menyatakan bahwa suatu pengecualian dari suatu prinsip bahwa individu bukan subyek hukum internasional dapat timbul apabila maksud dari para pihak dalam suatu perjanjian adalah memang untuk memberikan hak dan kewajiban pada individu yang bersangkutan.²⁷

²⁵ Jimly Asshiddiqie, Ali Safa'at, *Teori Hans Kelsen tentang Hukum*, Konstitusi Press, Jakarta, 2006. Hlm 61.

²⁶ Makalah penataran tindak lanjut dosen Hukum Humaniter Internasional Indonesia Bagian Barat, FH Unsri-ICRC, 2000, Hlm. 1-2, Dalam Sefriani, *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, Rajawali Press, Jakarta, 2011, Hlm. 146

²⁷ Menurut *Permanent Court of International Justice*, pada dasarnya '*Treaties*' tidak menimbulkan hak dan kewajiban bagi individu kecuali apabila para pihak perjanjian demikian.

Pada tahun 1946, *International Military Tribunal at Nuremberg*²⁸ yang dibentuk secara *ad hoc* oleh tentara sekutu berdasarkan pada *London Agreement* 1945, dalam mengadili para pelaku kejahatan perang Jerman pada masa Perang Dunia II, memutuskan bahwa para pelaku kejahatan perang dapat dipertanggungjawabkan secara individual meskipun perbuatan yang dilakukan tersebut dalam konteks pemerintahan atau negara, mereka secara individual telah dijatuhi pidana penjara ataupun pidana mati.

Putusan *International Military Tribunal at Nuremberg* bagi para pelaku kejahatan perang tersebut membawa pengaruh terhadap perkembangan hukum internasional karena untuk pertama kalinya setelah Perang Dunia II, individu dapat diadili di hadapan pengadilan internasional yang kemudian semakin menguatkan bahwa individu sebagai subyek hukum internasional dalam arti yang terbatas.

Secara prinsipil, tidak terdapat perbedaan antara *International Military Tribunal at Nuremberg* dengan *Tokyo War Crimes Tribunal* pada Tahun 1948.²⁹ Mahkamah Tokyo ini diprakarsai oleh Jenderal Mac Arthur, berdasarkan “*Proclamation*” yang di tandatanganinya sebagai Panglima Pasukan Sekutu di Timur Jauh pada 19 Januari 1946.

Bentuk kedua peradilan tersebut adalah ‘*Victor Justice*’ yang mengadili para pelaku kejahatan perang hanya terbatas pada individu-individu dari pihak lawan atau pihak yang kalah dalam peperangan dan para pelaku kejahatan perang dari pihak yang menang tidak diadili.

Ketentuan mengenai pertanggung jawaban pidana secara individual juga diatur dalam *International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY)*. Pasal 1 Statuta *ICTY* mengatur tentang

²⁸ *International Military Tribunal at Nuremberg* telah mengesampingkan asas legalitas dan asas non-retroaktif dalam hukum pidana yang berlaku sebagai prinsip hukum umum. Lihat Mochtar Kusumaatmadja, *op. cit.*, hlm. 154.

²⁹ *International Military Tribunal at Nuremberg* 1946 dan *Tokyo War Crimes Tribunal International Military Tribunal Ad Hoc Tokyo* 1948 merupakan pengadilan untuk kejahatan perang, yang dibentuk oleh negara-negara yang menang dalam peperangan.

kewenangan ICTY mengadili orang-orang yang melakukan kejahatan serius Hukum Humaniter Internasional sejak Tahun 1991, dirumuskan sebagai berikut:

The International Tribunal shall have the power to prosecute to persons responsible for serious violation of international law committed in the territory of the Former Yugoslavia since 1991 in accordance with the provisions of the present Statute.

Pasal 7 Statuta ICTY³⁰ mengatur tentang '*Individual Criminal Responsibility*, yang berbunyi sebagai berikut :

- a. *A Person who planned, instigated, ordered. Committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in article 2 to 5 of the present statute, shall be individually responsible for the crime ;*
- b. *The official position of any accused person, wheter as head of state or government or as a responsible government official, shall not relieve such person of criminal responsibility not mitigate punishment ;*
- c. *The fact that any of the acts referred to in article 2 to 5 of the present statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or head reason to knew that the subordinate was about to to commit such acts or had or done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measure to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof ;*
- d. *The fact than an accused person acted pursuant to an order of a government of a superior shall not relieve him a criminal responsibility, but may be considered in mitigation*

³⁰ Ketentuan-ketentuan dalam Statuta ICTY tersebut diadopsi dari *London Agreement* 1945 yang telah dijadikan dasar dalam pembentukan pengadilan penjahat perang di Nuremberg dan *Tokyo War Crimes Tribunal* 1948.

of punishment if the international tribunal determines that justice so requires.

Berdasarkan ketentuan di atas, maka yang dipertanggungjawabkan secara individual di hadapan *international tribunal* adalah mereka yang dikualifikasikan sebagai perencana, penghasut, memerintahkan dan melakukan kejahatan-kejahatan seperti yang telah diatur dalam Pasal 2 sampai dengan Pasal 6 Statuta. Di samping itu, seorang terdakwa yang berkedudukan sebagai pejabat negara atau kepala negara yang melakukan kejahatan, berdasarkan Statuta ini maka statusnya sebagai pejabat negara atau kepala negara tidak dapat digunakan sebagai dasar untuk memperingan hukuman.³¹

Ketentuan mengenai pertanggung jawaban pidana secara individual juga diatur dalam Pasal 6 *Statute of International Tribunal for the Rwanda (ICTR)*. Selain dalam Pasal 6 Statuta *ICTR*, salah prinsip-prinsip pada *International Military Tribunal at Nurenberg* dan *Tokyo War Crimes Tribunal* telah diadopsi ke dalam *ICTY* dan *ICTR* juga mengatur tentang pertanggungjawaban pidana individual, yaitu pertanggungjawaban pidana individual terhadap mereka yang merencanakan, menghasut, menyuruh melakukan atau memerintahkan dan pelaku kejahatan-kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi mahkamah internasional tersebut.

ICTR adalah Mahkamah Pidana Internasional yang didirikan berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan PBB SC Res/955 Tahun 1994. Pembentukan mahkamah internasional untuk Rwanda ini secara khusus dimaksudkan untuk mengadili orang-orang yang bertanggungjawab atas pelanggaran serius terhadap Hukum Humaniter Internasional, khususnya kejahatan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan yang dilakukan antara Tanggal 1 Januari 1994 sampai dengan 31 Desember 1994 di Rwanda dan wilayah sekitarnya.

³¹ Dadang Siswanto, *op. cit.*, hlm. 669.

(2) Prinsip Pertanggungjawaban Komandan

Prinsip pertanggungjawaban komandan dikenal dengan istilah *Command Responsibility Principle* (Prinsip Pertanggungjawaban Komandan). Pertanggungjawaban komandan adalah sebuah bentuk pertanggungjawaban secara tidak langsung. Tanggungjawab komandan dikenal dalam hukum perang atau dalam hukum konflik bersenjata internasional dan menurut hukum perang, seorang komandan dapat dimintakan pertanggungjawabannya atas tindakan anak buahnya yang dianggap melanggar ketentuannya. Komandan bertanggung jawab atas kejahatan yang dilakukan oleh bawahannya yang dianggap sebagai kegagalannya dalam mencegah dan menghukum pelakunya.

Salah satu prinsip kejahatan perang di Nuremberg 1946 dan Tokyo 1948 yang kemudian telah diadopsi ke dalam *ICTY* dan *ICTR*, juga mengatur tentang pertanggungjawaban komandan atau atasan, yaitu adanya pertanggungjawaban atasan atau komandan akibat kejahatan yang dilakukan oleh bawahannya, sebagai kegagalannya, dalam mencegah dan menghukum pelaku.³²

Pertanggungjawaban komandan berkembang dalam doktrin dan praktik yang kemudian melembaga secara normatif dalam hukum internasional. Hal tersebut dapat dilihat dalam Konvensi Jenewa Tahun 1949, Protokol Tambahan I yang mengatur tentang Konflik Bersenjata Internasional, Statuta *ICTY*, Statuta *ICTR* dan Statua Roma.

Hukum Humaniter Internasional mengatur tentang perang. Perang merupakan suatu situasi darurat atas dasar politik suatu pemerintahan. Di dalam sebuah situasi perang terdapat unsur keras, kasar dan niat saling membunuh. Adanya tindakan dan langkah yang melebihi batas kemanusiaan dapat merupakan awal kejahatan yang dikenal dengan kejahatan perang. Penjahat perang adalah perseorangan atau sekelompok

³² *Ibid.*, hlm. 680.

orang atau militer yang melanggar hukum perang.³³

Sejak awal ketika terjadi pelanggaran dalam hukum perang atau ketika terdapat indikasi pelanggaran terhadap hukum humaniter maka institusi yang bertanggung jawab harus segera mengambil tindakan yang diperlukan. Sebagai contoh apabila seorang prajurit melakukan pelanggaran Hukum Humaniter Internasional maka komandan atau atasannya harus mengambil tindakan yang diperlukan untuk menghentikan pelanggaran tersebut dan apabila perlu menjatuhkan hukuman kepada si pelaku.³⁴

Komandan, dalam melaksanakan tugasnya, diwajibkan untuk menyampaikan kepada anak buah mereka tentang kewajiban anak buah yang telah diatur dalam Konvensi dan Protokol. Pengetahuan tentang Konvensi dan Protokol tersebut harus disesuaikan dengan pangkat dan kedudukan mereka. Hal tersebut dilakukan untuk mencegah dan menekan pelanggaran yang akan terjadi.³⁵

Pasal 7 ayat (3) Statuta *ICTR* mengatur bahwa seorang komandan atau atasan dapat dipertanggungjawabkan atas kesalahan yang dilakukan bawahannya, apabila komandan tersebut mengetahui dan tidak melakukan penindakan atau gagal dalam mencegah terjadinya pelanggaran yang dilakukan oleh bawahannya.³⁶

Protokol Tambahan I juga memuat beberapa ketentuan lain yang perlu diketahui oleh komandan, yaitu ketentuan mengenai serangan

³³ A. Manshur Effendi, 'HAM dalam Dimensi Yuridis, Sosial dan Proses Penyusunan dan Aplikasi Hukum HAM dalam Masyarakat' *Jurnal HAM*, 2007 Vol.4-Thn 2007, Komnas HAM, Jakarta, hlm. 210-211.

³⁴ Arlina Permanasari, dkk, *op. cit.*, hlm. 182.

³⁵ Ketentuan ini menjelaskan bahwa para komandan mempunyai kewajiban untuk memberikan pelajaran tentang konvensi dan protokol tersebut kepada anak buah mereka.

³⁶ Ketentuan ini merupakan pelaksanaan dari Pasal 86 tentang 'Tidak Melakukan Kewajiban' dan Pasal 87 tentang 'Kewajiban Komandan' yang diatur dalam Protokol Tambahan I Tahun 1977.

(*attack*).³⁷ Tindakan pengamanan yang harus dilakukan sebelum mengadakan serangan dan tindakan yang harus dilakukan terhadap efek serangan.

Ketentuan lain mengenai serangan yang juga harus diketahui komandan adalah adanya larangan serangan yang membabi buta (*indiscriminate attack*).³⁸ Hal tersebut harus menjadi perhatian komandan karena serangan membabi buta mempunyai sifat tidak membedakan antara obyek militer dengan obyek sipil.³⁹

Unsur pokok pertanggungjawaban komando⁴⁰ adalah adanya hubungan subordinasi antara komandan atau atasan dengan bawahannya; adanya pengetahuan komandan atau atasan bahwa anak buahnya akan, sedang atau telah melakukan pelanggaran; komandan atau atasan dengan kekuasaan yang dimilikinya gagal melakukan pencegahan atau menghentikan atau menindak dan menyerahkan pelaku kepada yang berwajib.

Para komandan juga diwajibkan untuk menahan/menindas (*suppress*) pelanggaran tersebut dan apabila terjadi pelanggaran maka komandan harus menjatuhkan hukuman disiplin atau hukuman-hukuman lainnya dan melaporkannya kepada penguasa yang berwenang.

Protokol Tambahan I yang mengatur tentang Konflik Bersenjata Internasional, dalam Pasal 87 dijelaskan adanya kewajiban komandan untuk mencegah dan bila perlu menghukum serta melaporkan kepada

³⁷ Pasal 49 mengatur tentang definisi atau batasan serangan, yaitu tindakan-tindakan kekerasan (*violence*) terhadap lawan, baik dalam serangan (*offence*) maupun dalam pertahanan (*defence*).

³⁸ Ketentuan mengenai serangan membabi buta terdapat dalam Pasal 51, ayat (4) dan (5).

³⁹ Contoh sebuah serangan membabi buta adalah serangan yang dilakukan dengan cara pemboman, dengan alat atau cara apapun, yang memperlakukan sebagai satu obyek militer yang berlainan dan terpisah, yang terletak dala suatu kota, dusun atau wilayah, dimana terdapat pula konsentrasi penduduk sipil dan obyek sipil.

⁴⁰ Tidak terdapat penjelasan sampai komandan tingkat apa yang dibebani tanggung jawab ini.

pihak yang berwenang mengenai pelanggaran terhadap Protokol Tambahan I tersebut. Pasal ini juga menekankan pentingnya memberikan sanksi disiplin atau hukuman pidana kepada mereka yang melanggar Protokol Tambahan tersebut.⁴¹

Di lingkungan Tentara Nasional Indonesia (TNI), apabila ada seorang prajurit yang melakukan pelanggaran hukum humaniter internasional, maka komandan atau atasan yang berwenang untuk menghukum (Ankum) berkewajiban untuk mengambil tindakan-tindakan sebagaimana yang dimaksud pada ketentuan Pasal 87.

Apabila ada komandan atau atasan langsung dari prajurit yang bersalah tidak mengambil tindakan, maka komandan yang di atasnya berkewajiban untuk mengambil tindakan yang dimaksud. Begitu seterusnya sampai pada tingkat yang paling tinggi. Jika diperlukan, di samping menggunakan sistem disiplin internal komando, maka institusi pengadilan (militer dan/atau sipil) juga dapat menjalankan fungsinya bagi tegaknya penghormatan terhadap ketentuan-ketentuan hukum humaniter internasional. Apabila mekanisme internal atau nasional ini tidak dapat berfungsi dengan baik, maka pada tahapan berikutnya dapat diambil alih oleh suatu mekanisme internasional, baik melalui pengadilan yang bersifat *ad hoc* atau yang bersifat permanen.⁴²

Berdasarkan Pasal 28 Statuta Roma, terdapat 2 jenis pertanggungjawaban komandan yaitu pertanggungjawaban komandan dan pertanggungjawaban atasan. Pertanggungjawaban komandan ditujukan atau berlaku untuk orang-orang atau kelompok-kelompok militer dan pertanggungjawaban atasan ditujukan atau berlaku untuk kelompok sipil.

Komandan militer atau orang yang secara efektif bertindak sebagai komandan militer harus bertanggung jawab secara pidana untuk

⁴¹ Hal tersebut diatur dalam Ayat (3) Pasal 87 Protokol Tambahan I

⁴² Arlina, dkk. *op. cit.*, hlm. 184.

kejahatan-kejahatan dalam yurisdiksi pengadilan yang dilakukan oleh pasukan di bawah komando dan pengawasan efektifnya atau otoritas dan kontrol efektif sebagaimana yang terjadi, sebagai akibat dari kegagalannya untuk melaksanakan kontrol yang tepat terhadap pasukannya.⁴³

Berkaitan dengan pertanggungjawaban komandan, Pasal 28 huruf (a) angka (1) dan (2) Statuta Roma memberikan penjelasan bahwa kegagalan komandan militer atau orang yang secara efektif bertindak sebagai komandan yang mengetahui atau menyadari keadaan-keadaan pada waktu itu, seharusnya mengetahui bahwa pasukannya akan melakukan atau sedang melakukan kejahatan tersebut dan komandan atau orang yang secara efektif bertindak sebagai komandan gagal untuk mengambil tindakan yang diperlukan dan wajar untuk mencegah atau menekan perbuatan kejahatan atau untuk mengajukan permasalahan kepada pejabat yang berwenang untuk penyidikan dan penuntutan.

Selain pertanggungjawaban komandan, dalam Statuta Roma juga dikenal adanya pertanggungjawaban atasan (*superior responsibility*).⁴⁴ Berdasarkan pertanggungjawaban atasan, seorang atasan haruslah bertanggung jawab secara pidana untuk kejahatan-kejahatan dalam yurisdiksi Mahkamah yang dilakukan oleh bawahan-bawahan sesuai dengan otoritas-otoritas yang dimilikinya secara efektif sebagai akibat dari kegagalannya untuk melaksanakan pengendalian secara tepat pada bawahannya.⁴⁵

Pertanggungjawaban atasan, diatur secara jelas pada Pasal 28 huruf (b) angka (1), (2) dan (3) Statuta Roma. Pasa tersebut memberikan penjelasan tentang atasan yang mengetahui atau dengan sadar tidak memperhatikan informasi yang jelas-jelas menunjukkan bahwa

⁴³ Pasal 28 huruf (a) Statuta Roma

⁴⁴ Rudi M. Rizki, *Unsur-Unsur Tanggung Jawab Komandan*, Makalah Pelatihan Hukum HAM untuk Dosen Pengajar Hukum HAM se-Indonesia, PUSHAM-UII dan Norwegian Center for Human Rights (NCHR), Yogyakarta, 22-24 September 2005.

⁴⁵ Pasal 28 huruf (b) Statuta Roma

bawahannya hampir melakukan atau sedang melakukan tindakan tersebut.

Tindakan-tindakan kejahatan tersebut berada dalam tanggungjawab dan pengendalian efektif dari seorang atasan dan seorang atasan tidak mengambil segala tindakan yang diperlukan untuk mencegah atau menghentikan perbuatan mereka atau mengajukan permasalahannya kepada yang berwenang untuk penyidikan dan penuntutan.

Pertanggungjawaban komandan terdiri dari 3 jenis, yaitu:⁴⁶

1. Komandan atau atasan dituntut untuk kejahatan yang dilakukan oleh pasukan bawahannya, bila komandan atau atasan tersebut memerintahkan pasukannya yang berada di bawah komando dan kendali efektifnya untuk melakukan suatu kejahatan.
2. Komandan atau atasan dituntut untuk kejahatan yang dilakukan oleh pasukan bawahannya, bila komandan atau atasan tersebut mengetahui bahwa pasukannya tersebut melakukan atau hendak melakukan kejahatan, tetapi yang bersangkutan tidak mencegahnya.
3. Komandan atau atasan dituntut untuk kejahatan yang dilakukan oleh pasukan bawahannya, bilamana komandan atau atasan tersebut tidak menindak pasukan yang berada di bawah komando dan kendali efektifnya yang telah melakukan kejahatan dan dalam hal ini berupa pelanggaran hak asasi manusia yang berat, terutama kategori kejahatan terhadap kemanusiaan.

Seorang komandan dikatakan bersalah atas tindakan kejahatan perang dan kejahatan kemanusiaan perlu dibuktikan bahwa:

⁴⁶ Berdasarkan Doktrin Tanggung jawab Komandan, dalam : PLT Sihombing, Pertanggung jawaban Komando, *Jurnal Hak Asasi Manusia*, Komisi Nasional Hak Asasi Manusia, Vol. 2, No. 2 Thn 2004, hlm. 13.

1. Prajurit pelaku kejahatan berada di bawah komandan atau kontrol atasan tertuduh;
2. Atasan tertuduh mengetahui secara aktual, yaitu mengetahui atau diberitahu tentang terjadinya tindak kejahatan perang dan kemanusiaan pada saat tindak kejahatan tersebut berlangsung;
3. Atasan tertuduh mengetahui secara konstruktif, yaitu telah terjadi tindakan pelanggaran dalam skala besar sehingga tertuduh atau seseorang pasti sampai pada kesimpulan bahwa ia mengetahui tindakan kejahatan tersebut;
4. Atasan tertuduh mengetahui adanya tindak kejahatan tetapi menunjukkan sikap yang secara sengaja tidak acuh terhadap konsekuensi dari sikap membiarkan tersebut;
5. Atasan tertuduh gagal mengambil langkah-langkah yang perlu dalam kewenangannya untuk mencegah atau menghukum tindakan ketika ia mempunyai kewenangan dan kekuasaan untuk melakukan hal tersebut.

Pertanggung jawaban komandan tidak hanya berlaku di masa perang atau dalam suatu konflik bersenjata tetapi juga dapat terjadi di masa damai.⁴⁷

D. Kesimpulan

Berdasarkan uraian-uraian di atas, maka dikemukakan kesimpulan sebagai berikut:

1. Hukum internasional mengakui bahwa individu sebagai subyek hukum internasional, terbatas pada dimungkinkannya individu dituntut di depan pengadilan internasional untuk bertanggungjawab secara pribadi atas namanya

⁴⁷ Muladi, *Mekanisme Domestik untuk Mengadili Pelanggaran HAM Berat melalui Sistem Pengadilan atas Dasar Undang-Undang No. 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan HAM*, Elsam, Jakarta, 2005, hlm. 18.

sendiri terhadap kejahatan-kejahatan internasional yang dilakukannya.

2. Prinsip tanggungjawab komandan merupakan tanggung jawab secara tidak langsung karena berdasarkan hukum internasional, seorang komandan dapat dimintai pertanggungjawaban atas kegagalannya untuk mencegah atau suatu tindak kejahatan yang dilakukan oleh bawahannya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Arlina Permanasari, dkk., *Pengantar Hukum Humaniter*, International Committee of the Red Cross, Jakarta, 1999.
- Boer Mauna, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Alumni, Bandung, 2001.
- Chairul Huda, *Dari Tiada Pidana Tanpa Kesalahan Menuju Kepada Tiada Pertanggung Jawaban Pidana Tanpa Kesalahan – Tinjauan Kritis Terhadap Teori Pemisahan Tindak Pidana dan Pertanggung jawaban Pidana*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2011.
- Dadang Siswanto, Analisis Yuridis Hubungan Antara Hukum Humaniter Internasional dengan Hukum Hak Asasi Manusia dalam Supriyanto Abdi dkk (editor), *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia (Kajian Multi Perspektif)*, PUSHAM-UII, Yogyakarta, 2007.
- Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Russell & Russell, New York, 1961.
- Jimly Asshiddiqie & Ali Sa Fa'at, *Teori Hans Kelsen Tentang Hukum*, Konstitusi Pers, Jakarta, 2006.
- KGPH Haryomataram, *Pengantar Hukum Humaniter*, Raja Grafindo Perkasa, Jakarta, 2005.
- Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM-UII, Yogyakarta, 2008.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Pengantar Hukum Internasional*, Buku I – Bagian Umum, Bina Cipta, Jakarta, 1982.
- Muladi, *Mekanisme Domestik Untuk Mengadili Palnggaran HAM Berat Melalui Sistem Pengadilan Atas Dasar Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 Tentang Pengadilan HAM*, ELSAM, Jakarta, 2005.

Oentoeng Wahjoe, *Hukum Pidana Internasional: Perkembangan Tindak Pidana Internasional dan Proses Penegakannya*, Erlangga, Bandung, 2011.

Sefriani, *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, Rajawali Press, Jakarta, 2011.

Makalah Dan Jurnal

A. Manshur Effendi, HAM dalam Dimensi Yuridis, Sosial dan Proses Penyusunan dan Aplikasi Hukum Hak Asasi Manusia Dalam Masyarakat, *Jurnal Hak Asasi Manusia*, Komnas HAM, Vol. 4 Tahun 2007.

PLT Sihombing, Pertanggung Jawaban Komando, *Jurnal Hak Asasi Manusia*, Komnas HAM, Vol. 2 No. 2 Tahun 2004.

Rudi M. Rizki, *Unsur-Unsur Tanggung Jawab Komandan*, Makalah Pelatihan Hukum Hak Asasi Manusia untuk Dosen Pengajar Hukum HAM se-Indonesia, PUSHAM-UII & NCHR, Yogyakarta, 22-24 September 2005.

**Hak Sipil dan Politik,
dan Hak Ekonomi, Sosial
dan Budaya**

DISKURSUS MENGENAI *DEROGABLE RIGHTS* DAN *NON-DEROGABLE RIGHTS* DI INDONESIA

Eko Riyadi¹

A. Pendahuluan

Hak asasi manusia merupakan kristalisasi dari berbagai sistem nilai dan filsafat tentang manusia dan seluruh aspek kehidupannya. Fokus utama dari hak asasi manusia adalah kehidupan dan martabat manusia. Martabat manusia akan terganggu ketika mereka menjadi korban penyiksaan, menjadi korban perbudakan atau pemiskinan, termasuk jika hidup tanpa kecukupan pangan, sandang dan perumahan.

Gagasan tentang nilai luhur martabat manusia, yang menjadi esensi gagasan hak asasi manusia modern, dapat ditemukan dalam semua ajaran agama. Selain itu, prinsip kesetaraan yang menjadi salah satu prinsip utama hak asasi manusia juga banyak mendapatkan pengakuan normatif dalam berbagai ajaran agama. Abdullahi A. An-Na'im menyebut prinsip ini dengan istilah 'Prinsip Emas' (*Golden Rule*).¹ Ruh utama dari prinsip ini adalah adanya prinsip hubungan timbal balik (resiprositas) dalam hubungan kemanusiaan (termasuk hubungan antara penguasa dan rakyat), yakni tuntunan untuk memperlakukan orang lain sebagaimana kita ingin diperlakukan.² Islam misalnya mengajarkan umatnya untuk mencintai saudaranya seperti ia mencintai diri sendiri, dan itu merupakan prasyarat kesempurnaan iman. Islam juga mengajarkan agar umatnya memberikan harta kepada saudaranya berupa sesuatu yang paling ia sukai,

¹ Eko Riyadi, S.H., M.H., adalah Dosen Fakultas Hukum sekaligus Direktur Pusat Studi Hak Asasi Manusia (PUSHAM) Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.

² Abdullahi A. An-Na'im, 'Shari'a and Basic Human Rights Concerns' dalam *Liberal Islam A Sourcebook*, Oxford University Press, New York, 1998, hlm. 223.

dan itu merupakan prasyarat untuk memperoleh kebaikan.³ Bagaimana memperlakukan orang lain menjadi fokus besar dalam tradisi ajaran Islam. Ajaran tentang perlakuan terhadap orang lain tersebut sesungguhnya dapat ditemukan dalam seluruh agama-agama. Abdullahi A. An-Na'im memposisikan kesamaan ajaran berupa 'Prinsip Emas' ini menjadi salah satu landasan normatif bagi prinsip kesetaraan dan non-diskriminasi yang menjadi prinsip dasar gagasan hak asasi manusia dewasa ini. Pada kesempatan yang lain An-Naim menyatakan bahwa ada satu prinsip normative umum yang dimiliki oleh semua tradisi kebudayaan besar yang mampu menopang gagasan universalitas hak asasi manusia. Prinsip tersebut adalah 'seseorang harus memperlakukan orang lain sama seperti ia menginginkan diperlakukan orang lain'. Aturan moral ini mengacu pada prinsip resiprositas yang mengakar kuat di hampir seluruh agama-agama besar dan proposisi yang sederhana tersebut dengan mudah diapresiasi oleh semua umat manusia, baik tradisi kultural maupun persuasi filosofis.⁴ Tantangan penerapan prinsip resiprositas adalah ketika harus bersikap dengan orang yang berbeda baik jenis kelamin atau kepercayaan agama. Tujuan prinsip resiprositas adalah bahwa seseorang harus mencoba mencapai sistem taksiran yang paling dekat untuk menempatkan dirinya dalam posisi orang lain. Ini mengasumsikan adanya kesamaan posisi dengan orang lain dalam semua hal termasuk jenis kelamin dan agama. Sifat resiprositas adalah saling menguntungkan, sehingga ketika orang mengidentifikasi diri dengan orang lain, maka seseorang seyogyanya menggunakan prinsip timbal balik yang sama terhadap sistem kepercayaan orang lain.⁵

³ Al-Qur'an Surat Ali Imran ayat 92.

⁴ Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and Internasional Law*, diterjemahkan oleh Ahmad Suaedy dan Amirudin ar-Rany, *Dekonstruksi Syaria'h, Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia, dan Hubungan Internasional dalam Islam*, LKiS, Yogyakarta, 2004, hlm. 268.

⁵ *Ibid.*

Bunyi 'Prinsip Emas' sebagaimana dijelaskan di atas secara lengkap adalah sebagai berikut:⁶

Islam : “No one of you is a believer until he desires for this brother that which he desires for him self”.

Hinduism : “ Do naught to others which, if done to thee, would cause thee pain: this is the sum of duty”.

Judaism : “What is hateful for you, do not to your fellow man. That is the entire law; all the rest is commentary”.

Christianity : “Do unto others as you would have them do unto you”.

Buddhism : “Hurt not others in ways that you yourself would find hurtful”.

Secara filosofis, akar nilai dan perspektif hak asasi manusia memang tidak dapat dipisahkan dari perkembangan agama, namun demikian tidak sedikit kalangan yang mempertanyakan kaitan antara hak asasi manusia dan nilai agama karena bagi mereka agama memiliki aspek kontradiksi yang cukup tinggi serta dalam sejarah peradaban manusia, agama merupakan faktor penyumbang peperangan dan kekerasan yang cukup panjang. Agama juga memiliki karakter elitis dimana hanya orang-orang tertentu dari kaum 'tinggi' yang dianggap memiliki otoritas untuk menafsirkan agama.⁷ Secara historis, banyak kalangan menganggap bahwa akar filosofis dari munculnya gagasan hak asasi manusia adalah teori hak kodrati (*natural rights theory*) yang dikembangkan oleh para pemikir Abad Pencerahan di Eropa, seperti John Locke, Thomas Paine dan Jean Jacques Rousseau. Intisari teori hak kodrati adalah pemikiran

⁶ Manfred Nowak, *Introduction to The International Human Rights Regime*, Nijhoff Publishers, Leiden, 2003, hlm. 9.

⁷ David O. Brink, *The Autonomy of Ethics*, dalam Michael Martin, *The Cambridge Companion to Atheism*, Cambridge University Press, New York, 2007, hlm. 149 sebagaimana dirujuk oleh Pranoto, *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Konseptual*, IMR Press, 2010, hlm. 178.

bahwa semua individu dikaruniai oleh alam hak-hak yang melekat pada dirinya, dan karena itu ia tidak dapat dicabut oleh negara. Teori hak kodrati menganggap bahwa hak-hak alamiah semua individu tersebut tidak lahir dari pengakuan politis yang diberikan negara pada mereka. Teori hak kodrati erat kaitannya dengan teori 'kontrak sosial' (*social contract*) yang merujuk pada suatu kesepakatan sosial dan politik bahwa perlindungan atas hak-hak individu yang tidak dapat dicabut tersebut diserahkan kepada negara. Apabila penguasa negara mengabaikan kontrak sosial itu dengan melanggar hak-hak kodrati individu, maka rakyat di negara itu bebas menurunkan sang penguasa dan menggantikannya dengan suatu pemerintah yang bersedia menghormati hak-hak tersebut. Gagasan mengenai hak-hak kodrati inilah yang melandasi munculnya berbagai revolusi yang meletup di Inggris, Amerika Serikat dan Perancis pada abad ke-17 dan ke-18.⁸

Secara terminologis, dalam bahasa Inggris hak asasi manusia dikenal dengan empat istilah yaitu (a) *human rights*; (b) *fundamental rights*; (c) *citizens' rights*; dan (d) *collective rights*.⁹ *Human rights* dianggap sebagai terminologi yang paling memadai dan paling komprehensif dan terminologi ini dapat menampung aspek internasional dan aspek nasional dari hak asasi manusia. Sedangkan terminologi *fundamental freedom* hanya lebih mengacu pada aspek nasional. Istilah *citizens' rights* ditemukan di dalam *Declaration des droits de l'Homme et du Citoyen* tahun 1789 di Prancis. Penyebutan *citizens' rights* masih dianggap memungkinkan sepanjang hak yang dimaksud adalah seperti kebebasan berbicara, berorganisasi dan berkumpul, termasuk kebebasan untuk bergerak melewati batas negara. Hari ini, hanya tinggal sedikit dari hak-hak politik yang bisa disebut sebagai *citizens' rights* seperti hak untuk memilih dan dipilih. Terminologi yang ketiga adalah *collective*

⁸ Manfred Nowak, *Introduction to ... loc. cit.*

⁹ *Ibid.*, hlm. 4.

rights yang ditemukan dalam *African Charter on Human and Peoples' Rights* tahun 1981. Piagam ini memberikan pembedaan yang cukup tegas antara *individual rights* dan *collective rights*. Di antara empat terminologi tersebut, *human rights* yang diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia menjadi hak asasi manusia dianggap sebagai terminologi yang paling komprehensif dan memadai serta dalam praktik paling banyak digunakan.¹⁰

Di dalam perkembangannya, hak asasi manusia mengenal dua kategori penting yaitu hak sipil dan politik, dan hak ekonomi, sosial dan budaya. Hak sipil dan politik mewakili kepentingan individu manusia untuk bebas dari intervensi siapapun terutama negara, sedangkan hak ekonomi, sosial dan budaya lebih mewakili hak individu manusia untuk menikmati fasilitas hidup untuk sejahtera. Hak sipil dan politik dianggap sebagai representasi kepentingan negara-negara liberal yang lebih mengedepankan kebebasan individual. Hak sipil dan politik ini kemudian mengenal ada beberapa kategori hak yang diakui sebagai hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) dalam keadaan apapun dan oleh sistem hukum apapun. Naskah ini ingin menguji bagaimana diskursus mengenai hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) dalam konteks ke-Indonesiaan.

B. Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*) dan Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable Rights*)

Konsep hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*) dan hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) mengemuka dalam konteks pembicaraan mengenai hak sipil dan politik. Sebagaimana dijelaskan sebelumnya bahwa hak-hak sipil politik, walaupun tidak selalu demikian adanya, sebagian besar adalah berupa hak-hak negatif yaitu hak-hak yang akan terpenuhi jika negara absen atau tidak melakukan intervensi.

¹⁰ *Ibid.*

Ketiadaan intervensi ini terbagi ke dalam dua kelompok di atas, artinya terdapat beberapa hak yang secara absolut tidak membolehkan adanya intervensi, namun ada beberapa hak yang masih memungkinkan dan dalam batas tertentu bagi negara untuk melakukan intervensi. Berikut penjelasan mengenai dua konsep tersebut.

(1) Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*)

Konsep *non-derogable rights* dimaknai bahwa beberapa hak asasi manusia adalah bersifat absolut yang tidak boleh dikurangi pemenuhannya oleh Negara Pihak, walaupun dalam keadaan darurat sekalipun,¹¹ atau dalam keadaan apapun,¹² atau dalam keadaan apapun dan oleh siapapun.¹³ Berikut ini teks pasal-pasal yang mengatur tentang hak-hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*).

Pasal 28 I ayat (1) UUDNRI 1945:

Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun.

Pasal 37 TAP MPR Nomor XVII/MPR/1998:

Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun (*non-derogable*)”

¹¹ Ifdal Kasim (editor), *Hak Sipil dan Politik, Esai-Esai Pilihan*, eLSAM, Jakarta, 2001, hlm. xii.

¹² Pasal 28I ayat (1) UUDNRI 1945 dan Pasal 37 TAP MPR Nomor XVII/MPR/1998.

¹³ Pasal 4 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999.

Pasal 4 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia:

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 di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun dan oleh siapapun.

Ifdal Kasim berpendapat bahwa berdasarkan *International Covenant on Civil and Political Rights* sebagaimana telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005, kategori hak-hak yang tidak dapat dikurangi antara lain:¹⁴

- (1) hak atas hidup (*rights to life*);
- (2) hak bebas dari penyiksaan (*rights to be free from torture*);
- (3) hak bebas dari perbudakan (*rights to be free from slavery*);
- (4) hak bebas dari penahanan karena gagal memenuhi perjanjian (utang);
- (5) hak bebas dari pemidanaan yang berlaku surut;
- (6) hak sebagai subjek hukum; dan
- (7) hak atas kebebasan berpikir, keyakinan dan agama.

(2) Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable Rights*)

Konsep yang kedua adalah konsep *derogable rights* yaitu hak-hak yang boleh dikurangi atau dibatasi pemenuhannya oleh Negara-Negara Pihak. Hak-hak tersebut antara lain:¹⁵

- (1) Hak atas kebebasan berkumpul secara damai;
- (2) Hak atas kebebasan berserikat, termasuk membentuk

¹⁴ Ifdal Kasim (editor), *Hak Sipil ... loc. cit.*

¹⁵ *Ibid.*, hlm. xiii.

- membentuk dan menjadi anggota serikat buruh; dan
- (3) hak atas kebebasan menyatakan pendapat atau berekspresi, termasuk kebebasan mencari, menerima dan memberikan informasi dan segala macam gagasan tanpa memperhatikan batas (baik melalui lisan atau tulisan).

Pengurangan pemenuhan hak-hak di atas hanya dapat dilakukan apabila sebanding dengan ancaman yang akan muncul dan tidak bersifat diskriminatif. Beberapa alasan yang dimungkinkan untuk melakukan pembatasan diatur di dalam berbagai peraturan baik nasional maupun internasional.

Pasal 29 ayat (2) Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa pembatasan pemenuhan hak asasi manusia hanya dapat dilakukan berdasarkan beberapa alasan berikut:

- (1) dilakukan berdasarkan hukum;
- (2) untuk menjamin pengakuan serta penghormatan yang layak bagi hak-hak dan kebebasan orang lain;
- (3) untuk memenuhi syarat-syarat yang benar dari kesusilaan; dan demi tata tertib umum dalam suatu masyarakat demokrasi.

Pasal 12 ayat (3) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) menyatakan bahwa pembatasan pemenuhan hak asasi manusia hanya dapat dilakukan dengan alasan berikut:

- (1) ditentukan dengan undang-undang;
- (2) menjaga keamanan nasional, ketertiban umum, kesehatan umum dan kesusilaan;
- (3) hak-hak dan kebebasan orang lain.

Pasal 21 dan Pasal 22 ayat (2) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) mengatur bahwa pembatasan boleh dilakukan

dengan alasan:

- (1) ditentukan dengan undang-undang;
- (2) diperlukan dalam suatu masyarakat demokrasi;
- (3) demi kepentingan keamanan nasional, keamanan dan ketertiban umum;
- (4) menjaga kesehatan dan kesusilaan umum atau menjaga hak dan kebebasan orang lain.

Pasal 70 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia mengatur bahwa pembatasan hak asasi manusia dapat dilakukan berdasarkan 4 hal antara lain:

- (a) dilakukan dengan undang-undang;
- (b) untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain; dan
- (c) untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Pasal 73 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 memberikan ketentuan yang agak berbeda dengan menyatakan bahwa pembatasan boleh dilakukan dengan alasan:

- (a) dilakukan dengan undang-undang;
- (b) semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan orang lain;
- (c) penghormatan terhadap kesusilaan, ketertiban umum dan kepentingan bangsa.

Sedangkan berdasarkan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, pembatasan pemenuhan hak asasi manusia dapat dilakukan dengan alasan berikut:

- (1) ditetapkan dengan undang-undang;
- (2) menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain;
- (3) memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Berangkat dari berbagai peraturan di atas, dapat disimpulkan bahwa pembatasan sebagaimana dimaksud dalam poin-poin di atas adalah hanya dapat dilakukan terhadap hak-hak yang masuk kategori hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*), dan oleh karenanya alasan tersebut tidak dapat dijadikan alasan untuk melakukan pembatasan dan pengurangan terhadap hak-hak yang masuk kategori hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable*).

C. Konsepsi Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia tentang Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*) dan Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable*)

Secara yuridis, hukum nasional dan hukum internasional memberikan ketentuan yang tegas mengenai kategori *derogable rights* dan *non-derogable rights*. Kategori *non-derogable rights* mengacu pada ketentuan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 dan Pasal 4 ayat (2) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil Politik. Sedangkan kategori *derogable rights* adalah hak-hak yang diakui diluar dua ketentuan tersebut. Demi mendapatkan pemahaman yang jelas, maka akan dikutip secara lengkap Pasal 4 ayat (1) dan ayat (2) KIHSP sebagai berikut:

- (1) Dalam keadaan darurat yang mengancam kehidupan bangsa dan keberadaannya, yang telah diumumkan secara resmi, Negara-Negara Pihak pada Kovenan ini dapat mengambil

langkah-langkah yang mengurangi kewajiban-kewajiban mereka berdasarkan Kovenan ini, sejauh memang sangat diperlukan dalam situasi darurat tersebut, sepanjang langkah-langkah tersebut tidak bertentangan dengan kewajiban-kewajiban lainnya berdasarkan hukum internasional dan tidak mengandung diskriminasi semata-mata berdasarkan atas ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama atau asal-usul sosial.

- (2) Pengurangan kewajiban atas pasal-pasal 6, 7, 8 ayat (1) dan (2), 11, 15, 16, 18 sama sekali tidak dibenarkan berdasarkan ketentuan ini.

Untuk menguji apakah ketentuan nasional ekuifalen dengan hukum internasional, maka berikut akan dibuat sebuah skema tentang bagaimana hukum nasional dan hukum internasional mengatur tentang *non derogable rights*. Skema ini akan diambil dari ketentuan Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia dan beberapa Pasal dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik.

**Pengaturan Kategorisasi *non-derogable Rights*
dalam UUD 1945 dan KIHSP**

No	Pasal 28I ayat (1) UUDNRI	Pasal	KIHSP
		Pasal 4 ayat (2)	Pengurangan kewajiban atas pasal-pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16, dan 18 sama sekali tidak dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan ini.
1	Hak untuk hidup	Pasal 6	Setiap manusia berhak atas <i>hak untuk hidup</i> yang melekat pada dirinya. Hak ini wajib dilindungi oleh hukum. Tidak seorangpun dapat dirampas hak hidupnya secara sewenang-wenang.

2	Hak untuk tidak disiksa	Pasal 7	Tidak seorangpun yang dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat . Pada khususnya tidak seorangpun dapat dijadikan obyek eksperimen medis atau ilmiah tanpa persetujuan yang diberikan secara bebas.
3	Hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani	Pasal 18 ayat (1)	Setiap orang berhak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama . Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara mandiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penaatan, pengamalan, dan pengajaran.
4	Hak beragama		
5	Hak untuk tidak diperbudak	Pasal 8 ayat (1) dan (2)	Tidak seorangpun dapat diperbudak ; perbudakan dan perdagangan budak dalam segala bentuknya harus dilarang. Tidak seorangpun dapat diperhambakan.
6	Hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum	Pasal 16	Setiap orang berhak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum di manapun ia berada.

7	Hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut	Pasal 15	<p>Tidak seorangpun boleh dianggap bersalah melakukan pelanggaran pidana berdasarkan suatu perbuatan yang telah dilakukan atau tidak dilakukannya, hal mana pada saat dilakukan atau tidak dilakukannya <i>tidak merupakan pelanggaran pidana menurut hukum nasional dan hukum internasional.</i></p> <p>Demikian pula tidak boleh dikenakan hukuman yang lebih berat daripada yang dapat diterapkan pada saat pelanggaran pidana termaksud dilakukan.</p>
			<p>Jikalau, sesudah dilakukan pelanggaran, dikeluarkan ketentuan undang-undang untuk mengenakan yang lebih ringan, maka si pelanggar harus mendapat manfaat dari hal tersebut.</p>
		Pasal 11	<p>Tidak seorangpun dapat dipenjara semata-mata atas dasar ketidakmampuan untuk memenuhi suatu kewajiban kontraktualnya.</p>

Sumber: Diolah Sendiri oleh Penulis

Tabel di atas menunjukkan bahwa ketentuan pengaturan tentang hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 telah sejalan dengan bagaimana komunitas internasional mendefinisikannya melalui Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHP) atau *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* dengan sedikit perbedaan. Perbedaan tersebut adalah Undang-Undang Dasar Negara Republik

Indonesia Tahun 1945 tidak mengakui dan mengakomodir Pasal 11 KIHSP yaitu “Tidak seorangpun dapat dipenjara semata-mata atas dasar ketidakmampuan untuk memenuhi suatu kewajiban kontraktualnya”.

Secara historis, kesesuaian itu bukanlah sebuah kebetulan karena para penyusun naskah perubahan Undang-Undang Dasar memang terinspirasi oleh Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) pada saat memutuskan masuknya Pasal 28I ayat (1). Proses penyusunan BAB X tentang Hak Asasi Manusia pada perubahan Undang-Undang Dasar dilakukan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat tahun 1999-2002 dilakukan dengan mekanisme yang sangat partisipatif. MPR membentuk tim-tim kerja yang diperintahkan untuk serap aspirasi ke seluruh wilayah Indonesia dan hasilnya kemudian dibawa ke rapat masing-masing fraksi. Setelah disepakati pada tingkatan fraksi, rapat paripurna digelar dan kemudian memutuskan untuk menambah BAB X tentang Hak Asasi Manusia yang terdiri dari Pasal 28A – 29J.¹⁶

D. Perspektif Mahkamah Konstitusi tentang Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*) dan Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable*)

Untuk melihat bagaimana perspektif Mahkamah Konstitusi terhadap konsep Hak yang Tidak Dapat Dikurangi (*Non-Derogable Rights*) dan Hak yang Dapat Dikurangi (*Derogable*), berikut akan dilakukan uji legal terhadap beberapa putusannya, antara lain:

1. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 065/PUU-II/2004 tentang Pemberlakuan Hukum Secara Surut.
2. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 2-3/PUU-V/2007 tentang Hukuman Mati.

¹⁶ ---, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945, latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002*, buku VIII, diterbitkan oleh Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008, hlm. 128-254.

3. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang Undang-Undang Penodaan Agama.

Berikut adalah analisis putusan sebagaimana disebutkan di atas. Analisis akan dilakukan satu persatu, dan kemudian akan disusun sebuah analisis makro atas ketiga putusan tersebut.

(1) Putusan tentang Pemberlakuan Hukum Secara Surut

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan pengujian Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terhadap Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Pemohon mendalilkan bahwa pemberlakuan undang secara surut adalah bertentangan dengan Konstitusi. Majelis hakim Mahkamah Konstitusi kemudian memeriksa dan memberikan putusan atas permohonan tersebut.

Pertimbangan putusan pada perkara ini disusun dengan sangat akademik. Di dalamnya terdapat perbedaan pandangan yang kuat antara dua kelompok hakim. Enam orang hakim yaitu Prof. Dr. Jimly Asshiddiqie, S.H., Prof. H.A.S. Natabaya, S.H, LL.M., Dr. Harjono, S.H., M.CL., I Dewa Gede Palguna, S.H., M.H., Maruarar Siahaan, S.H., dan Soedarsono, S.H., berpendapat bahwa pemberlakuan hukum secara surut sebagaimana dimaksud dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia tidak bertentangan dengan Pasal 28 I ayat (1) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Sedangkan tiga orang hakim lainnya yaitu Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H., Prof. H. Abdul Mukthie Fajar, S.H., M.S., H. Achmad Roestandi, S.H., berpendapat bahwa Pasal 43 ayat (1) UU No. 26 Tahun 2000 bertentangan dengan Pasal 28I ayat (1) UUNDRI 1945. Akhirnya, melalui putusan ini majelis hakim menolak permohonan pemohon dan tidak menyetujui dalil-dalil yang diajukan

oleh pemohon. Implikasinya, Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dinyatakan tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya tetap memiliki kekuatan hukum mengikat.

Majelis hakim pada putusan ini menggunakan model penafsiran sistematis dengan menyatakan Pasal 28I ayat (1) yang berbunyi “... *hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut ... adalah hak yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun*” harus dibaca dalam kaitannya dengan Pasal 28J ayat (2) yang menyatakan bahwa *‘setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis.’*¹⁷

Mahkamah Konstitusi berpendapat bahwa hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut tidak boleh dimaknai sebagai hak yang mutlak dan justru menjadi penghalang bagi terpenuhinya hak orang lain yang lebih banyak, atau dalam bahasa yang lain demi kepentingan orang lain yang lebih banyak, maka ketentuan pasal tentang hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dapat dikesampingkan.

Pemutlakan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut, menurut Mahkamah Konstitusi, adalah tindakan yang tidak bisa dibenarkan. Mahkamah berpendapat bahwa:¹⁸

“menerapkan asas non-retroaktif haruslah juga diperhitungkan apakah dengan penerapan secara kaku asas non-retroaktif dimaksud akan menimbulkan ketidakadilan, merongrong nilai-

¹⁷ Lihat Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 51.

¹⁸ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 52.

nilai agama, keamanan dan ketertiban umum, sehingga apabila hal itu terjadi justru perlindungan kepada seorang individu secara demikian bukanlah menjadi tujuan hukum”.

Pernyataan di atas dengan tegas menyatakan bahwa hak asasi manusia khususnya hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut harus dibatasi oleh norma-norma yang lain. Hak asasi manusia oleh karenanya harus ditafsirkan dengan tidak boleh bertentangan dengan pertimbangan moral dan nilai-nilai agama.

Secara yuridis, Makkamah Konstitusi mendalilkan bahwa Pasal 43 ayat (1) sejalan dengan praktik internasional berupa Pengadilan *Ad Hoc* Internasional seperti *International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR)* dan *International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY)*.¹⁹ Mahkamah Konstitusi kurang tepat dengan menggunakan dalil praktik internasional sebagaimana dipraktikkan dalam ICTR dan ICTY untuk membenarkan berlakunya undang-undang secara surut. Benar bahwa kedua pengadilan internasional tersebut merupakan pengadilan *ad hoc* sebagaimana halnya pengadilan *ad hoc* yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000, namun kedua pengadilan internasional yaitu ICTR dan ICTY tidak menyimpangi asas non-retroaktif. Kedua pengadilan tersebut sebagaimana pengadilan *ad hoc* internasional yang lain seperti *Nurenberg Tribunal*, *Tokyo Tribunal* tidak dilakukan berdasarkan Statuta Roma, melainkan berdasarkan Resolusi DK PBB.

International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia (ICTY) misalnya dibentuk berdasarkan Resolusi Dewan Keamanan Perserikatan Bangsa-Bangsa Nomor 888 dan 827 pada 1993. Para pelaku juga tidak dituntut berdasarkan Statuta Roma (*Rome Statute*) tetapi dengan tuduhan melakukan pelanggaran serius (*serious violations*) atau pelanggaran berat (*grave breaches*) terhadap hukum humaniter yakni Konvensi Geneva 1949

¹⁹ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 58.

dan bukan menggunakan Statuta Roma yang baru diadopsi pada tahun 2000.²⁰ Jelas bahwa pengadilan *ad hoc* untuk pemimpin Yugoslavia ini dilakukan dengan tidak menyimpangi asas non-retroaktif. Perserikatan Bangsa-Bangsa sebagai lembaga internasional sangat berhati-hati dan tidak ingin melakukan perbuatan yang sesungguhnya telah dilarang oleh hukum internasional, oleh karena itu sistem yang dibuat untuk menangani peristiwa masa lalu tetap dilakukan sesuai norma internasional yang disepakati.

Berbeda dengan mayoritas hakim, tiga orang hakim menyatakan tidak setuju dengan substansi putusan dan pertimbangan putusan. Ketiga orang hakim tersebut, yaitu Prof. Dr. H.M. Laica Marzuki, S.H., Prof. H. Abdul Mukthie Fadjar, S.H., M.S., H. Achmad Roestandi, S.H., berpandangan berbeda. Ahmad Roestandi dan Abdul Mukti Fajar berpendapat bahwa Pasal 28J ayat (2) harus dipahami bahwa pembatasan hak asasi manusia hanya dapat dilakukan terhadap hak-hak yang belum/tidak diatur secara limitatif berdasarkan Pasal 28I ayat (1). Pada pemaknaan lain, pembatasan tidak boleh dilakukan terhadap *non-derogable rights* sebagaimana diatur dalam Pasal 28I ayat(1) dan hanya bisa dilakukan terhadap hak-hak yang masuk kategori *derogable rights* yang diatur di luar Pasal 28I ayat (1). Abdul Mukti Fajar mengawali pendapatnya dengan mengutip ayat Al-Qur'an dalam Surat Bani Israil ayat 15 yang berarti: "*Tuhan tidak akan mengazab (menghukum dengan siksaan berat) suatu ummat sebelum Tuhan mengutus seorang rasul kepada mereka*". Mukti Fajar menggunakan ayat ini untuk mengatakan bahwa asas non-retroaktif adalah asas yang sangat universal dan diakui oleh seluruh peradaban manusia.

Ahmad Roestandi melanjutkan bahwa jika Pasal 28J ayat (2) bisa dimaknai untuk mengurangi dan membatasi ketujuh hak yang diakui di

²⁰ Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan! Politik Hukum HAM Era Reformasi*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2011, hlm. 101-102.

dalam Pasal 28I ayat (1), maka apa gunanya pengkhususan yang telah dibuat terhadap ketujuh kategori hak tersebut. Ia juga menyatakan bahwa kalimat “tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun” merupakan kalimat yang pasti atau dalam bahasa ilmu ushul fiqh disebut sebagai kalimat yang *qoth'i*. Mahkamah Konstitusi boleh memberikan penafsiran dengan metode apapun, namun hasilnya tidak boleh bertentangan dengan substansi yang sudah pasti (*qoth'i*) sebagaimana bunyi pasal tersebut.

Abdul Mukti Fajar berpendapat bahwa argumentasi untuk menerapkan asas retroaktif secara terbatas bagi berbagai kasus pidana yang dikategorikan sebagai “*extra-ordinary crime*” dengan alasan yang belum begitu jelas, lebih banyak bernuansa pertimbangan politik (*political judgement*) ketimbang pertimbangan hukum, baik politik dalam dimensi nasional maupun internasional.²¹ Pertimbangan politik tersebut dapat berupa keengganan ‘rezim’ untuk menyelesaikan kasus ini dengan menggunakan mekanisme internasional serta sebagai upaya diplomasi internasional dengan menyatakan bahwa pemerintah berkomitmen untuk mengadili para pelaku pelanggaran berat hak asasi manusia yang terjadi di Indonesia. Oleh karenanya, ketiga orang hakim tersebut menyatakan setuju dengan para pemohon dan menyatakan seharusnya permohonan pemohon dikabulkan dengan menyatakan Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 bertentangan dengan Konstitusi dan oleh karenanya harus dinyatakan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat.

(2) Putusan tentang Hukuman Mati

Putusan ini merupakan jawaban atas permohonan pengujian Pasal 80 ayat (1) huruf a, Pasal 80 ayat (2) huruf a, Pasal 80 ayat (3) huruf a, Pasal 81 ayat (3) huruf a, Pasal 82 ayat (1) huruf a, Pasal 82 ayat (2) huruf a, Pasal 82 ayat (3) huruf a Undang-Undang Nomor Nomor 22 Tahun

²¹ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004, hlm. 67.

1997 tentang Narkotika terhadap terhadap Pasal 28A dan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Pemohon mendalilkan bahwa pemberlakuan hukuman mati adalah bertentangan dengan Konstitusi. Majelis hakim Mahkamah Konstitusi kemudian memeriksa dan memberikan putusan atas permohonan tersebut.

Pertimbangan putusan diambil dengan perdebatan yang sangat ideologis. Di dalamnya terdapat perbedaan pandangan yang kuat antara dua kelompok hakim. Lima orang hakim yaitu Jimly Asshiddiqie, Abdul Mukti Fajar, H.A.S. Natabaya, I Dewa Gede Palguna, dan Soedarsono, berpendapat bahwa hukuman mati sebagaimana diatur dalam Pasal 80 ayat (1) huruf a, Pasal 80 ayat (2) huruf a, Pasal 80 ayat (3) huruf a, Pasal 81 ayat (3) huruf a, Pasal 82 ayat (1) huruf a, Pasal 82 ayat (2) huruf a, Pasal 82 ayat (3) huruf a Undang-Undang Nomor Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika tidak bertentangan dengan Pasal 28A dan Pasal 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Sedangkan empat orang hakim lainnya yaitu Maruarar Siahaan, Laica Marzuki, Achmad Roestandi, dan Harjono berpendapat bahwa beberapa pasal yang diajukan *judicial review* dalam perkara ini bertentangan dengan Pasal 28A dan Pasal 28J ayat (2) UUNDRI 1945.

Akhirnya, melalui putusan ini mejelis hakim menolak permohonan pemohon dan tidak menyetujui dalil-dalil yang diajukan oleh pemohon. Implikasinya, penerapan hukuman mati sebagaimana diatur dalam Pasal 80 ayat (1) huruf a, Pasal 80 ayat (2) huruf a, Pasal 80 ayat (3) huruf a, Pasal 81 ayat (3) huruf a, Pasal 82 ayat (1) huruf a, Pasal 82 ayat (2) huruf a, Pasal 82 ayat (3) huruf a Undang-Undang Nomor Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika dinyatakan tidak bertentangan dengan Undang-Undang Dasar dan oleh karenanya tetap berlaku.

Pada putusan ini, terdapat dua aspek penting dalam putusan ini yaitu *pertama*, mengenai *legal standing* warga negara asing sebagai pemohon di Mahkamah Konstitusi; dan *kedua*, mengenai

konstitusionalitas hukuman mati.

Mengenai persoalan *pertama*, Mahkamah Konstitusi hanya memberikan penjelasan yang bersifat positif bahwa berdasarkan Pasal 51 Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi, pemohon adalah warga negara Indonesia. Berdasarkan ketentuan positif tersebut, Mahkamah Konstitusi secara tegas mengatakan bahwa warga negara asing tidak memiliki *legal standing* sebagai pemohon di Mahkamah Konstitusi. Mahkamah Konstitusi tidak memberikan *reasoning* lebih jauh atas keputusan tersebut seperti bagaimana perspektif hak asasi manusia tentang aktor tersebut. Lebih tegasnya, Mahkamah Konstitusi tidak memberikan pertimbangan mengenai konsekuensi klausula 'setiap orang' sebagaimana diatur dalam Pasal 28 UUDNRI 1945.

Pandangan universalis mengatakan bahwa setiap orang berhak atas hak-hak yang diatur dan diakui dalam instrumen hak asasi manusia. Oleh karena itu, sepantasnya setiap orang harus diakui sebagai subyek hukum. Pernyataan ini diperkuat dengan argumen bahwa hukum hak asasi manusia muncul sebagai koreksi atas rezim hukum internasional klasik yang hanya menempatkan negara sebagai subyek hukum Internasional. Pasca Perang Dunia II, dibentuklah Perserikatan Bangsa-Bangsa yang kemudian mengesahkan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia pada 10 Desember 1948. Keberadaan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia diikuti dengan pengesahan Kovenan dan Konvensi hak asasi manusia serta pelebagaan struktur dan mekanisme monitoring hak asasi manusia merubah rezim hukum Internasional klasik dengan mengakui individu sebagai subyek hukum internasional. Era ini disebut sebagai era hukum internasional modern.

Hukum internasional modern menempatkan individu sebagai subyeknya. Individu ditempatkan sebagai pemegang hak (*rights holder*) yang dijamin dan dilindungi secara internasional, semata karena ia

adalah manusia dan bukan karena kebangsaannya.²² Oleh karena itu, menurut pandangan universalisme, semua orang harus diperlakukan secara sama dan diakui sebagai pribadi merdeka dan setara di hadapan hukum. Nasionalitas dan identitas-identitas antropologis tidak dapat dijadikan alasan untuk membatasi hak asasi manusia atau menolak penggunaan mekanisme yang tersedia (*available mechanism*) dalam rangka memperjuangkan hak-haknya.

Perdebatan *kedua* berkaitan dengan aspek konstitusionalitas hukuman mati. Majelis hakim 'lagi-lagi' menggunakan Pasal 28J ayat (2) UUDNRI sebagai penangkal seluruh argumen pemohon. Putusan ini, sesungguhnya, memiliki nilai akademis yang sangat tinggi, bukan hanya karena ketebalannya yang mencapai 471 halaman, namun karena melibatkan para tokoh-tokoh hukum serta ahli hukum yang sangat handal. Pemohon diwakili oleh Todung Mulya Lubis dan perdebatan melibatkan tokoh-tokoh politik seperti Lukman Hakim Saifuddin dan Patrialis Akbar serta ahli seperti J.E. Sahetapy, Philip Alston dari New York University Amerika Serikat, Rahlan Nasidik, William A. Schabbas dari National University of Ireland, Jeffrey Fagan (Columbia University, USA), Andrew C. Byrnes (University of New South Wales, Australia), Ahmad Ali, Rudi Satrio, Henry Yosodiningrat, Abdul hakim Garuda Nusantara, Maria Farida Indarti, dan Bernard Arif Sidarta. Penyebutan beberapa tokoh yang terlibat dalam perdebatan ini dilakukan untuk menunjukkan betapa penting dan berharganya putusan ini.

Perdebatan dari para ahli ditambah dengan berbagai penjelasan dari majelis hakim kemudian dirumuskan dan dikunci oleh majelis hakim dengan mengacu pada bunyi Pasal 28J ayat (2) yaitu bahwa *setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin*

²² Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (Editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008, hlm. 35.

pengakuan serta penghormatan atas hak kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Majelis hakim nampaknya setuju dengan menggunakan model penafsiran sistematis dengan mengacu pada kesaksian Lukman Hakim Saifuddin dan Patrialis Akbar yang menyatakan bahwa Pemerintah dan Dewan Perwakilan Rakyat berpendirian bahwa hak asasi manusia bukan tanpa batas. Semangat yang sama juga terdapat dalam pengaturan tentang hak asasi dalam UUD 1945, yaitu bahwa hak asasi manusia bukanlah sebebaskan-bebasnya melainkan dimungkinkan untuk dibatasi sejauh pembatasan itu ditetapkan dengan undang-undang. Semangat inilah yang melahirkan Pasal 28J UUD 1945. Pembatasan sebagaimana tertuang dalam Pasal 28J ayat (2) itu dapat dilakukan terhadap seluruh hak yang diatur dalam Pasal 28A sampai dengan Pasal 28I UUD 1945.²³

Klaim Majelis Hakim yang merujuk kesaksian Lukman Hakim Saifudin dan Patrialis Akbar tersebut perlu dipertanyakan mengingat pada saat pembahasan mengenai rencana amandemen Undang-Undang Dasar khususnya Pasal 28 pada tahun 1999-2002, tidak ada kesepakatan antar fraksi yang menyatakan bahwa Pasal 28J ayat (2) adalah 'pasal kunci' atau 'pasal sapu jagat' atas pasal-pasal sebelumnya termasuk Pasal 28I ayat (1). Fraksi-fraksi lain di Majelis Permusyawaratan Rakyat banyak yang menhendaki agar beberapa hak disebut secara tegas sebagai hak yang tidak dapat dicabut dalam keadaan apapun dan oleh siapapun.²⁴

Mahkamah Konstitusi juga menggunakan beberapa pasal pembatasan yang ada di dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik seperti Pasal 21 dan beberapa pasal lain, namun Mahkamah Konstitusi tidak sama sekali memberikan pemaknaan dan pertimbangan

²³ Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007, hlm. 411.

²⁴ ---, *Naskah Komprehensif... op. cit.*, hlm. 136-185.

berdasarkan Pasal 4 ayat (2) Kovenan.

Hasil dari alur logika yang dibangun oleh Mahkamah Konstitusi, maka permohonan para pemohon untuk menyatakan hukuman mati bertentangan dengan Konstitusi ditolak untuk seluruhnya.

Putusan di atas menggunakan paradigma relativisme budaya untuk menafsirkan hak atas hak untuk hidup (*right to life*). Saat ini, secara universal, Perserikatan Bangsa-Bangsa sesungguhnya telah bersepakat untuk menghapuskan hukuman mati. Peluang yang masih diberikan dalam Pasal 6 ayat (2) KIHSP untuk menerapkan pidana mati telah dicabut dengan munculnya Protokol Opsional II terhadap KIHSP (*Second Optional Protocol on ICCPR*). Protokol Opsional II KIHSP dikhususkan untuk penghapusan hukuman mati. Protokol ini diadopsi oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa tanggal 15 Desember 1989. Pasal 1 Protokol ini menyatakan dengan tegas bahwa hukuman mati harus dihapuskan. Bunyi lengkapnya adalah sebagai berikut:

- (1) Tidak seorangpun dalam wilayah hukum Negara-Negara Pihak pada Protokol ini dapat dihukum mati.
- (2) Setiap Negara Pihak wajib mengambil langkah-langkah yang diperlukan untuk menghapuskan hukuman mati di dalam wilayah hukumnya.

Berbeda dengan mayoritas hakim, empat orang hakim mengajukan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Pendapat yang berbeda juga berkaitan dengan dua aspek yaitu legalitas warga negara asing sebagai pemohon dan konstitusionalitas hukuman mati, yang di dalamnya terkait dengan diskusi tentang *non-derogable rights*.

Berkaitan dengan persoalan *pertama*, menyangkut legalitas pemohon warga negara asing sebagai pemohon, tiga orang hakim yaitu Harjono, Laica Marzuki, dan Maruarar Siahaan bersetuju bahwa warga negara asing seharusnya dianggap memiliki *legal standing*. Pendapat

mereka didasarkan pada klausula 'setiap orang' yang digunakan dalam Pasal 28.

Harjono menyatakan bahwa ketika sebuah substansi undang-undang merugikan warga negara asing, maka otomatis juga merugikan hak warga negara Indonesia. Apabila terdapat suatu permohonan yang diajukan oleh warga negara asing sedangkan terhadap substansi yang dimohonkan juga terdapat kepentingan warga negara Indonesia, tetapi Mahkamah menolak hanya atas dasar semata-mata pemohonnya adalah warga negara asing, maka hal demikian akan menimbulkan tertundanya kepastian hukum karena harus menunggu sampai ada warga negara Indonesia yang mengajukan permohonan. Menurut Harjono, pemberian status *legal standing* kepada warga negara asing dapat dilakukan tanpa harus menyatakan Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi sebagai bertentangan dengan UUD 1945 tetapi cukup dengan melakukan penafsiran secara luas (*ekstensive interpretation*) terhadap Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi tersebut.

Laica Marzuki memberikan penekanan yang agak berbeda, namun dengan tujuan yang sama. Pasal 51 ayat (1) Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi mengatur bahwa pemohon adalah warga negara Indonesia dan bukan warga negara asing, persoalannya adalah ketika Pasal yang dimohonkan pengujian itu berkaitan dengan hak untuk hidup (*right to life*) sebagaimana dijamin oleh Pasal 28A UUD 1945 dan Pasal 28I ayat (1) UUD 1945, maka penerapan Pasal 51 ayat (1) huruf a Undang-Undang tentang Mahkamah Konstitusi tidaklah dapat menghambat upaya permohonan pengujian terhadap pasal undang-undang yang berkaitan dengan *the matter of life and death* itu, walaupun diajukan oleh warga negara asing di negeri ini. Pandangan ini ditambah dengan adanya Pasal 28D ayat (1) UUDNRI 1945 bahwa '*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan*

yang sama di hadapan hukum'. Kata '**setiap orang**' dalam Pasal 28D ayat (1) UUDNRI 1945 tidak sekadar mencakupi *citizen right* tetapi merupakan *equal right* bagi setiap orang dalam wilayah Republik Indonesia.

Maruarar Siahaan sependapat dengan dua hakim sebelumnya bahwa memaknai 'setiap orang' dalam Pasal 28 UUDNRI 1945 harus dibarengi dengan bagaimana instrumen internasional yang telah diratifikasi mengaturnya. Hal ini berkaitan dengan kewajiban pasca ratifikasi. 'Setiap orang' harus dimaknai dengan melihat Pasal 16 KIHSP yang berbunyi "*Everyone shall have the rights to recognition everywhere as person before the law*". Rumusan kata *everyone* dan *everywhere* memperjelas bahwa seorang manusia harus diakui haknya sebagai pribadi hukum, sehingga memiliki hak-hak hukum baik di negaranya maupun di negara lain. Pengakuan terhadap warga negara asing untuk mengajukan permohonan ke Mahkamah Konstitusi juga harus dilihat bahwa orang warga negara asing memang telah dihukum dengan undang-undang Indonesia, khususnya Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997. Adalah tidak adil jika mereka tidak diberi kesempatan untuk menggunakan mekanisme yang tersedia untuk memperjuangkan haknya, padahal mereka dirugikan oleh berlakunya salah satu undang-undang di Indonesia.

Berkaitan dengan persoalan *kedua* yaitu substansi permohonan, Achmad Roestandi berpendapat bahwa pembatasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28J ayat (2) tidak dapat dikenakan kepada tujuh hak yang diakui dalam Pasal 28I ayat (1). Jika pemahaman seperti ini dianggap benar, maka sesungguhnya penyusun Undang-Undang Dasar telah melakukan hal yang sia-sia dengan menaruh kalimat '**dalam keadaan apapun**'. Senada dengan Roestandi, Laica Marzuki juga menyatakan bahwa hak untuk hidup (sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28A dan Pasal 28I ayat(1) UUDNRI 1945) adalah termasuk *non-derogable rights* sehingga tidak dapat dikuangi, dicabut dan dinegasi atas alasan apapun. Laica Marzuki memberikan penekanan bahwa tidaklah mungkin ada

undang-undang (dalam hal ini Undang-Undang tentang Narkotika) yang dapat menegasi hak yang diakui di dalam Konstitusi. Selain penegasian ini dilakukan dengan tidak sederajat, hal ini juga bertentangan dengan prinsip Konstitusi khususnya Pasal 28A.

Maruarar Siahaan berpendapat bahwa dengan berpegang teguh pada UUDNRI 1945, dengan semangat serta nilai-nilai yang terkandung di dalamnya yang membentuk moralitas konstitusi bangsa, dapat dipahami bahwa hak untuk hidup yang disebut sebagai salah satu *non-derogable rights* yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, melahirkan simpulan bahwa UUDNRI 1945 tidak memberi hak pada negara untuk mengakhiri hidup seseorang --bahkan seorang yang melakukan pelanggaran hukum yang berat sekalipun-- dengan pidana mati yang diancamkan dalam undang-undang yang dibentuk oleh negara. Pembatasan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28J ayat (2) juga tidak dapat digunakan untuk mengurangi hak atas hak untuk hidup sebagai kategori hak yang paling tinggi dan paling penting serta melekat pada diri manusia.

Kesimpulan dari empat orang yang mengajukan *dissenting opinion* adalah *pertama*, warga negara asing, atas prinsip kesetaraan dan non diskriminasi, dapat dianggap memiliki *legal standing* untuk mengajukan permohonan di Mahkamah Konstitusi. *Kedua*, hukuman mati, karena bertentangan dengan Konstitusi dan semangat bersama umat manusia, harus dihapuskan dan ketentuan hukuman mati harus dinyatakan bertentangan dengan Konstitusi.

(3) Putusan tentang Undang-Undang Pencegahan Penodaan Agama

Putusan ini merupakan respon atas permohonan pengujian Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1/PNPS/1965 terhadap Pasal 28A dan

Pasal 28E ayat (1) dan (2), Pasal 28I ayat (1), dan Pasal 29 ayat (2) 28J ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945. Pemohon mendalilkan bahwa ketentuan pelarangan ekspresi penafsiran yang menyimpang dari ajaran pokok agama di depan umum adalah bertentangan dengan Konstitusi. Majelis hakim Mahkamah Konstitusi kemudian memeriksa dan memberikan putusan berupa penolakan permohonan tersebut.

Pertimbangan putusan diambil dengan suara mayoritas, dengan dua orang hakim yang menyatakan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Mayoritas hakim tersebut antara lain Moh. Mahfud MD, Achmad Sodiki, M. Arsyad Sanusi, M. Akil Mochtar, Muhammad Alim, Ahmad Fadlil Sumadi, dan Hamdan Zoelva Sedangkan dua orang hakim yang mengajukan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*) adalah Harjono dan Maria Farida Indrati.

Perdebatan tentang substansi permohonan ini dapat dipersempit ke dalam dua aspek dari hak atas kebebasan bergama yaitu kebebasan internal atau dimensi batin (*forum internum*) dan kebebasan beragama dalam bentuk ekspresi lahir (*forum ekstranum*).

Pada kesempatan lain, majelis secara tegas mengatakan bahwa Indonesia tidak akan membolehkan kampanye anti agama atau kampanye untuk tidak beragama. Inilah yang menjadi ciri khas kebebasan beragama menurut perspektif hukum Indonesia. Secara tegas majelis juga menyatakan bahwa keberadaan ‘nilai-nilai agama’ sebagai alasan membatasi hak asasi manusia adalah khas Indonesia yang berbeda dengan norma universal sebagaimana diatur dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP). Paradigma tersebut terlihat dalam pertimbangan di bawah ini.²⁵

Dalam kerangka pemikiran seperti diuraikan di atas, pembatasan hak asasi manusia atas dasar pertimbangan “*nilai-nilai agama*”

²⁵ *Ibid.*, hlm. 276.

sebagaimana disebutkan dalam Pasal 28J ayat (2) UUD 1945 merupakan salah satu pertimbangan untuk membatasi pelaksanaan hak asasi manusia. Hal tersebut berbeda dengan Article 18 ICCPR yang tidak mencantumkan nilai-nilai agama sebagai pembatasan kebebasan individu.

Berkaitan dengan perdebatan *forum internum* dan *forum ekstranum*, majelis hakim nampak berusaha untuk mengatakan bahwa aspek kebebasan internal atau dimensi batin (*forum internum*) dari kebebasan beragama adalah kebebasan mutlak yang tidak boleh dicampuri oleh negara. Namun pada kesempatan yang lain, majelis mengunci perdebatan tersebut dengan mengatakan bahwa kebebasan untuk menafsirkan pada dimensi internal (*forum internum*) tetaplah harus dilakukan berdasarkan pokok-pokok ajaran agama. Pandangan ini terlihat pada pertimbangan di bawah ini.²⁶

Tafsir dapat memberikan keyakinan terhadap sesuatu hal, sehingga tafsir dapat mengarah kepada kebenaran maupun berpotensi kepada terjadinya kesalahan. Walaupun penafsiran keyakinan atas ajaran agama merupakan bagian dari kebebasan yang berada pada *forum internum*, namun penafsiran tersebut haruslah berkesesuaian dengan pokok-pokok ajaran agama melalui metodologi yang benar berdasarkan sumber ajaran agama yang bersangkutan yaitu kitab suci masing-masing, sehingga kebebasan melakukan penafsiran terhadap suatu agama tidak bersifat mutlak atau absolut.

Majelis hakim merujuk pada Pasal 18 ayat (3) Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik untuk membenarkan argumennya. Demi kejelasan maksud pada perdebatan ini, berikut bunyi lengkap Pasal 18

²⁶ *Ibid.*, hlm. 288-289.

ayat (3) KIHSP:

Kebebasan ***menjalankan*** agama atau kepercayaan seseorang hanya hanya dapat dibatasi oleh ketentuan berdasarkan hukum, dan yang diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan, atau moral masyarakat, atau hak dan kebebasan mendasar orang lain.

Kata '***menjalankan***' pada Pasal di atas sengaja ditulis *cursive* dan ***bold*** sebagai penanda bahwa kata tersebut memiliki implikasi yang cukup besar pada masalah kebebasan beragama. Pemahamannya adalah bahwa yang boleh dibatasi dalam konteks kebebasan beragama adalah bagaimana '***menjalankan***' agama atau kepercayaan. Artinya menurut Pasal tersebut, pembatasan hanya dapat dilakukan pada dimensi praksis dari atau ekspresi lahir dalam upaya menjalankan agama, yang berarti pada dimensi *forum ekstranum*. Penggunaan Pasal tersebut untuk membenarkan pembatasan pada dimensi batin (*forum intternum*) adalah tidak tepat.

Hukum yang berlaku pada konteks kebebasan batin (*forum intternum*) adalah Pasal 18 ayat (1) *jo.* Pasal 4 ayat (2) KIHSP. Pasal 18 ayat (1) KIHSP berbunyi:

Setiap orang ***berhak atas kebebasan berfikir, berkeyakinan dan beragama***. Hak ini mencakup kebebasan untuk menganut atau menetapkan agama atau kepercayaan atas pilihannya sendiri, dan kebebasan, baik secara mandiri maupun bersama-sama dengan orang lain, baik di tempat umum atau tertutup, untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penataan, pengamalan, dan pengajaran.

Hak yang diakui pada Pasal di atas merupakan hak yang *non-derogable* sebagaimana dimaksud dan diakui oleh Pasal 4 ayat (2) KIHSP yang berbunyi:

Pengurangan kewajiban atas Pasal 6, 7, 8 (ayat 1 dan 2), 11, 15, 16 dan 18 sama sekali tidak dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan ini.

Berangkat dari alur pemikiran di atas, maka pembatasan sebagaimana diatur pada Pasal 18 ayat (3) hanya dapat dilakukan pada konteks *kebebasan untuk menjalankan agama dan kepercayaannya dalam kegiatan ibadah, penataan, pengamalan, dan pengajaran*. Sedangkan hak atas kebebasan untuk berfikir, berkeyakinan dan beragama adalah hak yang tidak dapat dibatasi dengan alasan sebagaimana diakui oleh Pasal 18 ayat (3) KIHSP.

Majelis hakim nampaknya menggunakan dalih budaya untuk memutus perkara ini. Hal ini terlihat terlihat dari bagaimana majelis hakim mendefinisikan nilai-nilai agama sebagai nilai publik. Hal tersebut dapat dilihat dalam pertimbangan berikut:²⁷

“... pembatasan mengenai nilai-nilai agama sebagai nilai-nilai komunal (*communal values*) masyarakat adalah pembatasan yang sah menurut konstitusi. Tradisi keagamaan di Indonesia memang memiliki kekhasan dan keunikan yang memang tidak dapat diintervensi oleh negara ...”

Berbeda dengan mayoritas hakim, Harjono dan Maria Farida Indrati menyatakan pendapat yang berbeda (*dissenting opinion*). Pandangan pokok dari kedua orang hakim ini adalah sebagai berikut.

Harjono berpendapat bahwa perdebatan tentang Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama ketika dihubungkan dengan kebebasan beragama dalam Undang-Undang Dasar akan memunculkan dua unsur penting yaitu perlindungan agama di satu pihak dan hak kebebasan meyakini kepercayaan di pihak lain. Berdasarkan prinsip negara

²⁷ *Ibid.*, hlm. 295.

hukum, kedua unsur ini harus dipadukan. Persoalan yang muncul adalah penerapan Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama secara harfiah (*leterlijke*) semata baik susunan kata dari pasal maupun penjelasan dan tanpa mengaitkan dengan konteks kekininan dapat menimbulkan ketidakseimbangan untuk menciptakan formula yang justru tidak menegaskan kedua unsur tersebut.

Penjelasan Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama dikatakan bahwa kalimat 'di muka umum' diartikan dengan perumusan yang lazim digunakan oleh Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Artinya kalimat 'di muka umum' dimaknai di depan satu orang atau lebih termasuk di hadapan umatnya sendiri. Bagaimana jika seorang penceramah menyampaikan penafsiran ajaran agama lain, yang berbeda dengan pokok ajaran tersebut, di depan jamaahnya sendiri? Rumusan pasal ini terlihat memiliki ambiguitas yang sangat tinggi, sehingga bertentangan dengan asas kejelasan (*lex certa*) penyusunan undang-undang. Harjono kemudian mengusulkan kepada *positive legislator* atau Dewan Perwakilan Rakyat untuk merevisi pasal tersebut untuk menghindari penafsiran yang sewenang-wenang. Namun dengan alasan menjaga agar tidak terjadi kekosongan hukum, Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama tidak perlu dinyatakan bertentangan dengan Konstitusi.

Maria Farida Indrati memberikan analisis yang jauh lebih tegas. Maria Farida Indrati dengan tegas menyatakan bahwa kebebasan internal (*forum internum*) yang menyangkut eksistensi spiritual yang melekat pada setiap individu adalah kebebasan yang dimiliki setiap orang untuk meyakini, berfikir, dan memilih agama atau keyakinannya, juga kebebasan untuk mempraktekkan agama atau keyakinannya secara privat, sehingga kebebasan internal ini tidak dapat diintervensi oleh negara.

Selain pertimbangan di atas, Maria Farida menyatakan bahwa Konstitusi sesungguhnya telah memberikan perlindungan dengan tegas

kepada pemeluk aliran kepercayaan dengan adanya Pasal 28E ayat (2) UUDNRI 1945 yang berbunyi: “Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.”

Maria Farida melihat bahwa Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama telah dengan jelas memunculkan diskriminasi. Kesimpulan tersebut muncul dari dua hal antara lain:

1. Penjelasan Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama *“Terhadap badan/aliran kebatinan, Pemerintah berusaha menyalurkannya ke arah pandangan yang sehat dan ke arah ke-Tuhanan Yang Maha Esa ...”* Penjelasan Pasal ini menunjukkan bahwa terdapat perlakuan yang tidak sama (diskriminatif) antara agama Islam, Kristen, Katolik, Hindu, Buddha, serta Khong Hu Cu (Confusius), dan agama-agama lainnya, terutama terhadap badan/aliran kebatinan. Penjelasan Pasal di atas juga telah memberikan kewenangan kepada negara untuk masuk ke ranah internal (forum internum) menyangkut eksistensi spiritual yang melekat pada setiap individu (dalam hal ini badan/aliran kebatinan).
2. Penjelasan Pasal 3 Undang-Undang *a quo* menetapkan bahwa, *“Pemberian ancaman pidana yang diatur dalam pasal ini, adalah tindakan lanjutan terhadap anasir-anasir yang tetap mengabaikan peringatan tersebut, dalam Pasal 2. Oleh karena aliran kepercayaan biasanya tidak mempunyai bentuk seperti organisasi/perhimpunan, dimana mudah dibedakan siapa pengurus dan siapa anggotanya, maka mengenai aliran-aliran kepercayaan, hanya penganutnya yang masih terus melakukan pelanggaran dapat dikenakan pidana, sedang pemuka aliran sendiri yang*

menghentikan kegiatannya tidak dapat dituntut.

3. Penekanan bahwa hanya penganutnya yang dapat dikenakan pidana jelas-jelas merupakan bentuk diskriminasi langsung. Maria Farida juga memberikan penekanan bahwa dalam praktiknya Pasal 1 Undang-Undang tentang Pencegahan Penodaan Agama seringkali diterapkan secara sewenang-wenang.

Berdasarkan pertimbangan di atas, Maria Farida Indrati menyatakan bahwa seharusnya permohonan para pemohon dikabulkan untuk seluruhnya.

E. Analisis Umum terhadap Perspektif Mahkamah Konstitusi

Mahkamah Konstitusi nampaknya berpandangan bahwa keberadaan Pasal 28J ayat (2) UUDNRI 1945 adalah pembatasan yang dapat diterapkan kepada seluruh kategori hak yang diatur dan diakui dalam Pasal 28A-Pasal 28I. Pandangan ini berangkat dari sekian banyak putusan yang menyangkut kategori hak-hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) sebagaimana diatur dalam Pasal 28I ayat (1) yang ditafsirkan bukanlah merupakan hak mutlak dan tetap dapat dikenai pembatasan. Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa kemutlakan hak tidak dapat dibenarkan. Bagaimana jika ada kategori hak yang bertentangan dengan 'nilai-nilai agama'? Pertanyaan tersebut mengemuka pada pertimbangan putusan Mahkamah Konstitusi tentang pembelakuan hukum secara surut.²⁸

Padangan di atas, menurut Mahkamah Kontitusi didasarkan pada pola penafsiran sistematis (*systematic interpretation*) dan penafsiran sejarah (*original intent*). **Penafsiran sistematis** dimaknai bahwa pemahaman

²⁸ Putusan Nomor 065/PUU-II/2004.

satu pasal harus dibarengi dengan memahami pasal yang lain. Hasilnya, pemahaman Pasal 28I ayat (1) harus dibarengi dengan memahami Pasal 28J ayat (2) yang kongklusinya adalah bahwa seluruh kategori hak asasi manusia dapat dikenai pembatasan. **Penafsiran sejarah** ini dilakukan dengan mengacu pada pandangan para penyusun perubahan Undang-Undang Dasar khususnya Pasal 28. Mahkamah Konstitusi mengklaim bahwa penyusun perubahan Undang-Undang Dasar khususnya Pasal 28 menghendaki agar Pasal 28J ayat (2) diposisikan sebagai klausula pembatasan terhadap seluruh hak yang diakui sebelumnya.

Pada posisi ini, Mahkamah Konstitusi gagal menjelaskan konsepsi teoritis mengenai penggunaan Pasal 28J ayat (2) dengan tiga kategori hak *non-derogable* yaitu hak untuk hidup, hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut dan hak atas kebebasan beragama. Kegagalan itu terjadi karena Mahkamah Konstitusi tidak memerinci mengenai pertimbangan moral dan nilai-nilai agama seperti apa yang dilanggar dengan berlakunya hak-hak tertentu tersebut? Mahkamah Konstitusi menggunakan Pasal 28J ayat (2) khususnya menyangkut ‘nilai-nilai agama’ dengan cara ‘membabi buta’ (*extra extensive*) dan menggunakan Pasal tersebut sebagai ‘sapu jagat’. Hasilnya, Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia, sesungguhnya, tidak mengenal kategori hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable*), dan oleh karenanya kalimat ‘.. dalam keadaan apapun...’ sebagaimana diatur dalam Pasal 28I ayat (1) adalah ketentuan yang sia-sia dan tidak memiliki implikasi hukum.

Secara umum Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa pada pokoknya, hak asasi manusia adalah tidak mutlak dan dapat dibatasi berdasarkan ketentuan Pasal 28J ayat (2) termasuk hak-hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) sebagaimana diakui di dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 dan Pasal 4 ayat (2) Undang-Undang Nomor 12 tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik.

Klaim tersebut perlu dipertanyakan mengingat pada masa pembahasan rencana perubahan Undang-Undang Dasar khususnya Pasal 28 yang terjadi antara tahun 1999-2002, sebenarnya tidak ada pernyataan tunggal mengenai klaim tersebut. Valina Sinka Subekti dari F-UG menyatakan bahwa :

...prinsip yang kedua, adalah ada hak yang namanya *non-derogable rights*, yaitu hak yang tidak boleh dicabut oleh siapapun. Kami mengusulkan supaya *non-derogable rights* ini harus dirumuskan dan ditegaskan bahwa hak-hak ini harus dijamin dan dilindungi oleh negara, tidak boleh dicabut oleh siapapun. *Non-derogable* ini antara lain hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di depan hukum dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.²⁹

Pandangan senada juga dikatakan oleh penyusun lain seperti Hendy Tjaswadi dan Taufiqurrahman Ruki dari FTNI/POLRI,³⁰ dan Slamet Efendi Yusuf dari F-PG yang mengatakan:³¹

Selain itu kami juga nanti akan mengusulkan, agar di dalam masalah ini juga dimasukkan penegasan tentang hak-hak yang berkaitan dengan hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun, jadi *non-derogable rights*. Itu sangat penting, olehkarena bagaimanapun juga di masa-masa yang lalu hal-hal yang semacam ini di dalam kehidupan masyarakat dunia, khususnya lagi di dalam masyarakat kita, kurang diperhatikan. Mahkamah Konstitusi juga terlihat tidak konsisten dalam persoalan

²⁹ ---, *Naskah Komprehensif, ... op. cit.*, hlm. 174.

³⁰ *Ibid.*, hlm. 136, 139.

³¹ *Ibid.*, hlm. 177.

klasifikasi *non-derogable rights* ini. Pada perkara lain, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa Pasal 28J ayat (2) tidak dapat diberlakukan pada hak-hak yang diakui dalam Pasal 28I ayat (1). Hal ini dapat dilihat pada Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 013/PUU-I/2003 tentang Pengujian Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2003 tentang pemberlakuan Penetapan Perpu Nomor 2 Tahun 2002 tentang Pemberlakuan Perpu Nomor 1 Tahun 2002 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme pada Peristiwa Peledakan Bom Bali tanggal 12 Oktober 2002 menjadi Undang-Undang. Mayoritas hakim waktu itu berpendapat, mengacu pada pendapat ahli Dr. Maria Farida Indrati, S.H. (saat ini Profesor dan menjadi hakim Mahkamah Konstitusi), bahwa pembatasan atas hak asasi manusia sebagaimana diatur oleh Pasal 28J Ayat (2) UUD 1945 tidak dapat diberlakukan pada hak-hak asasi manusia yang diatur dalam Pasal 28I Ayat (1) UUD 1945, karena adanya frasa “*dalam keadaan apapun*”.³²

F. Kesimpulan

Berdasarkan analisis di atas, terdapat dua kesimpulan penting mengenai diskursus tentang hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) dan hak yang dapat dikurangi (*derogable rights*). Dua kesimpulan tersebut adalah:

- (1) Pada konteks peraturan perundang-undangan, sesungguhnya konsepsi hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) di dalam undang-undang di Indonesia khususnya Pasal 28I ayat (1) UUD 1945 telah sejalan dengan konsepsi Pasal 6 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) dengan mengurangi satu kategori hak yaitu hak untuk tidak dipenjara semata-mata atas dasar ketidakmampuan untuk memenuhi suatu kewajiban kontraktualnya.

³² Putusan Nomor 013/PUU-I/2003, hlm. 42

- (2) Mahkamah Konstitusi Mengaburkan konsep hak yang tidak dapat dikurangi (*non-derogable rights*) yang sesungguhnya telah diletakkan secara benar oleh Undang-Undang Dasar 1945. Untuk mengatasi interpretasi yang ekstra ekstensif sebagaimana dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi dalam menggunakan Pasal 28J ayat (2), maka penulis mengusulkan agar Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945 diamandemen ulang dengan cara adendum yaitu menambah satu ayat dalam Pasal 28J dengan ayat (3) yang rumusannya adalah sebagai berikut:

Pasal 28J ayat (3):

Pembatasan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) tidak berlaku bagi hak-hak yang diakui dalam Pasal 28I ayat (1) Undang-Undang Dasar.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Abdullahi A. An-Na'im, *'Shari'a and Basic Human Rights Concerns' dalam Liberal Islam A Sourcebook*, Oxford University Press, New York, 1998.

Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and Internasional Law*, diterjemahkan oleh Ahmad Suaedy dan Amirudin ar-Rany, *Dekonstruksi Syari'ah, Wacana Kebebasan Sipil, Hak Asasi Manusia, dan Hubungan Internasional dalam Islam*, LKiS, Yogyakarta, 2004.

Ifdal Kasim (editor), *Hak Sipil dan Politik, Esai-Esai Pilihan*, eLSAM, Jakarta, 2001.

Knut D. Asplun, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (Editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008.

Manfred Nowak, *Introduction to The International Human Rights Regime*, Nijhoff Publishers, Leiden, 2003.

Pranoto Iskandar, *Hukum HAM Internasional, Sebuah Pengantar Konseptual*, IMR Press, 2010.

Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan! Politik Hukum HAM Era Reformasi*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2011.

---, *Naskah Komprehensif Perubahan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945, latar Belakang, Proses dan Hasil Pembahasan 1999-2002*, buku VIII, diterbitkan oleh Sekretariat Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, 2008.

Putusan Mahkamah Konstitusi

Putusan Nomor 065/PUU-II/2004 tentang Pemberlakuan Hukum Secara Surut

Putusan Nomor 2-3/PUU-V/2007 tentang Hukuman Mati

Putusan Nomor 140/PUU-VII/2009 tentang Undang-Undang Penodaan Agama

PEMENUHAN HAK POLITIK PEREMPUAN MELALUI *AFFIRMATIF ACTION*

Lies Ariany¹

A. Mengapa Perempuan?

Budaya, sistem sosial, sistem politik hingga masalah kemiskinan masih menjadi beberapa kendala dalam partisipasi perempuan. Oleh karenanya dibutuhkan sebuah usaha yang lebih strategis agar dapat mengubah kondisi tersebut. Memasuki wilayah strategis berarti memasuki wilayah pengambilan kebijakan alternatif yang “bersahabat” dengan perempuan.² Salah satu cara yang dipilih adalah perempuan masuk menjadi bagian dari pengambil kebijakan dan legislasi atau dengan memperkuat kontrol dan akses perempuan di wilayah tersebut. Menjadi bagian dari pengambil kebijakan dan legislasi adalah aspek yang menentukan arah pembangunan. Jika menginginkan keadilan pengaturan sumber daya bagi laki-laki dan perempuan secara adil maka salah satu jalan yang diambil adalah ikut terlibat secara langsung dalam setiap proses pengambilan keputusan di legislatif.

Partisipasi politik perempuan merupakan salah satu prasyarat terlaksananya demokrasi. Sebuah sistem politik yang sehat menghendaki terbukanya saluran-saluran komunitas politik sebagai bentuk partisipasi politiknya warga masyarakat. Komunitas politik ini akan mengalirkan pesan-pesan politik berupa tuntutan, protes, dukungan (aspirasi dan kepentingan) ke pusat pemrosesan sistem politik, dan hasil pemrosesan ini menjadi *feed back* sistem politik. Terbukanya saluran-saluran komunitas politik ini pada akhirnya dapat merubah kebijakan-kebijakan yang dibuat oleh alat kelengkapan negara (pemerintah) menjadi kebijakan yang

¹ Lies Ariany, S.H., M.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Lambung Mangkurat, Banjarmasin.

² 'Politik dan Keterwakilan Perempuan', *Jurnal Perempuan* 34, 2004, hlm. 84.

berdimensi aspiratif dan partisipatif terhadap kepentingan-kepentingan masyarakat tanpa diskriminasi terhadap etnis, status sosial, ekonomi, jenis kelamin, agama dan status sosial lainnya.³

Partisipasi perempuan dalam politik merupakan suatu kebutuhan riil demi mengakomodir kepentingan perempuan. Partisipasi tersebut membutuhkan keterlibatan aktif dari perempuan dalam pengambilan kebijakan yang akan berdampak baik langsung maupun tidak langsung bagi kepentingan perempuan. Pengambilan kebijakan yang memerlukan keterlibatan dan peran serta dari perempuan misalnya menyangkut isu-isu kesehatan reproduksi seperti program keluarga berencana, masalah kehamilan, aborsi, kematian ibu dan anak pada saat melahirkan, masalah keluarga, pendidikan anak, masalah tenaga kerja wanita, kekerasan dalam rumah tangga, masalah pelecehan seksual (perkosaan), masalah perdagangan perempuan dan anak di bawah umur (*trafficking*), penanggulangan dan penanganan masalah prostitusi, perkawinan dan lain sebagainya.

Keterlibatan atau partisipasi perempuan dalam proses pembuatan keputusan menjadi sangat penting. Hal ini harus dilakukan untuk menghindari dan mencegah adanya diskriminasi terhadap perempuan atau apa yang sering disebut sebagai ketidakadilan gender. Bentuk ketidakadilan gender yang sering terjadi antara lain:

1. Marjinalisasi (peminggiran/pemiskinan) perempuan

Proses marjinalisasi (peminggiran/pemiskinan) yang mengakibatkan kemiskinan banyak terjadi dalam masyarakat di negara berkembang, seperti penggusuran dari kampung halamannya, eksploitasi, dan sebagainya. Namun pemiskinan atas perempuan dan laki-laki yang disebabkan karena jenis kelaminnya adalah merupakan salah satu bentuk ketidakadilan

³ Tetti Samosir, *Keterwakilan Perempuan Di Dewan Perwakilan Rakyat Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, Tesis pada Program Pascasarjana UNPAD, Bandung, 2005, hlm. 36.

yang disebabkan gender. Ada beberapa perbedaan jenis dan bentuk, tempat dan waktu, serta mekanisme proses marginalisasi kaum perempuan karena perbedaan gender tersebut. Dari segi sumbernya bisa berasal dari kebijakan pemerintah, keyakinan, tafsiran agama, keyakinan tradisi dan kebiasaan atau bahkan asumsi ilmu pengetahuan.

2. Subordinasi

Subordinasi pada dasarnya adalah keyakinan bahwa salah satu jenis kelamin dianggap lebih penting atau lebih utama dibanding jenis kelamin lainnya. Sudah sejak dulu ada pandangan yang menempatkan kedudukan dan peran perempuan lebih rendah daripada laki-laki. Subordinasi karena gender terjadi dalam segala macam bentuk yang berbeda dari tempat ke tempat dan dari waktu ke waktu. Pandangan gender ternyata bisa menimbulkan subordinasi terhadap perempuan. Anggapan bahwa perempuan itu irrasional atau emosional membuat perempuan tidak bisa tampil memimpin, sehingga berakibat munculnya sikap yang menempatkan perempuan pada posisi yang tidak penting.

3. Pelabelan atau penandaan (*stereotype*)

Pelabelan atau penandaan (*stereotype*), yang sering kali bersifat negatif, secara umum selalu melahirkan ketidakadilan. Salah satu jenis *stereotype* yang melahirkan ketidakadilan dan diskriminasi bersumber dari pandangan gender karena menyangkut pelabelan atau penandaan terhadap salah satu jenis kelamin tertentu. Misalnya, penandaan yang berawal dari asumsi bahwa perempuan bersolek adalah dalam rangka memancing perhatian lawan jenisnya, maka pada setiap kasus kekerasan atau pelecehan seksual selalu dikaitkan dengan *stereotype* ini. Bahkan jika ada kasus perkosaan yang dialami

oleh perempuan, masyarakat akan cenderung menyalahkan perempuan yang menjadi korbannya. Pandangan umum yang lain adalah anggapan bahwa tugas utama kaum perempuan adalah melayani suami. *Stereotype* ini berakibat wajar sekali jika pendidikan kaum perempuan selalu dinomorduakan. *Stereotype* terhadap kaum perempuan ini terjadi dimana-mana. Ada banyak peraturan pemerintah, aturan keagamaan, kultur dan kebiasaan masyarakat yang dikembangkan karena *stereotype* tersebut.

4. Kekerasan (*violence*)

Kekerasan adalah serangan atau invasi (*assault*) terhadap fisik maupun integritas mental psikologis seseorang. Kata kekerasan merujuk pada sebuah situasi yang kasar, menyakitkan dan menimbulkan efek (dampak) negatif. Namun kebanyakan orang hanya memahami kekerasan sebagai suatu bentuk kekerasan fisik yang kasar, keras dan penuh kekejaman, sehingga bentuk perilaku opresif (menekan) lain yang bentuknya tidak berupa perilaku fisik menjadi tidak dihitung sebagai suatu bentuk kekerasan. Kekerasan pada dasarnya adalah sebuah bentuk perilaku, baik verbal maupun non verbal yang dilakukan oleh seseorang atau sekelompok orang terhadap seseorang atau sekelompok orang lainnya, sehingga menyebabkan efek negatif secara fisik, emosional dan psikologis terhadap orang yang menjadi sasaran. Kekerasan terhadap perempuan adalah segala bentuk tindak kekerasan yang berbasis gender yang mengakibatkan atau akan mengakibatkan rasa sakit atau penderitaan terhadap perempuan, termasuk ancaman, paksaan, pembatasan kebebasan, baik yang terjadi di area publik maupun domestik. Kekerasan terhadap sesama manusia pada dasarnya berasal

dari berbagai sumber, namun salah satu kekerasan terhadap satu jenis kelamin tertentu disebabkan oleh anggapan gender. Kekerasan yang disebabkan oleh bias gender ini disebut *gender related violence*. Pada dasarnya kekerasan gender disebabkan oleh ketidaksetaraan kekuatan yang ada dalam masyarakat. Kekerasan terhadap perempuan yang disepakati secara internasional adalah setiap tindakan berdasarkan perbedaan jenis kelamin yang berakibat kesengsaraan atau penderitaan perempuan secara fisik, seksual dan psikologis, termasuk ancaman tindakan tertentu, pemaksaan atau perampasan kemerdekaan secara sewenang-wenang, baik yang terjadi di depan umum atau dalam kehidupan pribadi (Deklarasi Anti Kekerasan terhadap Perempuan, Pasal 1).

Melihat permasalahan yang dihadapi oleh perempuan dewasa ini maka perlu diimbangi dengan peningkatan partisipasi perempuan pada wilayah pengambilan kebijakan. Sebagaimana terdapat pendapat yang mengatakan bahwa hanya perempuanlah yang benar-benar dapat memahami kebutuhan perempuan. Untuk itulah kiranya perlu bagi perempuan untuk turut serta dalam pembangunan sebagai bentuk pemberdayaan perempuan.

Pemberdayaan perempuan dan kesetaraan gender merupakan masalah hak asasi manusia dan ketidakadilan sosial dan salah apabila dipersepsikan sebagai isu perempuan saja, karena masalah dan kondisi sosial tersebut merupakan persyaratan dalam proses pembangunan masyarakat yang adil dan kesejahteraan rakyat yang berkelanjutan.⁴

Indonesia, sebagai sebuah negara yang menyatakan bahwa dirinya adalah negara hukum, maka jaminan hak asasi manusia, termasuk pula dalam hal ini jaminan terhadap hak asasi perempuan, harus ada di

⁴ Saparinah Sadli dalam Tapi Omas Ihromi, dkk, *Penghapusan Diskriminasi Terhadap Wanita*, Alumni, Bandung, 2006, hlm. 7.

dalam konstitusinya. Istilah hak asasi perempuan muncul seiring dengan kesadaran perlunya perhatian khusus dan perlindungan khusus bagi kaum perempuan di samping konsep hak asasi manusia secara umum karena banyaknya permasalahan dan persoalan yang dialami kaum perempuan seperti kekerasan fisik dan psikis, diskriminasi di berbagai bidang kehidupan, kemiskinan, ketertinggalan dan lain-lain. Oleh karenanya dalam beberapa kajian dan pengaturan, perempuan dimasukkan dalam kelompok yang *vulnerable*, bersama-sama dengan kelompok anak, kelompok minoritas dan kelompok rentan lainnya.⁵

Instrumen hukum nasional menyatakan bahwa perempuan dan laki-laki mempunyai hak yang sama. Ketentuan ini dapat dilihat pada ketentuan Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 yang menyebutkan “Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya.” Ketentuan tersebut dipertegas dalam Pasal 28 C ayat (2) UUD 1945 yang berbunyi, “Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya”. Selanjutnya dalam Pasal 28 D ayat (3) UUD 1945 dinyatakan bahwa “Setiap warga negara berhak memperoleh kesempatan yang sama dalam pemerintahan”.

Pada tataran praktik, hingga saat ini perempuan masih termarjinalkan. Kondisi tersebut didorong oleh kondisi yang bersifat kultural (terkait dengan nilai budaya patriarkis) sekaligus bersifat struktural (dimapankan oleh tatanan sosio politik yang). Cara mengatasi kondisi tersebut, diperlukan tindakan pemihakan yang jelas dan nyata guna mengurangi kesenjangan gender di berbagai bidang pembangunan. Hal ini menjadi tantangan bagi usaha pemberdayaan perempuan, dan tentunya harus disikapi oleh pemerintah dengan adanya *political-will*

⁵ Niken Savitri, *HAM Perempuan, Kritik Teori Hukum Feminis terhadap KUIHP*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 3.

dengan cara memberi kesempatan, peluang, melalui kebijakan-kebijakan yang bersifat afirmatif, sehingga ke depan, usaha pemberdayaan perempuan akan berhasil. Paradigma kesetaraan dan keadilan gender perlu ditindaklanjuti dengan suatu tindakan yang lebih nyata dan memadai dengan mengintegrasikan pengarusutamaan gender (*gender mainstreaming*) dalam setiap perumusan kebijakan.

B. Demokrasi, Partisipasi Politik dan Pemberdayaan Perempuan

Sebagai suatu bentuk penyelenggaraan pemerintahan, demokrasi begitu populer dan menjadi obsesi hampir semua masyarakat beradab di dunia hingga saat ini. Sebab, demokrasi dipandang sebagai suatu bentuk dan cara menyelenggarakan pemerintahan yang terbaik oleh setiap negara yang mengklaim dan menyebut dirinya modern. Karena itu, pemerintah negara dimana pun, termasuk rezim-rezim totaliter berusaha meyakinkan komunitas dunia bahwa pemerintah negara tersebut menganut sistem politik demokratis atau sekurangnya tengah berproses ke arah itu.⁶

Selama empat puluh tahun terakhir, demokrasi di Indonesia dibelenggu bahkan dimatikan. Akibatnya anggota masyarakat kurang terbiasa dengan tingkah laku dan mekanisme demokrasi. Untuk menjamin agar semua perangkat politik, baik pada tataran lembaga perwakilan maupun masyarakat menjadi berdaya, maka diperlukan upaya perlu pemulihan demokrasi. Melalui demokrasi dapat ditumbuhkan sikap bertanggung jawab. Tanpa demokrasi, perangkat-perangkat politik dan sosial akan lumpuh, tidak berdaya karena tidak ada kebebasan dan keterbukaan.⁷

⁶ I Gde Pantja Astawa, *Hak Angket dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia Menurut Undang-Undang Dasar 1945*, Disertasi pada Program Pascasarjana UNPAD, Bandung, 2000, hlm. 67.

⁷ Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum Fakultas Hukum UII, Yogyakarta, 2005, hlm. 64.

Demokrasi sendiri menghendaki persamaan atau kesamaan hak-hak dalam menjalankan peran politik dalam konteks negara. Kesamaan hak-hak politik ini esensial dalam kuantitas kemanusiaannya (subjek otonom) sebagai seorang individu yang bebas. Demokrasi mengabaikan adanya perbedaan intrinsik kualitatif yang ada dalam masyarakat. Pada tataran implementasinya, secara prosedural kesamaan atau kesetaraan politik ini dimanifestasikan dalam prinsip “*one man one vote*”.⁸ Tanpa memandang jabatan, status seseorang, apakah seorang individu itu pedagang atau negarawan maupun juga tanpa memandang laki-laki dan perempuan karena sama-sama hanya memiliki satu suara dalam konteks pemilihan atau pelaksanaan hak-hak politik (*political equality*).

Demokrasi yang menempatkan rakyat sebagai subjek memiliki konsekuensi pada tata cara proses pengambilan kebijakan negara (undang-undang) dan proses pengambilan keputusan (*decision making process*). Pemerintah yang berasal dari rakyat, melaksanakan apa yang menjadi kehendak rakyat yang dimanifestasikan dalam proses pengambilan keputusan yang bersifat *bottom up*. Demokrasi tidak mengenal kebijakan yang berasal dari kehendak dan kepentingan kekuasaan. Seluruh kebijakan harus berasal dari kehendak aspirasi yang berkembang di masyarakat (rakyat).⁹

Dapat juga dikemukakan bahwa negara demokratis atau yang berkedaulatan rakyat adalah negara atau pemerintahan yang memberdayakan rakyat, sehingga rakyat berkemampuan untuk menentukan hidup atau masa depannya sendiri. Oleh karena itu sistem politik atau pemerintahan yang dibangun seharusnya memberi kemampuan kepada rakyat untuk dapat mengarahkan dan mengontrol

⁸ Hendra Nurjathjo, *Visi Bernegara Arsitektur Konstitusi Demokratik Mengapa Ada Negara Yang Gagal Melaksanakan Demokrasi*, Fokusmedia, Bandung, 2007, hlm. 79.

⁹ Hendarmin Ranadireksa, *Visi Bernegara Arsitektur Konstitusi Demokratik: Mengapa Ada Negara Yang Gagal Melaksanakan Demokrasi*, Fokusmedia, Bandung, 2007, hlm. 84.

jalannya pemerintahan.¹⁰ Rakyat juga bertanggungjawab tentang caranya menentukan nasibnya. Sehingga menurut Mohammad Hatta, rakyat harus mempunyai keinsyafan politik. Jika rakyat tidak mempunyai keinsyafan politik maka rasa tanggungjawab akan kurang dan pada gilirannya bagaimana mungkin rakyat dapat melaksanakan kedaulatannya jika tidak mengerti akan tanggungjawab.¹¹

Hakekat demokrasi adalah rakyatlah yang mempunyai kekuasaan tertinggi, rakyatlah yang menentukan corak dan cara pemerintahan, dan rakyatlah yang menentukan tujuan yang hendak dicapai. Dalam negara modern seperti sekarang ini, dimana jumlah penduduknya sudah banyak, dan wilayahnya cukup luas, adalah tidak mungkin untuk meminta pendapat rakyat seorang demi seorang dalam menentukan jalannya pemerintahan kecuali dalam pemilu. Jawaban persoalan tersebut adalah munculnya demokrasi perwakilan.

Bagi perempuan konsep demokrasi bisa menjadi satu hal yang sangat diharapkan, walaupun apabila dilihat dari sejarahnya konsep demokrasi yang diwariskan Yunani Kuno jelas tidak mengikutkan perempuan dan budak di dalamnya. Namun demikian, pada masa sekarang ini masyarakat dapat dikatakan demokratis jika dalam peri kehidupannya menghargai hak asasi manusia secara adil dan setara, mengakui dan memajukan kebebasan. Penghargaan terhadap hak yang adil dan setara tersebut tercermin adanya penghargaan terhadap perbedaan-perbedaan yang ada, khususnya terhadap kelompok-kelompok minoritas. Hal ini juga mencakup adanya jaminan partisipasi politik bagi semua warga. Partisipasi dalam sistem politik merupakan tugas yang kompleks dan menantang, khususnya bagi sektor-sektor masyarakat yang secara tradisional termarjinalkan. Perempuan mewakili salah satu kelompok

¹⁰ M. Arief Nasution, *Demokratisasi dan Problema Otonomi Daerah*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hlm.10.

¹¹ Mohammad Hatta, *Demokrasi Kita Pikiran-Pikiran Tentang Demokrasi dan Kedaulatan Rakyat*, Segarsy, Bandung, 2008, hlm. 91.

yang dirugikan sebagai akibat dari peran-peran yang diterjemahkan secara sosial dan budaya dan hubungan antara laki-laki dan perempuan dalam ranah-ranah produktif, reproduktif dan politik.¹²

Jika masih terdapat pengingkaran kesetaraan antara laki-laki dan perempuan sehingga berakibat tersingkirnya perempuan dari “gelanggang politik”, maka dapat dikatakan tidak ada demokrasi yang sesungguhnya. Kehidupan demokrasi yang sejati adalah kehidupan dimana semua anggota masyarakat mendapat kesempatan yang sama untuk bersuara dan didengar. Peran politik sangat penting untuk mendorong kebijakan yang berkeadilan sosial, terutama yang berkaitan dengan kehidupan perempuan. Sementara melalui kebijakan, hukum dapat berlaku melindungi kepentingan kaum perempuan dari berbagai bentuk kekerasan baik domestik maupun publik. Hal ini senada dengan yang diungkapkan oleh Ery Seda bahwa politik seharusnya memikirkan kepentingan masyarakat umum dimana demokrasi sebagai sarana, bukan sebagai arena pencapaian uang dan kekuasaan.¹³

C. Legalitas Pemenuhan Hak Politik Perempuan Kaitannya Dengan Hak Asasi Manusia

Strategi pengarusutamaan gender dalam seluruh proses dan tahapan pembangunan ditujukan untuk memberdayakan perempuan menuju terwujudnya kesetaraan dan keadilan gender, meningkatnya kualitas peran dan kemandirian organisasi perempuan dengan tetap mempertahankan nilai persatuan dan kesatuan serta nilai historis perjuangan perempuan.

Pengarusutamaan gender sebagai strategi merupakan upaya untuk menegakkan hak-hak perempuan dan laki-laki atas kesempatan yang sama, pengakuan yang sama dan penghargaan yang sama di masyarakat.

¹² Debby Prabawati. *Quo Vadis Perempuan dalam Politik*, Makalah, Jakarta, 2004, hlm. 1.

¹³ *Ibid.* hlm. 1-2.

Pengarusutamaan gender dianggap sebagai pengantar untuk pencapaian kesetaraan dan keadilan gender, karena pengarusutamaan gender akan meningkatkan akuntabilitas pemerintah terhadap rakyatnya.¹⁴

Keberhasilan pelaksanaan pengarusutamaan gender memperkuat kehidupan sosial, politik dan ekonomi bangsa. Kesetaraan dan keadilan gender menghendaki bahwa laki-laki dan perempuan mempunyai kesempatan yang sama untuk ikut serta dalam proses pembangunan, akses yang sama terhadap pelayanan publik serta memiliki status sosial dan ekonomi yang seimbang. Pengarusutamaan gender harus terpadu dan meresap ke dalam empat fungsi utama manajemen, yaitu perencanaan, pelaksanaan, pemantauan dan penilaian/evaluasi.

Pengarusutamaan gender dalam kebijakan dan program sektoral dapat dilakukan dengan mendorong beberapa hal berikut ini:¹⁵

- a. Gender bisa menjadi pemikiran semua pihak;
- b. Memasukkan permasalahan gender dalam program pembangunan;
- c. Mengintegrasikan permasalahan gender dalam agenda pembangunan;
- d. mengusahakan untuk memasukkan kerangka gender ke dalam desain, pelaksanaan rencana dan program sektoral;
- e. Pengakuan adanya suatu arus utama dimana gagasan, keputusan dan penyebaran sumber daya dilakukan melalui pencapaian tujuan pembangunan;
- f. Bukan hanya memadukan isu gender ke dalam arus utama (*mainstream*), tetapi mengubah arus utama agar lebih tanggap dan kondusif terhadap tujuan kesetaraan dan keadilan gender dalam pembangunan

¹⁴ Erlina dkk, *Implementasi Pengarusutamaan Gender Berdasarkan Instruksi Presiden No 9 Tahun 2000*, Penelitian Forum Heds, Banjarmasin, 2006, hlm. 39.

¹⁵ Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan, *Pengarusutamaan Gender*, Modul, Jakarta, 2005, hlm. 119.

Pelaksanaan pengarusutamaan gender diinstruksikan kepada seluruh departemen maupun lembaga pemerintah dan non departemen baik pemerintah nasional, provinsi maupun kabupaten/kota, untuk melakukan penyusunan program dalam perencanaan, pelaksanaan, pemantauan dan evaluasi dengan mempertimbangkan permasalahan kebutuhan, aspirasi perempuan pada pembangunan dalam kebijakan program dan kegiatan. Disadari bahwa keberhasilan pembangunan nasional di Indonesia baik yang dilaksanakan oleh pemerintah, swasta maupun masyarakat sangat tergantung dari peran serta laki-laki dan perempuan sebagai pelaku dan pemanfaat hasil pembangunan.¹⁶

Perjalanan politik di negeri ini membuktikan bahwa kepemimpinan perempuan masih sulit mendapat pengakuan dan masih diragukan. Namun demikian, perjuangan akan kesetaraan gender belum usai dan harus dilakukan tanpa henti. Paling tidak, diperlukan upaya terus menerus untuk peningkatan keterwakilan perempuan baik di badan legislatif, eksekutif maupun yudikatif. Kesempatan perempuan menduduki posisi strategis dalam pengambilan keputusan dan penentu kebijakan akan terbuka lebar dengan adanya pengarusutamaan gender.¹⁷

Pemberdayaan perempuan merupakan persyaratan dalam proses pembangunan masyarakat yang adil dan kesejahteraan rakyat yang berkelanjutan.¹⁸ Sebagai bentuk pemberdayaan perempuan maka kiranya tidak salah kalau perempuan juga terjun dalam dunia politik. Terkait dengan penggunaan hak politik perempuan ini, secara umum telah dijamin dalam Pasal 21 ayat (1) dan ayat (2) Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) yang berbunyi:

(1) Setiap orang berhak untuk berpartisipasi dalam pemerintahan

¹⁶ Kesetaraan dan Keadilan Gender, <http://www.duniaesai.com/gender/gender2.html>, diakses 6 Juni 2008.

¹⁷ Romany Sihite, *Perempuan, Kesetaraan dan Keadilan*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm. 186.

¹⁸ A. Nunuk P. Murniati, *Getar Gender (Perempuan Indonesia Dalam Perspektif Sosial, Politik, Ekonomi, Hukum dan HAM)*, Indonesiatara, Magelang, 2004, hlm.XXV.

negaranya, baik dengan langsung atau melalui wakil-wakil yang dipilihnya secara bebas.

- (2) Setiap orang berhak atas akses yang sama untuk memperoleh pelayanan umum di negaranya.

Pasal 21 DUHAM di atas telah secara tegas memberikan jaminan akan hak-hak politik bagi semua warga negara, baik laki-laki maupun perempuan tanpa memandang perbedaan jenis kelamin. Kesimpulan ini diambil dari bunyi kata “setiap orang...”. Namun demikian, tetap diperlukan penegasan tentang jaminan hak politik bagi perempuan karena pada praktiknya di hampir diseluruh belahan dunia, bidang politik selalu didominasi oleh laki-laki. Selain itu, landasan hukum bagi jaminan partisipasi politik perempuan juga telah diatur dalam *Convention on the Political Rights of Women* Tahun 1952 yang telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 68 Tahun 1958 Konvensi Mengenai Hak-Hak Politik Perempuan.

Beberapa ketentuan pokok dari konvensi tersebut antara lain:

Pasal 1:

Women shall be entitled to vote in all elections on equal terms with men, without any discrimination. (Perempuan harus mempunyai hak untuk memberikan suaranya dalam semua pemilihan-pemilihan dengan syarat-syarat sama dengan pria, tanpa suatu diskriminasi).

Pasal 2:

Women shall be eligible for election to all publicly elected bodies, established by national law, on equal terms with men. (Perempuan harus dapat dipilih untuk pemilihan dalam semua badan-badan pilihan umum, yang didirikan oleh nasional, dengan syarat-syarat sama dengan laki-laki).

Pasal 3:

Women shall be entitled to hold public office and to exercise all public functions, established by national law, on equal terms with men, without any discrimination. (Perempuan harus mempunyai hak untuk menjabat jabatan umum dan menjalankan semua tugas-tugas umum, yang didirikan oleh hukum nasional dengan syarat-syarat sama dengan pria, tanpa suatu diskriminasi).

Berdasarkan bunyi beberapa pasal di atas, maka terlihat bahwa dalam Konvensi ini mengakui setiap orang mempunyai hak untuk ikut serta dalam pemerintahan negaranya baik secara langsung maupun melalui wakil-wakilnya yang dipilih dengan cara bebas dan mempunyai hak yang sama untuk ikut serta dalam jabatan umum dinegaranya tanpa ada pengecualian dan mempunyai kedudukan yang setara antara laki-laki dan perempuan dalam menggunakan hak-hak politiknya.

Ketentuan di atas sejalan dengan apa yang diatur dan diakui dalam Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan, selanjutnya disebut Konvensi, (*Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women/CEDAW*) yang telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984. Konvensi ini dapat dijadikan sebagai dasar untuk mewujudkan kesetaraan perempuan dan laki-laki dengan membuka akses dan peluang yang sama di arena politik dan kehidupan publik.

Berdasarkan Pasal 3 Konvensi, negara wajib untuk menjamin perkembangan dan kemajuan hak perempuan dengan tujuan untuk menjamin agar perempuan dapat melaksanakan dan menikmati hak asasi manusia serta kebebasan-kebebasan pokok atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan.¹⁹ Pasal 7 Konvensi secara tegas mengatur hak-hak politik perempuan yang berbunyi:

¹⁹ Erlina, *Implementasi...op. cit.*, hlm. 34.

Negara-negara peserta wajib melakukan langkah-tindak yang tepat untuk menghapus diskriminasi terhadap perempuan dalam kehidupan masyarakat di negaranya, khususnya menjamin bagi perempuan, atas dasar persamaan dengan laki-laki, hak:

- (a) Untuk memilih dan dipilih;
- (b) Untuk berpartisipasi dalam perumusan kebijakan pemerintah dan implementasinya, memegang jabatan dalam pemerintahan dan melaksanakan segala fungsi pemerintahan di semua tingkat;
- (c) Untuk berpartisipasi dalam organisasi-organisasi dan perkumpulan-perkumpulan non pemerintah yang berhubungan dengan kehidupan masyarakat dan politik negara.

Selain itu, landasan formal tentang partisipasi masyarakat dalam proses perumusan kebijakan berhubungan erat dengan hak politik, tanggung jawab, maupun kewajiban warga negara dalam suatu pemerintahan dapat ditinjau dari ketentuan peraturan perundang-undangan, antara lain sebagai berikut:

1. Pembukaan UUD 1945 alinea keempat yang menyebutkan bahwa "...yang terbentuk dalam suatu susunan negara Republik Indonesia yang berkedaulatan rakyat dengan berdasar kepada..., kerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan,...";
2. Pasal 1 ayat (2) UUD 1945 yang menyatakan bahwa "kedaulatan berada di tangan rakyat dan dilaksanakan menurut Undang-Undang Dasar". Pasal ini berarti bahwa kekuasaan tertinggi di Indonesia berada di tangan rakyat, dengan demikian rakyat Indonesia mempunyai hak untuk menetapkan keputusan yang tertinggi di bidang politik, yang

sekaligus mencakup adanya hak pada rakyat Indonesia untuk ikut serta melakukan aktivitas kenegaraan di bidang politik dengan berlandaskan pada UUD.

3. Pasal 43 ayat (1), (2) dan ayat (3) Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia;
 - (1) setiap warga negara berhak untuk dipilih dan memilih dalam pemilihan umum berdasarkan persamaan hak melalui pemungutan suara yang langsung umum, bebas, rahasia, jujur dan adil sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
 - (2) setiap warga negara berhak turut serta dalam pemerintahan dengan langsung ataupun dengan perantaraan wakil yang dipilihnya dengan bebas, menurut cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.
 - (3) setiap warga negara dapat diangkat dalam setiap jabatan pemerintahan.
4. Pasal 44 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa “setiap orang baik sendiri maupun bersama-sama berhak mengajukan pendapat, permohonan, pengaduan dan usulan kepada pemerintah dalam rangka pelaksanaan pemerintahan yang bersih, efektif dan efisien baik dengan lisan maupun dengan tulisan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan”.
5. Pasal 67 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang menyatakan ”setiap orang yang ada dalam wilayah Negara Republik Indonesia wajib patuh pada peraturan perundang-undangan, hukum tak tertulis dan hukum internasional mengenai hak asasi manusia yang telah diterima oleh Negara Republik Indonesia”.

6. Pasal 70 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa "dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis".

Ditinjau dari berbagai ketentuan di atas, sesungguhnya perempuan di Indonesia memiliki dasar hukum yang kuat untuk terlibat dalam bidang politik dan lembaga politik formal sama dengan laki-laki. Namun, pada tingkat implementasinya masih ditemui banyak keterbatasan dan kendala yang disebabkan oleh nilai-nilai budaya yang hidup di masyarakat maupun kendala teknis di lapangan. Kendati berbagai perangkat hukum telah melegitimasi partisipasi politik bagi perempuan, namun sampai saat ini antara perempuan dengan dunia politik masih merupakan dua hal yang tidak mudah dipertautkan satu dengan lainnya. Hal ini dibuktikan dengan rendahnya keterwakilan perempuan di legislatif jika dibandingkan dengan laki-laki. Dunia politik selalu diasosiasikan dengan ranah publik yang lebih dekat dengan laki-laki. Situasi ini dilatari oleh akar budaya masyarakat yang masih kental dengan budaya patriarki. Pada konteks budaya semacam ini dominasi laki-laki atas berbagai peran di masyarakat dan di ranah publik tidak terelakkan.²⁰

Pemberdayaan perempuan dalam segala bidang pembangunan perlu dukungan dari pemerintah dengan membuat kebijakan-kebijakan yang responsif gender demi perwujudan kesetaraan perempuan dan laki-laki. Melalui pemberdayaan perempuan, tidak saja bermakna

²⁰ Romany Sihite, *op. cit.*, hlm.158.

mengembangkan potensi yang dimiliki oleh kaum perempuan tetapi juga sekaligus meningkatkan partisipasi dan meningkatkan kemampuan bertindak untuk mengubah keadaan perempuan pada khususnya ke arah yang lebih baik.

D. Perjuangan Perempuan dalam Pemenuhan Hak Politik Perempuan Melalui *Affirmatif Action*

Sudah waktunya, perspektif gender masuk ke segala lini kehidupan terutama dalam pengambilan keputusan dan kebijakan pemerintahan baik di pusat maupun daerah. Jika hal itu selama ini belum dapat dilakukan tidak lain karena kehidupan sosio politik Indonesia hanya dilihat melalui dari kacamata "laki-laki". Sementara warga perempuannya sendiri kian terpinggirkan dan dianggap tidak layak memasukinya. Politik dianggap sebagai dunia yang kejam dan kotor.²¹

Partisipasi perempuan adalah suatu hal yang wajar karena segala warga negara memiliki kesamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan. Hal tersebut secara eksplisit menegaskan tidak ada perbedaan hak antara laki-laki dan perempuan untuk berpartisipasi dalam pembangunan.

Partisipasi dalam kata lain menjadi ukuran adanya kemandirian dan kedewasaan individu (warga) dalam melihat batasan antara kepentingan privat dan publik. Urusan publik memiliki hukum dan nilainya sendiri yang tidak bisa dicampuradukkan dengan urusan privat. Maka dari itu, penggunaan kekuasaan untuk kepentingan pribadi atau golongan dianggap sebagai penyalahgunaan wewenang karena melukai partisipasi dan melanggar hukum publik. Pada konteks ini, partisipasi menjadi fungsi demokrasi, agar kekuasaan selalu berorientasi pada publik. Tiada demokrasi tanpa partisipasi politik warga, sebab partisipasi merupakan esensi dari demokrasi. Bila suatu negara membatasi akses dan keterlibatan

²¹ Jurnal Perempuan 34, *op. Cit.*, hlm. 4.

warganya dalam setiap pengambilan keputusan, maka demokrasinya belum dapat dikatakan berkembang secara baik. Adanya kebebasan rakyat dalam menjalankan partisipasi politik menjadi ukuran elementer, untuk melihat eksistensi demokrasi dalam suatu negara.

Demokrasi sebagai suatu sistem politik berupaya untuk memberikan wadah seluas-luasnya kepada rakyat untuk turut berpartisipasi atau ikut serta secara politik dalam penyelenggaraan pemerintahan.²² Tanpa perlu membedakan antara laki-laki dan perempuan, karena sesungguhnya laki-laki dan perempuan mempunyai kesempatan yang sama dalam menggunakan partisipasi politiknya.

Jika ditinjau kembali gerakan politik Indonesia mulai dari masa penjajahan Belanda hingga masa pemerintahan Reformasi, dapat dikatakan bahwa bentuk gerakan yang ditempuh oleh perempuan dilakukan dengan bentuk perlawanan secara fisik maupun perlawanan secara politik. Sehingga terlihat bagaimana peran yang diemban perempuan dalam sejarah berdirinya bangsa Indonesia. Untuk itu, tidak dapat disimpulkan bahwa gerakan yang ditempuh oleh perempuan sebagai gerakan politik perempuan merupakan gerakan untuk melawan ketidakadilan gender. Gerakan yang dilakukan oleh perempuan disebabkan semata-mata karena adanya tekanan yang bersifat situasional. Walaupun demikian, apa yang telah dilakukan oleh perempuan kiranya patut dibanggakan, karena telah ada kesadaran dari kaum perempuan itu sendiri untuk turut berpartisipasi di berbagai kehidupan berbangsa dan bernegara, sehingga setidaknya dapat mengeliminasi anggapan bahwa perempuan kurang berperan dalam pembangunan.

Perjuangan perempuan terus berlanjut, sepanjang tahun 2001 perdebatan tentang representasi dan partisipasi politik perempuan

²² Abdur Rozaki, *Memperkuat Partisipasi Politik Rakyat*, http://cyberkost.com/rozaki/index.php?option=com_content&task=view&id=32&Itemid=50, diakses 12 Maret 2009.

semakin meningkat dan mendominasi agenda politik, berkat gigihnya organisasi-organisasi dan para aktivis perempuan. Salah satu isu penting yang mereka serukan adalah penerapan kuota 30% bagi perempuan dalam proses pemilu. Perdebatan yang terus berlanjut dan terkadang menimbulkan kontroversi seputar gender dan demokrasi itu diakibatkan oleh tiga faktor dari masa lalu Indonesia, antara lain *pertama* adalah kenyataan historis dan berkelanjutan tentang rendahnya representasi perempuan Indonesia di semua tingkat pengambilan keputusan; *kedua* berkaitan dengan reformasi politik yang sedang bergulir. Transisi menuju kehidupan politik yang demokratis telah memperlebar peluang bagi perempuan dan sektor-sektor masyarakat lainnya untuk mengekspresikan pandangan mereka serta merumuskan dan menyuarakan tuntutan mereka tentang kesadaran dan kepekaan gender yang lebih besar di dalam kebijakan-kebijakan pemerintah, legislasi dan politik pemilu; dan *ketiga* berhubungan dengan krisis ekonomi tahun 1997 yang menyulut maraknya tuntutan pada representasi perempuan di semua tingkatan dan seluruh aspek kehidupan politik, krisis itu telah memperburuk kondisi hidup kaum perempuan sehingga mendorong perempuan bangkit menyerukan kebutuhan perempuan, sekaligus mempertahankan hak-haknya.²³

Kenyataan ini mendorong perempuan yang tergabung dalam Kaukus Perempuan Parlemen, Kaukus Perempuan Politik Indonesia, 38 lembaga swadaya masyarakat, organisasi kemasyarakatan dan kelompok akademisi yang bergabung dalam Jaringan Perempuan dan Politik, serta 78 organisasi perempuan yang bergabung dalam Kongres Wanita Indonesia (Kowani) untuk memperjuangkan kuota 30% bagi perempuan dalam daftar calon anggota legislatif.²⁴

²³ IDEA, *Memperkuat Partisipasi Politik Perempuan di Indonesia: Laporan Hasil Konferensi yang Diadakan di Jakarta*, Internasional IDEA, Jakarta, September 2002, hlm. 3-4.

²⁴ Keterwakilan Politik Perempuan Sebuah Perjuangan Panjang, <http://www2.kompas.com/kompas-cetak/0302/03/swara/109002.htm>, diakses 1 Juli 2008.

Diskusi tentang kuota bagi perempuan telah menimbulkan perdebatan yang penuh semangat, baik pada konferensi nasional maupun lokakarya propinsi. Topik ini bahkan telah mendominasi berbagai jenis diskusi seputar gender di sepanjang tahun 2002. Dari hasil diskusi diusulkan dua jenis kuota bagi perempuan. Jenis kuota yang pertama menetapkan target jumlah kandidat perempuan di partai politik, sementara jenis yang kedua menetapkan jumlah kursi di parlemen. Banyak peserta diskusi sepakat bahwa kuota yang ditetapkan oleh undang-undang yang menjamin sekian persen kursi parlemen bagi perempuan itu merupakan sasaran terpenting dalam pemilu tahun 2004. Akan tetapi, mereka berbeda pendapat mengenai cara mencapai sasaran ini. Salah satu kelompok lebih menitikberatkan pentingnya kuota yang dijamin undang-undang itu sebagai cara paling efektif untuk mencapai tingkat representasi politik perempuan. Sedangkan kelompok lain memandang bahwa kuota itu tidak sungguh-sungguh menciptakan ruang politik bagi perempuan di parlemen, sebab pada akhirnya kuota itu hanya dipakai untuk menarget jumlah tertinggi (angka plafon).²⁵

Sistem kuota diperkenalkan untuk memastikan agar perempuan memiliki jumlah kursi minimum di lembaga legislatif. Berbagai peraturan yang menetapkan kuota di partai politik dan lembaga-lembaga pemerintahan dimaksudkan untuk membantu mengatasi rendahnya representasi perempuan di forum-forum pengambilan keputusan. Selain itu pula, nampak jelas bahwa upaya menciptakan sistem yang kondusif dan mendukung langkah kaum perempuan ke arena politik tidak dapat dipisahkan dari target lain, yakni mereformasi sistem pemilu Indonesia.²⁶

Sekurang-kurangnya ada tiga macam argumen yang diajukan untuk mendukung tuntutan atas perwakilan perempuan, yakni:

²⁵ IDEA, *Memperkuat..., op. cit.*, hlm. 11.

²⁶ *Ibid.*, hlm.12.

1. Argumen keadilan

Argumen yang dapat dikatakan paling kuat untuk mendukung bertambahnya perwakilan perempuan adalah argumen yang didasarkan pada prinsip-prinsip keadilan. Argumen tersebut menyatakan bahwa alangkah tidak adil jika kaum laki-laki memonopoli perwakilan, terutama di suatu negara yang menganggap diri sebagai negara demokrasi modern.

2. Argumen Pragmatis

Argumen pragmatis memanfaatkan gagasan mengenai para politisi rasional yang memaksimalkan jumlah suara. Hal ini didasarkan pada keuntungan-keuntungan partai-partai politik untuk meningkatkan jumlah wakil perempuan. Para pendukung argumen pragmatis mengajukan klaim bahwa perempuan lebih cenderung memberikan suaranya pada partai-partai yang memilih kandidat perempuan. Hal ini disandarkan pada argumen bahwa perempuan lebih mengetahui serta memiliki pengalaman-pengalaman dan kepentingan-kepentingan khusus yang hanya dapat dimengerti dan diwakili oleh perempuan. Selain itu, argumen pragmatis membuat keutamaan yang lain dengan berpendapat bahwa melalui keterlibatan perempuan maka politik akan menjadi lebih konstruktif dan ramah.

3. Argumen perbedaan

Argumen yang ketiga ini didasarkan pada konsep-konsep perbedaan. Argumen pokoknya adalah bahwa perempuan akan membawa gaya dan pendekatan yang berbeda dalam politik yang akan mengubahnya menjadi lebih baik, suatu pengaruh yang menguntungkan semua pihak. Suatu cara yang akan berguna untuk menyelidiki akibat dari perbedaan

gender.²⁷

Adanya keinginan untuk menambah representasi perempuan dalam bidang politik dan/atau di lembaga legislatif dengan menerapkan sistem kuota, menimbulkan dua pendapat yang saling bertolak belakang karena ada pihak yang mendukung diterapkannya sistem kuota ini dan ada pihak yang menolak diterapkannya sistem kuota. Bagi mereka yang mendukung diterapkannya sistem kuota, mereka memberikan argumen sebagai berikut:

1. Kuota bagi perempuan bukan mendiskriminasi, tetapi memberikan kompensasi atas hambatan-hambatan aktual yang mencegah perempuan dari keterlibatannya secara adil dalam posisi politik;
2. Kuota memperlihatkan secara tidak langsung bahwa terdapat beberapa perempuan secara bersama-sama duduk dalam suatu komite atau majelis, dengan demikian meminimalisir tekanan yang sering dialami oleh sebagian perempuan;
3. Perempuan memiliki hak sebagai warga negara yang setara;
4. Pengalaman perempuan diperlukan dalam kehidupan politik;
5. Pemilihan adalah mengenai representasi, bukan kualifikasi pendidikan;
6. Perempuan memiliki kualitas seperti laki-laki, tetapi kualifikasi perempuan dinilai rendah dan diminimalkan dalam sistem politik yang didominasi oleh laki-laki;
7. Adalah fakta bahwa partai-partai politik yang mengontrol masalah pencalonan, dan bukan terutama para pemilih yang menentukan siapa yang akan terpilih;
8. Pengenalan kuota mungkin menyebabkan konflik tetapi hanya

²⁷ Joni Lovenduski, *Politik Berparas Perempuan*, Kanisius, Yogyakarta, 2008, hlm. 48-51.

bersifat sementara.²⁸

Diterapkannya sistem ini menimbulkan reaksi keras dari mereka yang terikat dengan pandangan konservatif dalam meningkatkan *level playing field*, yang menolak diterapkannya sistem kuota dan membiarkan keberadaan hasil yang tidak imbang. Dari hasil penelitian Drude Dahlerup, mereka yang menentang sistem kuota memberikan argumen sebagai berikut:

1. Kuota menentang prinsip kesempatan kesetaraan bagi semua, karena perempuan diberikan preferensi;
2. Kuota tidak demokratis, karena pemilih seharusnya dapat memutuskan siapa yang dipilihnya;
3. Kuota memperlihatkan secara tidak langsung bahwa para politisi dipilih karena gendernya, dan bukan karena kualifikasinya, dan bahwa banyak kandidat yang lebih memenuhi syarat tersingkirkan;
4. Banyak perempuan tidak ingin dipilih hanya karena mereka adalah perempuan;
5. Pengenalan kuota menciptakan konflik yang signifikan dalam organisasi partai.²⁹

Terlepas dari pro dan kontra di atas, nampaknya ada agenda lain yang perlu dipikirkan secara lebih mendalam yaitu bahwa sesungguhnya yang dibutuhkan bagi kemajuan bangsa Indonesia di masa depan bukan sekedar memenuhi kuota 30% tersebut melainkan bagaimana mempersiapkan perempuan dengan memberikan fasilitas dan kesempatan yang memadai sehingga dapat turut serta aktif ke dunia politik, untuk itu

²⁸ Drude Dahlerup, 'Menggunakan Sistem Kuota Untuk Meningkatkan Representasi Politik Perempuan' dalam *Perempuan di Parlemen: Bukan Sekedar Jumlah*, Internasional IDEA, edisi Bahasa Indonesia, Jakarta, 2002, hlm. 115.

²⁹ *Ibid.*, hlm. 116.

diharapkan kuantitas perempuan akan meningkat di legislatif dengan diiringi kualitas sumber daya perempuan. Hasilnya, di masa depan tidak lagi ditemukan wakil-wakil perempuan di legislatif yang hanya menjadi pelengkap semata. Makna kehadiran perempuan dalam bidang politik bukan hanya perempuan dalam arti fisik semata, melainkan perempuan yang memiliki komitmen dan kemauan pada upaya pemberdayaan perempuan, perempuan yang dapat menyuarakan kepentingan dan memperjuangkan kepentingan perempuan secara khusus dan kepentingan masyarakat secara umum.

Apa yang penulis kemukakan kiranya sejalan dengan apa yang di paparkan oleh Tetti Samosir dalam tesisnya³⁰ yang mengemukakan bahwa masuknya perempuan ke lembaga perwakilan rakyat bukan hanya semata-mata mengandalkan jenis kelaminnya sebagai perempuan, akan tetapi mereka masuk kesana seharusnya secara fair dan berjuang melalui kompetisi yang sehat sesuai dengan mekanisme yang ada. Janganlah perempuan hanya "mengemis" untuk masuk ke dalam kancah politik dengan mengatasnamakan statusnya sebagai perempuan semata-mata tanpa dibarengi dengan persiapan dan kesiapan yang matang. Apabila itu terjadi, maka upaya kesetaraan gender hanya merupakan slogan belaka, karena sebenarnya tidak ada kesetaraan itu, melainkan hanya kecemburuan terhadap laki-laki semata.

Pada perkembangannya, pemahaman yang reduktif tentang peran perempuan dalam politik sudah mengalami perubahan, hal ini dapat dilihat dari dicantumkannya kuota 30% keterwakilan perempuan dalam undang-undang pemilu. Ini sebagai dampak dari paradigma berfikir bahwa posisi wanita dan laki-laki adalah sebagai partner bukan atasan dan bawahan. Paradigma ini dapat mengoptimalkan peran perempuan dalam mengaktualisasikan potensi yang ada dalam diri perempuan demi kemajuan perempuan pada khususnya dan kemajuan bangsa ini pada umumnya.

³⁰ Tetti Samosir, *op. cit.*, hlm.160.

Perlunya perempuan turut serta berpartisipasi dalam pembangunan tidak terlepas dari suatu kesadaran bahwa apa yang terjadi dalam kehidupan perempuan, tidak akan mengalami perubahan kalau tidak ada kemauan dari diri perempuan itu sendiri untuk memperjuangkannya sendiri. Gerakan perempuan dilakukan melalui suatu transformasi sosial yang identik dengan transformasi demokrasi. Tujuan yang hendak dicapai dari partisipasi perempuan adalah untuk menciptakan hubungan antar sesama manusia yang lebih adil dan saling menghargai dan bekerjasama antara laki-laki dan perempuan. Terlepas dari semua kontroversi yang muncul, politik merupakan alat sosial yang paling memungkinkan bagi perempuan untuk turut terlibat dalam rangka mengelola dirinya sendiri dengan tujuan akhir yaitu kemajuan pembangunan dengan berlandaskan pada prinsip kesetaraan dan keadilan.

Sejalan dengan gerakan yang dilakukan oleh perempuan dalam rangka kesetaraan gender, maka perlu terus diupayakan peningkatan partisipasi perempuan dalam pembangunan, salah satunya adalah peningkatan partisipasi perempuan di legislatif baik di DPR, DPRD Provinsi maupun DPRD Kabupaten/Kota. Dengan duduknya perempuan di legislatif, perempuan dituntut untuk mampu menyumbangkan pemikiran yang strategis bagi perbaikan nasib dan mampu mengakomodasi kebutuhan perempuan serta mampu menghasilkan kebijakan-kebijakan yang mendukung ke arah kemajuan bangsa ini. Kebijakan sangat erat kaitannya dengan kekuasaan. Selama ini perempuan tidak bisa menentukan sebuah kebijakan karena secara faktual perempuan tidak memiliki kekuasaan baik formal maupun informal.

Terkait dengan peningkatan kualitas hidup masyarakat, khususnya perempuan, pengembangan kehidupan demokrasi, perwujudan keadilan dan pemerataan dalam rangka pemberdayaan perempuan di bidang hukum dan politik secara keseluruhan memperlihatkan kemajuan yang sangat pesat. Hal ini dapat dilihat dalam perubahan peraturan perundang-

undangan politik yang menjamin peningkatan jumlah keterwakilan perempuan di bidang politik secara terukur dan signifikan.³¹

Ditetapkannya kuota 30% dari daftar calon anggota parlemen (DPR, DPRD provinsi, kabupaten dan kota) untuk perempuan pada bulan Februari 2003 merupakan pencapaian terbaik gerakan perempuan, meskipun banyak kalangan feminis pesimis dengan pelaksanaan kuota. Pemberian kuota ini adalah tindakan berpihak kepada kelompok yang tadinya terpinggirkan (*affirmative action*) dan merupakan persyaratan minimal yang dibutuhkan untuk membendung ketimpangan.³²

Adanya kuota 30% bagi perempuan merupakan tindakan afirmatif dan juga diskriminasi positif yang bersifat sementara sampai tercapainya harapan bagi peningkatan keterwakilan perempuan di legislatif. Hal ini juga sejalan dengan Pasal 4 CEDAW yang berbunyi “tindakan afirmatif adalah langkah-langkah khusus sementara yang dilakukan untuk mencapai persamaan kesempatan dan perlakuan antara laki-laki dan perempuan”. Pengertian awalnya bahwa hukum dan kebijakan mensyaratkan dikenakannya kepada kelompok tertentu melalui pemberian kompensasi berupa keistimewaan dalam kasus-kasus tertentu guna mencapai representasi yang proporsional.

Kemajuan pembangunan pemberdayaan perempuan di bidang politik dilihat dari aspek hukum dapat dikatakan telah mencapai hasil dan kemajuan yang sangat maksimal karena telah memberikan peluang maupun kesempatan bagi perempuan dalam meningkatkan peran maupun statusnya secara kuantitatif dengan meningkatkan jumlah keterwakilan perempuan di bidang politik secara terukur dan seluas-luasnya di era reformasi melalui kuota 30%. Itulah sebabnya mengapa mematok kuota

³¹ Irma Alamsyah Djayaputra, *Kemajuan Pembangunan Pemberdayaan Perempuan Di Bidang Hukum Dan Politik: Peningkatan Potensi, Tantangan dan Peluang*, <http://www.menegpp.go.id/menegpp.php?>, diakses 6 Juni 2008.

³² Salahuddin Wahid, *Peran Politik Perempuan Indonesia Antara Kesempatan Dan Kemampuan*, Makalah, Jakarta, hlm. 2.

30% bagi keterwakilan perempuan di legislatif dianggap sangat penting dalam rangka tindakan afirmatif (*affirmative action*) guna memberikan kesempatan seluas-luasnya bagi perempuan berkiprah dalam politik. Basis pemikiran lainnya adalah keyakinan bahwa dengan maju ke ruang publik dan menduduki tempat-tempat strategis pada pengambilan keputusan adalah satu-satunya cara agar kepentingan perempuan terwakili. Di sisi lain, keterlibatan perempuan dalam pengambilan kebijakan diharapkan mampu membawa masyarakat Indonesia pada perubahan sistem yang berkeadilan dan menciptakan *good governance*. Diyakini, masuknya perempuan dalam pengambilan keputusan menjadi sangat penting dalam rangka menciptakan dunia yang baru, "dunia" yang bebas dari diskriminasi.³³

Sebenarnya ide inti di balik sistem kuota menurut pendapat Drude Dahlerup adalah merekrut sebanyak-banyaknya perempuan masuk dalam dunia politik dan memastikan bahwa perempuan tidak terisolir dalam kehidupan politik.³⁴ Hal ini dilakukan, karena lambatnya peningkatan perempuan dalam dunia politik, berpengaruh pula pada rendahnya jumlah perempuan yang duduk di lembaga legislatif.³⁵

Di balik semua penilaian yang muncul, sebenarnya inilah momentum bagi kaum perempuan untuk mempertegas hak-hak politik kaum perempuan melalui sistem kuota yang dimulai di Indonesia sesudah reformasi pada saat Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD yang memuat kuota 30% keterwakilan perempuan disahkan. Pasal 65 ayat (1) Undang-Undang tersebut menyatakan bahwa "Setiap partai politik peserta pemilu dapat mengajukan calon Anggota DPR, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/ Kota untuk setiap daerah pemilihan dengan memperhatikan keterwakilan perempuan sekurang-kurangnya 30%". Antusiasme begitu nampak

³³ *Jurnal Perempuan* 34, *op. cit.*, hlm. 4.

³⁴ Drude Dahlerup, *op. cit.*, hlm.114.

³⁵ Tetti Samosir, *op. cit.*, hlm.126.

menyambut pengesahan undang-undang ini. Kelompok Perempuan Peduli Politik menyatakan bahwa peristiwa ini adalah tonggak sejarah perjuangan kesetaraan dan keadilan bagi kaum perempuan dan laki-laki dalam kehidupan politik Indonesia. Untuk kali pertama di dalam sejarah perjuangan kaum perempuan Indonesia, keterwakilan politik perempuan secara kuantitatif dan kualitatif diakui secara absah.³⁶

Menjelang pemilu 2009, isu kesetaraan gender kembali mencuat. Semua "pintu" proses politik dijaga untuk menyertakan perempuan. Adanya "tindakan khusus sementara" bagi perempuan untuk duduk di legislatif memberikan ruang lebih luas kepada perempuan untuk terlibat dalam proses pengambilan keputusan. Tindakan khusus itu sekaligus untuk menyuarkan aspirasi perempuan yang selama ini dirasakan sangat kurang.³⁷ Ketentuan mengenai kuota 30% keterwakilan perempuan untuk bakal calon anggota DPR, DPRD Provinsi dan DPRD Kabupaten/Kota kembali dimasukkan dalam Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD.

Ide keterwakilan perempuan di legislatif semakin dipertegas dalam Undang-Undang Pemilu. Sebelumnya pada Pasal 65 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2003 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD berbunyi "Setiap Partai Politik peserta pemilu dapat mengajukan calon Anggota DPR, DPRD Provinsi, dan DPRD Kabupaten/Kota untuk setiap daerah pemilihan dengan memperhatikan keterwakilan perempuan sekurang-kurangnya 30%". Ketentuan tersebut dirubah dengan Pasal 53 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD yang berbunyi "Daftar bakal calon sebagaimana dimaksud Pasal 52 memuat paling sedikit 30% keterwakilan perempuan".

³⁶ Maya Yuda Yanti, *Mempertegas Hak Politik Perempuan*, <http://www.suara-merdeka.com/harian/0403/08/kha1.htm>. diakses 1 Juli 2008.

³⁷ Sidik Pramono, *Berhitung Jalan Buat Perempuan*, http://www.watchindonesia.org/Kompas_30.04.08.htm, diakses 6 Juni 2008.

Berdasarkan ketentuan di atas, maka kuota 30% adalah merupakan keharusan. Hal ini dipertegas dengan ketentuan Pasal 55 ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD. Persoalan muncul tatkala Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan Nomor 22-24/PUU-VI/2008 yang menyatakan tidak memiliki ketentuan hukum Pasal 214 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008 tentang Pemilihan Umum Anggota DPR, DPD dan DPRD. Pada putusannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan bahwa calon terpilih adalah calon yang mendapat di atas 30% (tiga puluh per seratus) dari BPP atau menempati nomor urut lebih kecil. Ketentuan yang mengatur bahwa jika yang memperoleh 30% (tiga puluh per seratus) dari BPP lebih dari jumlah kursi proporsional yang diperoleh suatu partai politik peserta Pemilu adalah inkonstitusional. Inkonstitusional karena bertentangan dengan makna substantif kedaulatan rakyat dan dikualifisir bertentangan dengan prinsip keadilan sebagaimana diatur dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945. Hal tersebut merupakan pelanggaran atas kedaulatan rakyat jika kehendak rakyat yang tergambar dari pilihan mereka tidak diindahkan dalam penetapan anggota legislatif. Ketidakadilan akan muncul jika ada dua orang calon yang mendapatkan suara yang jauh berbeda secara ekstrem, namun terpaksa calon yang mendapat suara lebih banyak dikalahkan oleh calon yang mendapat suara kecil hanya karena yang mendapat suara kecil memiliki nomor urut yang lebih kecil.

Putusan Mahkamah Konstitusi ini memiliki implikasi bahwa calon legislatif yang terpilih adalah didasarkan pada suara terbanyak. Calon terpilih adalah anggota legislatif yang mendapat suara terbanyak secara berurutan, siapapun dia dan apapun jenis kelaminnya, dan bukan atas dasar nomor urut terkecil yang telah ditetapkan. Setiap pemilihan tidak lagi menggunakan standar ganda, yaitu menggunakan nomor urut dan perolehan suara masing-masing calon legislatif. Memberlakukan ketentuan yang memberikan hak kepada calon terpilih berdasarkan nomor

urut berarti "memasung" hak suara rakyat untuk memilih sesuai dengan pilihannya dan mengabaikan tingkat legitimasi politik calon terpilih berdasarkan jumlah suara terbanyak.

Putusan di atas, selain memberi kesempatan yang sama kepada calon legislatif, namun di sisi lain berimplikasi pada gagalnya ide tindakan afirmatif. Jadi walaupun penentuan nomor urut menggunakan sistem *zipper* dengan menempatkan calon perempuan pada setiap tiga calon, maka hal ini tidak menjamin perempuan dengan nomor urut kecil bisa mendapatkan kursi di legislatif. Hal ini karena berdasarkan keputusan Mahkamah Konstitusi No. 22-24/PUU-VI/2008 tersebut penentuan anggota legislatif didasarkan pada suara terbanyak yang ditentukan menurut urutan suara terbanyak. Oleh karena itu lolos atau tidaknya calon anggota legislatif perempuan untuk duduk di legislatif tidak tergantung pada nomor urut, namun berdasarkan suara pemilih. Jika calon legislatif perempuan diposisikan pada nomor urut pertama, namun jumlah suaranya kalah banyak dengan calon laki-laki pada nomor urut yang lebih besar, maka calon terpilih adalah laki-laki dengan suara yang lebih banyak.

Upaya pemihakan positif kepada perempuan tidak hanya dilakukan pada level norma undang-undang, namun juga pada level amanat kepada penyelenggara pemilu. Hal ini terlihat dari ketentuan yang menyatakan bahwa "KPU, KPU Provinsi dan KPU Kabupaten/Kota melakukan verifikasi terhadap terpenuhinya jumlah sekurang-kurangnya 30% keterwakilan perempuan" sebagaimana diatur dalam Pasal 57 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2008. Ketentuan tersebut dilengkapi dengan ketentuan Pasal 66 yang menegaskan bahwa "KPU, KPU Provinsi, KPU Kabupaten/Kota mengumumkan persentase keterwakilan perempuan dalam daftar calon tetap partai politik masing-masing pada media massa cetak harian nasional dan media massa elektronik nasional".

Pada tataran wacana ilmiah, politik merupakan mekanisme dimana semua kegiatan dalam suatu negara baik menyangkut proses pengambilan keputusan, pengaturan dan pelaksanaan kehidupan warganya dilakukan untuk mencapai kehidupan yang sejahtera, adil dan makmur. Pada pengertian ini, politik sangat berkait langsung dengan aspek kehidupan sehari-hari yang dialami oleh semua warga masyarakat, termasuk perempuan. Oleh karenanya, perlu dicermati lebih jauh keterkaitan antara jumlah perempuan yang terlibat dalam kegiatan politik dengan kebijakan-kebijakan dan peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan serta dijalankan.

E. Penutup

Berdasarkan alur pikir di atas, perlu kiranya memperkuat partisipasi politik perempuan. Partisipasi tidak hanya dimaknai sebagai “jumlah” semata, tetapi juga perlu dilakukan upaya perbaikan kinerja demi keberhasilan perempuan dalam berpolitik. Untuk itu, ketentuan kuota 30% keterwakilan perempuan ini merupakan tindakan afirmatif atau diskriminasi positif sementara untuk meningkatkan partisipasi perempuan sampai tercapai harapan pada peningkatan keterwakilan perempuan di lembaga legislatif. Partisipasi perempuan dalam pembuatan keputusan seperti pembentukan peraturan perundang-undangan adalah penting untuk mencegah terjadinya diskriminasi dan ketidakadilan terhadap perempuan selain itu pula karena hanya perempuanlah yang lebih mengetahui kebutuhannya.

Ke depan, perempuan hendaknya meningkatkan kualitas dan kemampuan dirinya, sehingga perempuan duduk di legislatif bukan karena ingin memenuhi kuota 30% semata tetapi karena perempuan layak dan memiliki kemampuan untuk memperjuangkan kepentingan umum dan kepentingan perempuan pada khususnya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- A. Nunuk P. Murniati, *Getar Gender (Perempuan Indonesia Dalam Perspektif Sosial, Politik, Ekonomi, Hukum dan HAM)*, Indonesiatara, Magelang, 2004.
- Bagir Manan, *Menyongsong Fajar Otonomi Daerah*, Pusat Studi Hukum UII, Yogyakarta, 2005.
- Dahlerup Drude, *Menggunakan Sistem Kuota Untuk Meningkatkan Representasi Politik Perempuan, Dalam Perempuan di Parlemen: Bukan Sekedar Jumlah*, Internasional IDEA, edisi Bahasa Indonesia, Jakarta, 2002.
- Hendarmin Ranadireksa, *Visi Bernegara Arsitektur Konstitusi Demokratik Mengapa Ada Negara Yang Gagal Melaksanakan Demokrasi*, Fokusmedia, Bandung, 2007.
- Hendra Nurtjahjo, *Filsafat Demokrasi*, Bumi Aksara, Jakarta, 2006.
- Joni Lovenduski, *Politik Berparas Perempuan*, Kanisius, Yogyakarta, 2008.
- M. Arief Nasution, *Demokratisasi dan Problema Otonomi Daerah*, Mandar Maju, Bandung, 2000.
- Mohammad Hatta, *Demokrasi Kita Pikiran-Pikiran Tentang Demokrasi dan Kedaulatan Rakyat*, Segarsy, Bandung, 2008.
- Niken Savitri, *Ham Perempuan, Kritik Teori Hukum Feminis terhadap KUHP*, Refika Aditama, Bandung 2008.
- Romany Sihite, *Perempuan, Kesetaraan dan Keadilan Suatu Tinjauan Berwawasan Gender*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007.
- Tapi Omas Ihromi, dkk, *Penghapusan Diskriminasi Terhadap Wanita*, Alumni, Bandung, 2006.

Tesis dan Disertasi

I Gde Pantja Astawa, *Hak Angket Dalam Sistem Ketatanegaraan Indonesia Menurut Undang-Undang Dasar 1945*, (Disertasi) Program Pascasarjana UNPAD, Bandung, 2000.

Tetti Samosir, *Keterwakilan Perempuan Di Dewan Perwakilan Rakyat Berdasarkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, (Tesis) Program Pascasarjana UNPAD, Bandung, 2005.

Laporan Penelitian

Erlina dkk, *Implementasi Pengarusutamaan Gender Berdasarkan Instruksi Presiden No. 9 Tahun 2000*, Banjarmasin:Penelitian Forum Heds, 2006.

IDEA, *Memperkuat Partisipasi Politik Perempuan Di Indonesia Laporan Hasil Konferensi Yang Diadakan Di Jakarta*, Internasional IDEA, Jakarta, 2002.

Makalah

Debby Prabawati. *Quo Vadis Perempuan Dalam Politik*, Makalah, Jakarta, 2004.

Menteri Negara Pemberdayaan Perempuan, *Pengarusutamaan Jender*, Modul, Jakarta, 2005.

Salahuddin Wahid, *Peran Politik Perempuan Indonesia Antara Kesempatan dan Kemampuan*, Makalah, Jakarta.

Jurnal Ilmiah

Jurnal Perempuan 34, *Politik dan Keterwakilan Perempuan*, 2004.

Akses Internet

Abdur Rozaki, *Memperkuat Partisipasi Politik Rakyat*, http://cyberkost.com/rozaki/index.php?option=com_content&task=view&id=32&Itemid=50, diakses 12 Maret 2009.

Irma Alamsyah Djayaputra, *Kemajuan Pembangunan Pemberdayaan Perempuan Di Bidang Hukum dan Politik: Peningkatan Potensi, Tantangan dan Peluang*, <http://www.menegpp.go.id/menegpp.php?>, diakses 6 Juni 2008.

Kesetaraan dan Keadilan Gender, <http://www.duniaesai.com/gender/gender2.html>, diakses 6 Juni 2008.

Keterwakilan Politik Perempuan Sebuah Perjuangan Panjang, <http://www2.kompas.com/kompas-cetak/0302/03/swara/109002.htm>, diakses 1 Juli 2008.

Maya Yuda Yanti, *Mempertegas Hak Politik Perempuan*, <http://www.suaramerdeka.com/harian/0403/08/kha1.htm>. diakses 1 Juli 2008.

Sidik Pramono, *Berhitung Jalan Buat Perempuan*, http://www.watchindonesia.org/Kompas_30.04.08.htm, diakses 6 Juni 2008.

PEMENUHAN HAK ATAS BANTUAN HUKUM DALAM PROSES PERADILAN PIDANA

Sudaryono¹

A. Pengantar

Sejak Indonesia merdeka, pemegang kekuasaan pemerintahan berupaya untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat, mengingat pada masa sebelumnya masyarakat Indonesia menjadi koloni dari bangsa lain dan kehidupannya jauh dari kesejahteraan. Upaya peningkatan kesejahteraan masyarakat ini harus dimaknai secara luas, artinya tidak hanya secara ekonomi (materi), akan tetapi lebih dari itu, yakni kesejahteraan yang bersifat non-materi, seperti adanya perlindungan hak asasi manusia, khususnya dalam proses penegakan hukum.

Sebagai Negara Hukum,² Indonesia harus selalu menjunjung tinggi hak asasi manusia dalam segala bentuk. Bentuk perlindungan terhadap hak asasi manusia, diantaranya, adalah dengan memberi jaminan dan perlindungan agar setiap orang memiliki kedudukan yang sama di hadapan hukum dengan tidak ada kecualinya. Adanya jaminan dan perlindungan tersebut memberikan petunjuk akan pentingnya bantuan hukum guna menjamin agar setiap orang dapat terlindungi hak-haknya dari tindakan hukum yang diskriminatif sehingga apa yang menjadi tujuan negara untuk menciptakan persamaan di hadapan hukum, dapat terlaksana karena berjalannya fungsi dari bantuan hukum tersebut.³

Bantuan hukum merupakan hal yang sangat esensial dalam menciptakan kehidupan yang adil serta melindungi hak asasi manusia,

¹ Sudaryono, S.H., M.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Muhammadiyah Surakarta.

² Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 Amandemen menyebutkan: " *Negara Indonesia adalah negara hukum*".

³ Aria Zurnetti, *Modul Bantuan Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 2003, hlm. 5.

dimana bantuan hukum yang diberikan bertujuan untuk melindungi hak-hak masyarakat dalam hal tersangkut masalah hukum guna menghindari segala macam tindakan-tindakan yang dapat membahayakannya atau tindakan sewenang-wenang aparat penegak hukum. Tanpa adanya bantuan hukum yang serius dari pihak-pihak yang memahami liku-liku hukum, orang-orang miskin (*dalam arti luas, termasuk miskin pengetahuan*) akan terdiskriminasi di hadapan hukum. Bantuan hukum akan membantu mereka yang miskin itu untuk bisa "berdiri sama tinggi dan duduk sama rendah" dengan golongan-golongan lain yang mampu di hadapan hukum. Bantuan hukum pun akan memulihkan kepercayaan mereka yang berada di lapisan bawah kepada hukum, karena dengan bantuan hukum mereka akan didengar dan ditanggapi oleh hukum dan para penegaknya.⁴

Pada era pemerintahan reformasi dan seterusnya, dimana ditandai dengan adanya manajemen "*good government*" (harus adanya transparansi, partisipasi dan akuntabilitas), perlindungan hak asasi manusia, terutama hak memperoleh bantuan hukum, dalam proses peradilan harus mendapat perhatian yang lebih, terutama pada proses penyelidikan dan penyidikan. Hal ini bukan saja karena merupakan tuntutan nasional, namun juga karena sudah menjadi tuntutan global (internasional).

B. Perspektif Yuridis Perlindungan Hak Asasi Manusia Bantuan Hukum dalam Proses Peradilan Pidana

Di dalam penegakan hukum, khususnya dalam proses peradilan pidana, setiap orang dijamin kedudukannya yang sama dalam hukum (*equal before the law*), baik dalam hukum internasional maupun nasional. Pasal 7 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) ditegaskan: "*Semua orang sama di depan hukum dan berhak atas perlindungan yang sama tanpa ada diskriminasi*". Ketentuan seperti ini ditegaskan

⁴ Soetandyo Wignjosoebroto, *Kebutuhan Warga Masyarakat Miskin Untuk Memperoleh Bantuan Hukum*, Lembaga Bantuan Hukum Jakarta, Jakarta, 2007, hlm. 67.

kembali dalam Pasal 26 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP).

Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 menyebutkan: "*Setiap warga negara bersamaan kedudukannya dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung tinggi hukum dan pemerintahan.*" Kemudian dalam Pasal 28 D ayat (1) UUD 1945 ditegaskan bahwa: "*Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.*"

Di dalam proses peradilan pidana, setiap orang juga harus mendapat jaminan perlindungan supaya peradilan dapat berjalan secara jujur dan adil (*fair*). Ada beberapa asas yang merupakan bentuk jaminan perlindungan hak asasi manusia dalam proses peradilan pidana, yaitu:⁵

1. Asas praduga tak bersalah (*presumption of innocence*) terhadap setiap orang yang disangka, ditangkap, ditahan, dituntut ataupun dihadapkan di muka sidang pengadilan, wajib dianggap tidak bersalah, sampai adanya putusan pengadilan yang menyatakan kesalahannya dan berkekuatan hukum tetap.
2. Asas persamaan di muka hukum (*equality before the law*), adanya perlakuan yang sama atas diri setiap orang di muka hukum dengan tidak membedakan perlakuan.
3. Asas legalitas, kepada seseorang yang ditangkap, ditahan, dituntut ataupun diadili tanpa alasan yang berdasarkan undang-undang dan/atau karena kekeliruan mengenai orangnya atau hukum yang diterapkan wajib diberi ganti kerugian dan rehabilitasi sejak tingkat penyidikan dan para pejabat penegak hukum yang dengan sengaja atau

5 Tyajaya, "*Fungsi Penasehat Hukum Dalam Melindungi Hak-Hak Tersangka*, <http://harrytyajaya.blogspot.com/2012/04/.html>, diunduh pada tanggal 24 April 2012. Lihat juga Patra M. Zen dan Daniel Hutagalung (ed), 2006, *Panduan Bantuan Hukum Indonesia*, YLBHI dan PSHK, Jakarta, hlm. 237.

karena kelalaiannya menyebabkan asas hukum tersebut dilanggar, dituntut, dipidana dan atau dikenakan hukuman administrasi.

4. Penangkapan, penahanan, penggeledahan dan penyitaan hanya dilakukan berdasarkan perintah tertulis oleh pejabat yang diberi wewenang oleh undang-undang dan hanya dalam hal dan cara yang diatur dalam undang-undang.
5. Asas peradilan yang dilakukan dengan cepat, sederhana dan biaya ringan serta bebas, jujur dan tidak memihak harus diterapkan secara konsekuen pada semua tingkat peradilan.
6. Setiap orang yang tersangkut perkara wajib diberi kesempatan memperoleh bantuan hukum yang semata-mata ditujukan untuk melaksanakan kepentingan pembelaan atas dirinya.
7. Kepada seorang tersangka, sejak saat dilakukannya penangkapan dan atau penahanan selain wajib diberitahu apa yang didakwakan kepadanya, juga wajib diberitahu hak-haknya termasuk hak untuk menghubungi dan meminta bantuan penasehat hukum.
8. Pengadilan memeriksa perkara pidana dengan hadirnya terdakwa.
9. Sidang pemeriksaan pengadilan terbuka untuk umum, kecuali dalam hal yang diatur lain oleh undang-undang.
10. Pengawasan pelaksanaan putusan pengadilan dalam perkara pidana dilakukan oleh ketua pengadilan negeri yang bersangkutan.

Sepuluh ketentuan di atas membuktikan bahwa proses peradilan pidana sangat membutuhkan bantuan hukum kepada tersangka atau terdakwa serta terpidana yang tidak mampu dan buta hukum, sebab bantuan hukum diberikan kepada mereka yang membutuhkan dalam

rangka menjamin perlindungan terhadap hak asasi manusia.⁶ Di samping itu, bantuan hukum berguna untuk melakukan perubahan terhadap hukum-hukum yang tidak melindungi hak-hak rakyat di dalam sebuah negara hukum, bahkan bantuan hukum telah menjadi alat untuk melakukan perubahan sosial.⁷ Terlaksananya asas-asas tersebut sangat ditentukan oleh jaminan hak untuk memperoleh bantuan hukum. Bantuan hukum akan memberikan pengetahuan atau penjelasan dari penasehat hukum kepada seseorang yang sedang menjalani proses peradilan pidana. Pengetahuan tersebut termasuk hak-haknya dalam proses peradilan pidana. Bantuan hukum diberikan kepada orang dalam proses peradilan pidana bertujuan untuk melakukan pembelaan.⁸

Hak untuk memperoleh bantuan hukum bagi orang yang dituduh melakukan tindak pidana merupakan bagian dari hak asasi manusia, khususnya dalam proses peradilan pidana. Di dalam instrumen hukum internasional, hak untuk memperoleh bantuan hukum, ditentukan dalam Pasal 14 ayat (3) huruf d KIHSP, yang antara lain berbunyi: “*Dalam menentukan tindak pidana yang dituduhkan padanya, setiap orang berhak atas jaminan **mendapatkan bantuan hukum** bagi kepentingan pengadilan, dan tanpa membayar jika ia tidak memiliki dana yang cukup untuk membayarnya*.”(cetak tebal oleh penulis)

Di dalam hukum nasional, masalah bantuan hukum dalam proses peradilan pidana, baru mendapat perhatian dari pembuat kebijakan sejak tahun 1970, yakni dalam Undang-Undang tentang Kekuasaan Kehakiman, selanjutnya dalam Kitab Undang-Undang Hukum Acara

⁶ Arya Zurnetti dan Teguh Sulisty, ‘Bantuan Hukum Sebagai Perwujudan Jaminan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan Pidana di Indonesia’, *Jurnal Hukum Yustisia*, Universitas Andalas, Padang, 1996, hlm. 76.

⁷ Nur Kholis, *Refleksi dan Masa Depan Bantuan Hukum*, Lembaga Bantuan Hukum Palembang, Palembang, 2005, hlm. 116.

⁸ Dalam penjelasan umum KUHAP angka 3 huruf f disebutkan bahwa: “*Setiap orang yang tersangkut perkara wajib diberi kesempatan memperoleh bantuan hukum yang semata-mata diberikan untuk melaksanakan kepentingan pembelaan atas dirinya*”.

Pidana, Undang-Undang tentang Hak Asasi Manusia, dan undang-undang khusus lainnya.

Pada masa kemerdekaan, sedikit-tidaknya sampai pada tahun 1970-an, masalah bantuan hukum, yang biasanya diberikan oleh advokat dan pokrol, yang sehari-hari berkembang menjadi “pengacara” atau “pembela” masih merupakan barang langka. Bantuan hukum dijalankan oleh para pemberi jasa hukum dan dianggap sebagai profesi atau bahkan mata pencarian. Pengacara atau pembela dalam kenyataan dan dalam pengertian masyarakat adalah pemberi bantuan hukum bagi orang yang memerlukannya dengan imbalan jasa sebagai prestasi. Sifatnya lebih seperti bisnis dan komersial. Oleh karena itu, bantuan hukum yang didapat dari pengacara, pembela, atau advokat, sudah seperti sebuah komoditi barang mewah yang hanya dapat dijangkau oleh kalangan berduit.⁹

Bantuan hukum sangat diperlukan untuk memastikan proses penegakan hukum, khususnya yang dilakukan oleh polisi, tidak melanggar hak asasi manusia. Di dalam menjalankan tugas dan fungsinya untuk menegakkan hukum, polisi lebih mengutamakan penggunaan pendekatan *non-scientific investigation*. Bahkan, hal ini seolah-olah sudah menjadi akar budaya pola pemeriksaan bagi polisi, khususnya apabila menemui jalan buntu.¹⁰ Polisi, dalam pendekatan ini, lebih banyak menggunakan segala bentuk intimidasi, ancaman, kekerasan fisik maupun psikologis terhadap seorang tersangka guna memperoleh keterangan, terutama yang berupa pengakuan.

Bantuan hukum, dalam proses peradilan pidana, terutama pada tingkat pemeriksaan pendahuluan di kepolisian banyak diabaikan. Secara

⁹ Lihat M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP Penyidikan dan Penuntutan*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 332. Lihat juga Daniel S. Lev, *Advokat Indonesia Mencari Legitimasi (Studi tentang Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia)*, cet. 3, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, Jakarta, 2002, hlm. 168.

¹⁰ Indriyanto Seno Adji, *Humanisme dan Pembaharuan Penegak Hukum*, Buku Kompas, Jakarta, 2009, hlm. 35.

yuridis, praktik demikian memang sangat mungkin terjadi, karena Hukum Acara Pidana (*Herziene Indonesisch Reglement/HIR*) yang berlaku tidak mewajibkan penyidik untuk menghadirkan penasehat hukum, atau tidak memberi ruang untuk adanya bantuan hukum.¹¹ HIR hanya memberi ruang untuk adanya bantuan hukum bagi terdakwa, artinya bahwa bantuan hukum hanya dapat diberikan pada saat pemeriksaan persidangan. Sedangkan dalam tingkat pemeriksaan penyidikan, HIR belum memberi hak untuk mendapat bantuan hukum bagi tersangka.¹²

Masalah bantuan hukum dalam proses peradilan pidana baru memperoleh perhatian secara yuridis pada era pemerintah Orde Baru, yakni dengan disahkannya Undang-Undang Nomor 14 Tahun 1970 tentang Kekuasaan Kehakiman. Di dalam Pasal 35 ditentukan bahwa "*Setiap orang yang tersangkut perkara berhak memperoleh bantuan hukum*". Ketentuan tersebut masih bersifat umum, yaitu hak memperoleh bantuan hukum dalam semua perkara. Di dalam perkara pidana, hak memperoleh bantuan ditentukan dalam Pasal 36 yang berbunyi "*Dalam perkara pidana seorang tersangka terutama sejak saat dilakukan penangkapan dan/ atau penahanan berhak menghubungi dan meminta bantuan penasehat hukum*". Kemudian dalam penjelasannya disebutkan: "*Sesuai dengan Sila Perikemanusiaan maka seorang tertuduh harus diperlakukan sesuai dengan martabatnya sebagai manusia dan selama belum terbukti kesalahannya harus dianggap tidak bersalah. Karena itu ia harus diperbolehkan untuk berhubungan dengan keluarga atau penasehat hukumnya terutama sejak ia ditangkap/ditahan. Tetapi hubungan ini dengan sendirinya tidak boleh merugikan kepentingan pemeriksaan yang dimulai dengan penyidikan. Untuk itu penyidik dan penuntut umum dapat melakukan pengawasan terhadap hubungan tersebut sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam Hukum Acara Pidana*".

¹¹ Lihat Pasal 250 HIR

¹² M. Yahya Harahap, *op. cit.*, hlm. 334.

Apabila diperhatikan, substansi ketentuan di atas masih belum mengatur hak memperoleh bantuan hukum secara luas, tetapi masih sangat terbatas yaitu hanya berupa hak untuk melakukan hubungan dan meminta bantuan penasehat hukum. Mekanisme untuk memperoleh hak tersebut masih belum jelas. Bahkan, dalam kalimat ahir penjelasan Pasal 36 menunjukkan bahwa hubungan tersangka dengan penasehat hukum harus dalam pengawasan penyidik atau penuntut umum. Hal itupun juga masih harus menunggu adanya aturan pelaksanaannya. Oleh karena itu, dapat dikatakan, bahwa Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman hanya memberikan landasan untuk pengaturan lebih lanjut tentang hak memperoleh bantuan hukum dalam ketentuan perundang-undangan.

Kondisi ini berlanjut sampai dengan ditetapkannya Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1981 tentang Kitab Undang-Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP). KUHAP merupakan perwujudan (penjabaran) hak memperoleh bantuan hukum sebagaimana telah ditentukan secara umum dalam Undang-Undang Kekuasaan Kehakiman. Masalah bantuan hukum bagi orang yang tersangkut perkara pidana telah diatur secara lebih luas dalam KUHAP.

Di dalam Pasal 54 KUHAP disebutkan bahwa "*Guna kepentingan pembelaan, tersangka atau terdakwa berhak mendapat bantuan hukum dari seseorang atau lebih penasehat hukum selama dalam waktu dan pada setiap tingkat pemeriksaan, menurut tatacara yang ditentukan dalam undang-undang ini*".

Untuk mendapatkan penasehat hukum tersebut, tersangka atau terdakwa berhak memilih sendiri penasehat hukumnya (Pasal 55). Bantuan hukum tersebut, bahkan wajib diadakan (disediakan) oleh pejabat peradilan pidana, khususnya bagi orang yang disangka/didakwa melakukan tindak pidana dan diancam pidana mati atau pidana penjara lebih dari 15 (lima belas) tahun dan bagi orang yang tidak mampu yang diancam pidana lebih dari 5 (lima) tahun, jika mereka tidak mempunyai

penasehat hukum sendiri. Bantuan hukum yang demikian diberikan secara cuma-cuma (*prodeo*).¹³ Hak untuk memperoleh bantuan hukum harus diberitahukan oleh penyidik kepada tersangka sebelum dilakukan pemeriksaan di tingkat penyidikan.¹⁴

Kemudian mengenai kapan dan bagaimana hubungan antara pemberi bantuan (penasehat) hukum dengan penerima bantuan hukum (tersangka) juga telah diatur dalam KUHAP. Penasehat hukum berhak menghubungi tersangka sejak saat ditangkap atau ditahan pada semua tingkat pemeriksaan (Pasal 69). Hak berbicara penasehat hukum dengan tersangka pada setiap tingkat pemeriksaan dan setiap waktu, juga diberikan oleh KUHAP. Hak tersebut diberikan dalam rangka kepentingan pembelaan perkaranya.¹⁵ Dalam melakukan hubungan dan pembicaraan dengan tersangka, penasehat hukum tidak boleh menyalahgunakan haknya, karena jika terjadi, maka pejabat pada setiap tingkat pemeriksaan dapat memberikan peringatan kepada penasehat hukum. Bahkan apabila peringatan tidak diindahkan, maka hubungan tersebut dapat diawasi oleh pejabat tersebut, dan apabila setelah diawasi, penasehat hukum masih menyalahgunakan haknya, maka hubungan tersebut akan disaksikan oleh pejabat tersebut. Hubungan tersebut akan dilarang apabila penasehat hukum tetap melanggarnya.¹⁶

¹³ Pada Pasal 56 ayat (1) KUHAP disebutkan: "Dalam hal tersangka atau terdakwa disangka dan didakwa melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasehat hukum sendiri, pejabat yang bersangkutan pada semua tingkat pemeriksaan dalam proses peradilan wajib menunjuk penasehat hukum bagi mereka. Pada ayat (2) disebutkan: "Setiap penasehat hukum yang ditunjuk untuk bertindak sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), memberikan bantuan hukum dengan cuma-cuma".

¹⁴ Dalam Pasal 114 KUHAP disebutkan: "Dalam hal seorang disangka melakukan tindak pidana, sebelum dimulainya pemeriksaan oleh penyidik, penyidik wajib memberitahukan kepadanya tentang haknya untuk mendapatkan bantuan hukum atau bahwa ia dalam perkaranya itu wajib didampingi oleh penasehat hukum".

¹⁵ Lihat Pasal 70 ayat (1) KUHAP.

¹⁶ Lihat Pasal 70 ayat (2), (3) dan (4) KUHAP.

Pengawasan yang dilakukan oleh aparat penegak hukum terhadap hubungan penasehat hukum dengan tersangka tidak sampai pada tarap mendengarkan pembicaraannya, kecuali dalam hal kejahatan terhadap keamanan negara, pejabat tersebut dapat mendengarkan isi pembicaraan (Pasal 71). Pengurangan kebebasan hubungan antara penasehat hukum dengan tersangka hanya terbatas pada saat sebelum perkara dilimpahkan ke pengadilan untuk disidangkan (Pasal 72).

Pengaturan masalah hak bantuan hukum bagi seorang yang diduga melakukan tindak pidana ini menunjukkan bahwa penyelenggara negara (pembuat undang-undang) menempatkan hak bantuan hukum sebagai masalah dasar yang harus dijamin keberadaannya dalam undang-undang. Penjaminan ini, meski dalam undang-undang disebutkan dalam rangka pembelaan, namun dapat dikatakan bahwa pemberian hak bantuan hukum dalam proses peradilan pidana sejatinya tidak sekedar sebagai bahan untuk melakukan pembelaan, akan tetapi lebih dari itu, yakni sebagai jaminan agar proses peradilan pidana dapat berjalan *fair* (adil dan transparan).

Ideologi yuridis normatif ini, apabila dikaji secara mendalam, maka akan nampak bahwa hak untuk memperoleh bantuan hukum, hanya bisa dinikmati secara abstrak (*in abstracto*). Sedangkan dalam praktiknya (*in concreto*), jaminan hak memperoleh bantuan hukum ini, seringkali mendapat hambatan dari pejabat badan peradilan (penyidik), terutama oleh penyidik yang tidak (mau) tahu tentang proses peradilan yang *fair* dan menjunjung tinggi harkat dan martabat manusia (tersangka). Tersangka, khususnya yang tidak paham tentang hukum acara pidana (tidak paham hak-haknya), dalam pemeriksaan penyidikan hanya manut apa yang dikehendaki oleh penyidik, bahkan hak untuk memperoleh bantuan hukum sering tidak diberitahukan. Meski hak untuk memperoleh bantuan hukum diberitahukan kepada tersangka oleh penyidik, namun seringkali pula tersangka dibujuk oleh penyidik agar tidak menggunakan hak bantuan hukum dengan iming-iming akan mendapat hukuman yang ringan dan

tidak dilakukan penahanan, meski kenyataannya ditahan.¹⁷

Penyidik, dalam hal demikian, biasanya menggunakan metode seolah-olah tersangka untuk sementara (proses penyidikan) tidak bersedia atau belum menggunakan jasa bantuan hukum. Penolakan tersangka untuk menggunakan hak bantuan hukum biasanya dituangkan dalam sebuah berita acara (surat pernyataan) yang ditandatangani oleh tersangka.

Penyidik seringkali tidak menyadari (memahami), bahwa sikap yang dan perilaku yang tidak sejalan dengan semangat hak memperoleh bantuan hukum ini akan berakibat fatal, yakni tidak sahnya penyidikan, bahkan tidak sahnya dakwaan penuntut umum. Penyidikan mestinya tidak hanya berpegang pada bunyi pasal KUHAP, namun juga harus memperhatikan yurisprudensi yang ada. Yurisprudensi Tetap Mahkamah Agung, dalam putusannya No.1565K/Pid/1991, tertanggal 16 September 1993, dengan sangat tepat memberikan pertimbangan bahwa: “*Penyidikan yang melanggar Pasal 56 ayat (1) KUHAP menyebabkan hasil penyidikan tidak sah sehingga dakwaan Jaksa Penuntut Umum tidak dapat diterima*”.

Yurispruden Mahkamah Agung ini nampaknya juga pernah diikuti oleh Pengadilan Negeri Jakarta Utara, dalam perkara No. 353/Pid.B/2010/PN.Jkt.Ut. Dalam persidangan perkara tersebut, Penuntut Umum mendakwa Usep telah melanggar Pasal 114 ayat (1) dan Pasal 111 ayat (1) Undang-undang Narkotika. Atas dakwaan tersebut, Penasihat Hukum (LBH Mawar Saron) mengajukan Nota Keberatan (eksepsi), yang menguraikan berbagai pelanggaran yang terdapat, baik di dalam berkas perkara yang dibuat oleh penyidik kepolisian, maupun dalam Surat Dakwaan Penuntut Umum. Inti keberatan dari penasehat hukum

¹⁷ Hampir semua orang (klien) yang meminta bantuan hukum kepada BKBH FH UMS (Penulis sebagai anggota dan Ketua) mengaku ketika diperiksa tanpa ada pemberitahuan tentang Hak Tersangka untuk memperoleh bantuan hukum dan/atau disarankan tidak perlu didampingi penasehat hukum agar kasusnya lancar dan sanksinya ringan.

antara lain yang terpenting adalah ***“mengenai tidak didampinginya Terdakwa/Tersangka oleh penasihat hukum pada saat diperiksa oleh penyidik, sebagaimana diamanatkan oleh KUHAP”*** (cetak tebal oleh penulis)

Setelah Penuntut Umum memberikan tanggapan atas Nota Keberatan Penasihat Hukum, akhirnya Majelis Hakim, dalam putusan sela yang dibacakan pada hari Kamis, tanggal 8 April 2010, menyetujui pendapat Penasihat Hukum tersebut di atas, dimana dalam putusan sela, Majelis Hakim menyatakan bahwa: ***“karena Terdakwa tidak didampingi oleh penasihat hukum dalam proses penyidikan, maka berkas perkara penyidikan dan Surat Dakwaan Penuntut Umum menjadi cacat hukum dan harus dinyatakan tidak dapat diterima”***. Majelis Hakim juga menyatakan bahwa: ***“ketentuan Pasal 56 ayat (1) KUHAP, selain bersifat mengatur juga wajib dipatuhi oleh para pejabat penegak hukum di semua tingkat pemeriksaan, untuk menunjuk dan menyediakan penasihat hukum bagi tersangka atau terdakwa yang disangka atau didakwa melakukan tindak pidana yang diancam dengan pidana mati atau ancaman pidana lima belas tahun atau lebih atau bagi mereka yang tidak mampu yang diancam dengan pidana lima tahun atau lebih yang tidak mempunyai penasihat hukum sendiri”***. (cetak tebal oleh penulis)

Eksepsi yang dilakukan oleh penasehat hukum dan dikabulkan oleh Majelis Hakim tersebut memang merupakan sebuah kemenangan dalam proses penegakan hukum, namun keberhasilan eksepsi ini tetap tidak sejalan dengan asas peradilan yang cepat, sederhana dan murah. Apalagi untuk proses penyidikan yang menimbulkan kekerasan fisik dan menimbulkan luka-luka dan bahkan kematian, hak untuk mengembalikan proses penyidikan yang benar menjadi sia-sia, khususnya bagi tersangka tersebut.

Potret ketiadaan penasehat hukum bagi tersangka dalam praktik pemeriksaan penyidikan yang menimbulkan luka dan kematian, setidaknya, tercermin dalam kasus Sengkon dan Karta pada tahun 1980an, dan kasus kasus penganiayaan dua tahanan adik-kakak (FA dan BM) di sel Mapolsek Sijunjung, Padang, Sumatera Barat.¹⁸ Dalam kasus ini mantan Kapolsek Sijunjung, Padang, Sumatera Barat, AKP Syamsul Bahri, ditetapkan sebagai tersangka, meski sebelumnya, Kepolisian tetap menyatakan dua tahanan tersebut tewas karena gantung diri, bukan sengaja dibunuh dengan digantung.

Kejadian itu semua karena tidak adanya hak bantuan hukum bagi tersangka, meski undang-undang mewajibkan pejabat peradilan pidana untuk menyediakan penasehat hukum guna kepentingan pembelaan.

Di samping masih hanya bersifat abstrak, pemberian hak bantuan hukum dalam proses peradilan pidana, terutama dalam tahap penyidikan, pembuat kebijakan (undang-undang) juga masih kurang (tidak) konsisten. Inkonsistensi ini dapat dilihat dalam ketentuan yang menyatakan, bahwa *“Dalam hal penyidik sedang melakukan pemeriksaan terhadap tersangka, penasehat hukum dapat mengikuti jalannya pemeriksaan dengan cara melihat serta mendengar pemeriksaan (within sight and within hearing)”*. Bahkan, dalam hal kejahatan terhadap keamanan negara penasehat hukum dapat hadir dengan cara melihat tetapi tidak dapat mendengar pemeriksaan tersangka (*within sight but not within hearing*).¹⁹

Kehadiran penasehat hukum, dalam proses pemeriksaan penyidikan, yang hanya berhak melihat dan mendengar saja, bahkan hanya melihat dalam hal perkara kejahatan terhadap keamanan negara, tidak akan membantu tersangka dalam hal melakukan pembelaan. Dengan kata lain, bantuan hukum terhadap tersangka dalam proses penyidikan tidak mempunyai arti apa-apa alias bersifat semu. Kehadiran

¹⁸ SindoTV, Jum'at, 3 Februari 2012 13:20 wib.

¹⁹ Lihat Pasal 115 KUHP.

penasehat hukum, dalam hal ini, hanya berarti (bersifat) psikologis. Kepentingan pembelaan bagi tersangka, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 KUHAP, tidak didapatkan meski penasehat hukum mendampingi pemeriksaan tersangka oleh penyidik, karena penasehat hukum hanya bisa mendengar dan melihat proses pemeriksaan. Dalam proses pemeriksaan penyidikan, khususnya bagi tersangka yang tidak paham masalah hukum pidana, apabila ada materi pemeriksaan yang tidak (kurang) dipahami oleh tersangka, maka tersangka tidak dapat melakukan pembelaan, dan penasehat hukum juga tidak dapat berbuat sesuatu untuk kepentingan pembelaan tersangka. (cetak tebal oleh penulis)

Ketentuan tersebut tidak sejalan dengan Pasal 70 ayat (1) KUHAP dimana ditegaskan bahwa *“Penasehat hukum berhak berhubungan dan berbicara dengan tersangka pada setiap tingkat pemeriksaan dan setiap waktu untuk kepentingan pembelaan perkaranya”*.

C. Penutup

Di era reformasi, masalah hak atas bantuan hukum belum mendapat perhatian yang berarti. Pembuat kebijakan memang telah menetapkan undang-undang khusus yang mengatur hak asasi manusia, yakni Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, namun hanya memberikan rambu-rambu, seperti yang disebutkan dalam Pasal 18 ayat (4) Undang-Undang tersebut yang berbunyi *“Setiap orang yang diperiksa berhak mendapatkan bantuan hukum sejak saat penyidikan sampai adanya putusan pengadilan yang telah memperoleh kekuatan hukum tetap”*.

Sebenarnya pembuat kebijakan juga telah menetapkan Undang-Undang Nomor 16 Tahun 2011 tentang Bantuan Hukum. Persoalannya adalah substansinya hanya mengatur tentang bantuan hukum bagi orang miskin ekonomi, dan lembaga yang berhak memberikan bantuan hukum.

Ke depan, pembuat kebijakan, untuk menghindari adanya penyalahgunaan wewenang oleh penyidik dalam menerapkan hak bantuan hukum tersangka, hendaknya memberikan instrumen kontrol yuridis yang mampu memberikan jaminan adanya penerapan hak atas bantuan hukum bagi tersangka di semua tingkat pemeriksaan. Instrumen kontrol ini bisa berupa pemberian norma yang bersifat imperatif dan dibarengi dengan adanya sanksi prosedural.

Sedangkan untuk mewujudkan tujuan pemberian hak atas hukum, yakni untuk kepentingan pembelaan, pembuatan kebijakan hendaknya tidak membatasi pada kepentingan pembelaan pada tingkat pemeriksaan di pengadilan. Seharusnya pembelaan itu diberikan pada semua tingkat pemeriksaan, sehingga penasehat hukum benar-benar dapat memberikan bantuannya guna kepentingan pembelaan tersangka, misalnya ketika ada pertanyaan dari penyidik yang menyesatkan, sementara tersangka tidak paham kalau pertanyaan semacam itu dilarang oleh undang-undang. Pada situasi demikian, jika penasehat hukum hanya boleh melihat dan mendengar, maka tersangka tidak bisa melakukan pembelaan dalam proses penyidikan.

Proses penegakan hukum jangan mengulang-ulang potret negatif yang jelas-jelas melanggar hak asasi manusia, seperti digambarkan di atas. Oleh karena itu, pembatasan bisa saja dilakukan, namun harus ada alasan yang jelas, yaitu karena adanya sikap penasehat hukum yang dinilai menghambat proses penegakan hukum, khususnya pada tahap pemeriksaan.

DAFTAR PUSTAKA

- Aria Zurnetti, *Modul Bantuan Hukum*, Fakultas Hukum Universitas Andalas, Padang, 2003.
- Arya Zurnetti dan Teguh Sulistya, *Bantuan Hukum Sebagai Perwujudan Jaminan dan Perlindungan Hak Asasi Manusia dalam Proses Peradilan Pidana di Indonesia*, Jurnal Hukum Yustisia Universitas Andalas, Padang, 1996.
- Daniel S. Lev, *Advokat Indonesia Mencari Legitimasi (Studi tentang Tanggung Jawab Profesi Hukum di Indonesia)*, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia, Jakarta, 2002.
- Indriyanto Seno Adji, *Humanisme dan Pembaharuan Penegak Hukum*, Buku Kompas, Jakarta, 2009.
- M. Yahya Harahap, *Pembahasan Permasalahan dan Penerapan KUHAP penyidikan dan Penuntutan edisi kedua*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009.
- Nur Kholis, *Refleksi dan Masa Depan Bantuan Hukum*, Lembaga Bantuan Hukum Palembang, Palembang, 2005.
- Patra M. Zen dan Daniel Hutagalung (ed), *Panduan Bantuan Hukum Indonesia*, YLBHI dan PSHK, Jakarta, 2006.
- Soetandyo Wignjosoebroto, *Kebutuhan Warga Masyarakat Miskin Untuk Memperoleh Bantuan Hukum*, Lembaga Bantuan Hukum Jakarta, Jakarta, 2007.
- UNHCR, KEMKUMHAM RI, POLRI, *Instrumen Pokok HAM Internasional Bagi Aparatur Negara*, Jakarta, 2002.
- Tyajaya, "Fungsi Penasehat Hukum Dalam Melindungi Hak-Hak Tersangka", <http://harrytyajaya.blogspot.com/2012/04/.html>, diunduh pada tanggal 24 April 2012.

PENGATURAN HUKUMAN MATI DI INDONESIA DALAM PRESPEKTIF HAK ASASI MANUSIA

Safi,¹

A. Latar Belakang

Hukuman mati merupakan suatu jenis sanksi pidana yang dimaksudkan untuk memberi ganjaran yang adil bagi pelaku kejahatan berat. Keberadaan hukuman mati saat ini, telah menjadi isu yang menarik perhatian para ahli hukum yang menganggap hukuman mati bertentangan dengan hak asasi manusia.

Pada lima puluh tahun terakhir, ada kecenderungan global yang mengarah pada penghapusan hukuman mati. Berdasarkan data Uni Eropa, saat ini tercatat 133 negara di dunia telah menghapuskan pidana mati dalam sistem hukum pidana masing-masing.²

Praktik hukuman mati yang diterima secara global pasca Perang Dunia II kini dianggap oleh sebagian besar negara di berbagai belahan dunia sebagai proses peradilan yang kejam dan tidak manusiawi. Namun demikian, sejumlah negara, termasuk beberapa negara bagian Amerika Serikat, Cina dan Indonesia tetap mempertahankan hukuman mati dalam sistem hukumnya.

Resolusi PBB No. 2857/1971 dan Resolusi PBB No. 32/61/1977 menyatakan bahwa harus dilakukan pembatasan progresif terhadap sejumlah kejahatan di mana pidana mati sebaiknya diterapkan, dan menjurus kepada gerakan penghapusan hukuman mati.³

¹ Safi, S.H., M.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo Madura, Jawa Timur.

² Sumber: <http://www.media-indonesia.com/berita.asp?id=152223>.

³ Sumber: <http://www.habibiecenter.or.id/download/trnskrip%20hkmn%20mati.pdf>.

Majelis Umum PBB mengesahkan resolusi tidak mengikat yang mendukung moratorium hukuman mati sebagai tindak lanjut atas prakarsa komisi ketiga PBB. Rancangan resolusi tersebut diajukan oleh 94 negara (mayoritas negara-negara Eropa) yang meminta agar anggota PBB menanggukkan hingga menghapuskan pidana mati. Indonesia dan sejumlah negara lainnya termasuk Amerika Serikat, Afghanistan, Iran, Irak, Malaysia, dan Singapura menyatakan menolak mendukung rancangan tersebut. Rancangan tersebut akhirnya disahkan setelah dalam pemungutan suara yang berlangsung dalam sidang Komite Tiga yang mengurus masalah hak asasi manusia di markas besar PBB New York pada tanggal 15 November 2007, sebanyak 99 negara menyatakan mendukung resolusi tersebut, 33 negara memilih abstain, sedangkan 52 negara menolak resolusi tersebut.⁴

Perspektif internasional yang merupakan ketentuan mengenai hak asasi manusia yang berkaitan dengan hak hidup dapat ditemukan dalam Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) yang mengatur hak untuk hidup (*right to life*). Pasal 6 ayat (1) KIHSP berbunyi: setiap manusia berhak atas hak untuk hidup dan mendapat hak perlindungan hukum dan tiada yang dapat mencabut hak itu. Selanjutnya Pasal 6 ayat (2) menyatakan: bagi negara yang belum menghapus ketentuan pidana mati, putusan tersebut hanya berlaku pada kejahatan yang termasuk kategori yang serius sesuai hukum yang berlaku saat itu dan tak bertentangan dengan Kovenan ini dan *Convention on Prevention and Punishment of Crime of Genocide*. Pidana tersebut hanya dapat dilaksanakan merujuk pada putusan final yang diputuskan oleh pengadilan yang kompeten.

Diskursus mengenai pidana mati secara umum dapat dibagi ke dalam dua arus pemikiran utama (*mainstream*), yaitu adanya kelompok

⁴ Sumber: <http://www.vhrmedia.com/vhr-news/bingkai,hukuman-mati-pedang-bermata-dua-65.html>.

yang menginginkan penghapusan pidana mati secara keseluruhan (*abolitionis*) dan kelompok yang ingin tetap mempertahankan keberadaan pidana mati berdasarkan ketentuan hukum positif yang berlaku (*retensionis*).

Hukum positif Indonesia mengatur adanya hukuman mati atau pidana mati. Di dalam KUHP Bab II mengenai Pidana, Pasal 10 mengatur mengenai macam-macam bentuk pidana, yaitu terdiri dari pidana pokok dan pidana tambahan. Pidana mati termasuk jenis pidana pokok yang menempati urutan pertama.

Peraturan perundang-undangan yang ada di Indonesia, juga banyak yang mencantumkan ancaman pemidanaan berupa pidana mati, antara lain Undang-Undang Nomor 7/Drt/1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Tindak Pidana Narkotika dan Psikotropika, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia dan Perpu Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme yang telah disahkan menjadi Undang-Undang.

Perdebatan pidana mati muncul ketika banyak orang mulai mempertanyakan apakah pidana mati masih *relevan* atau layak diterapkan sebagai suatu hukuman di Indonesia. Pertanyaan tersebut dilontarkan bukan tanpa alasan, namun kebanyakan dari mereka menganggap pidana mati melanggar hak asasi manusia yaitu hak untuk hidup. Hak itu terdapat dalam Pasal 28A UUD 1945 yang menyatakan “setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.” Sehingga mereka menganggap bahwa hak hidup merupakan hak yang paling mendasar dan tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.

Berdasarkan beberapa latar belakang di atas, tulisan ini akan menjawab dua pertanyaan besar yaitu bagaimana konsep perlindungan hak asasi manusia dalam negara hukum? Dan bagaimana perspektif hak

asasi manusia terhadap pengaturan hukuman mati di Indonesia?

B. Pembahasan

(1) Negara Hukum dan Perlindungan Hak Asasi Manusia

Negara hukum merupakan istilah yang meskipun kelihatan sederhana, namun mengandung muatan sejarah pemikiran yang cukup panjang. Negara hukum adalah istilah Indonesia yang terbentuk dari dua suku kata, negara dan hukum. Padanan kata ini menunjukkan bentuk dan sifat yang saling mengisi antara negara di satu pihak dan hukum pada pihak yang lain. Tujuan hukum adalah untuk memelihara ketertiban hukum (*rechtsorde*). Oleh karena itu negara membutuhkan hukum dan sebaliknya hukum dijalankan dan ditegakkan melalui otoritas negara.

Ada beberapa istilah asing yang dipergunakan sebagai pengertian negara hukum, yakni *rechtsstaat*, *rule of law*, dan *etat de droit*. Sepintas istilah ini mengandung makna yang sama, tetapi sebenarnya jika dikaji lebih jauh terdapat perbedaan-perbedaan yang signifikan. Bahkan dalam perkembangan pemikiran konsep negara hukum, kedua istilah tersebut juga berkembang, baik secara teoritis-konseptual maupun dalam kerangka praktis-operasional. Menurut Philipus M. Hadjon konsep *rechtsstaat* lahir dari suatu perjuangan menentang absolutisme sehingga sifatnya revolusioner, sebaliknya konsep *the rule of law* berkembang secara evolusioner. Hal ini tampak baik dari isi maupun kriteria *rechtsstaat* dan *rule of law* itu sendiri.⁵ Konsep yang pertama bertumpu pada sistem hukum Eropa Kontinental yang biasa disebut *civil law* atau *modern roman-law*, sedangkan konsep yang terakhir bertumpu pada sistem hukum *common law* atau *English-law*.

Friederich J. Sthal menyatakan terdapat empat unsur *rechtsstaat*

⁵ Henry J. Schmandt, 'A History of Political Philosophy', The Bruce Publishing Company USA, 1960. Buku ini diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia oleh Ahmad Baidlowi dan Imam Baehaqi berjudul *Filsafat Politik: Kajian Historis dari Zaman Yunani Kuno sampai Zaman Modern*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta 2002, hlm. 51.

yaitu (a) Perlindungan hak asasi manusia; (b) Pemisahan atau pembagian kekuasaan untuk menjamin hak-hak itu; (c) Pemerintahan berdasarkan peraturan perundang-undangan; dan (d) Peradilan administrasi dalam perselisihan.⁶

Berdasarkan pandangan tersebut pada prinsipnya negara melindungi hak asasi manusia. Hak asasi merupakan hak dasar (*grounded*). Hak asasi manusia adalah hak-hak yang bersifat mendasar dan *inherent* dengan jati diri manusia secara universal. Oleh karena itu, menurut Todung Mulya Lubis sesungguhnya menelaah hak asasi manusia adalah totalitas kehidupan; sejauh mana kehidupan kita memberi tempat yang wajar kepada kemanusiaan. Semua manusia berhak memiliki hak tersebut. Artinya, di samping keabsahannya terjaga dalam eksistensi kemanusiaan juga terdapat kewajiban yang sungguh-sungguh untuk dimengerti, dipahami, dan bertanggungjawab untuk memeliharanya. Adanya hak pada seseorang berarti bahwa diminta dari padanya suatu sikap yang sesuai dengan keistimewaan yang ada pada orang lain.⁷ Pengertian hak asasi manusia juga terdapat dalam Pasal 1 Undang-undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, selanjutnya disebut Undang-Undang Hak Asasi Manusia, yang secara tegas menyebutkan bahwa hak asasi manusia merupakan seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerahnya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum dan pemerintah dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Hak asasi manusia merupakan suatu perangkat asas-asas yang timbul dari nilai-nilai yang kemudian menjadi kaidah-kaidah yang mengatur perilaku manusia dalam hubungannya dengan sesama manusia.

⁶ Miriam Budiardjo dikutip dari Ridwan, *Hukum Administrasi Negara*, cetakan pertama, UII Press, Yogyakarta, 2002, hlm. 3-4.

⁷ Majda El-muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, Prenada Media, Jakarta, 2005, Hal. 47.

Apapun yang diartikan atau dirumuskan dengan hak asasi, fenomena tersebut tetap merupakan suatu manifestasi dari nilai-nilai yang kemudian dikongkritkan menjadi kaidah dan norma.

Manusia adalah subyek hukum. Pada saat ini sebenarnya hukum secara formal mengakui hak asasi manusia, sehingga persoalan hukum dan hak asasi manusia adalah satu, dalam arti hukum yang memberikan pengayoman, kedamaian serta ketentraman manusia dalam bermasyarakat dan bernegara. Bagi bangsa Indonesia persoalan ini akan menjadi penting manakala dalam penjelasan UUD 1945 dinyatakan bahwa Indonesia adalah negara berdasarkan atas hukum.

Hukum merupakan salah satu sarana dan institusi sosial yang diperlukan bagi manusia dalam kehidupan bermasyarakat. Jadi pada hakikatnya ada dua aspek atau karakteristik yang menyatu pada diri manusia yaitu aspek kemanusiaan dan aspek kemasyarakatan. Kedua aspek atau karakteristik itulah yang pada hakikatnya ingin dipelihara dan dilindungi keseimbangannya oleh hukum.⁸

Keseimbangan antara aspek kemanusiaan dan kemasyarakatan mengandung makna perlunya keseimbangan dan keselarasan antara hak-hak perorangan (individual) di satu pihak dan hak kemasyarakatan (sosial) di lain pihak. Dengan perkataan lain, hukum harus merupakan manifestasi dan sekaligus pelindung hak asasi manusia secara individual dan hak asasi manusia pada hakikatnya tidak hanya merupakan karakteristik dan identitas yang melekat pada hukum, tetapi juga merupakan substansi dan jiwa dari hukum itu sendiri. Hukum yang secara substantif tidak memberikan jaminan perlindungan terhadap hak asasi manusia (baik sebagai hak perorangan maupun sebagai hak komunitas), pada hakikatnya

⁸ Laporan Akhir, *'Penelitian Pelaksanaan Hak Asasi Manusia (HAM) Sebagai Dukungan Politik Luar Negeri'*; oleh Fakultas Hukum Universitas Diponegoro yang dibiayai oleh Pusat Penelitian dan Pengembangan Departemen Luar Negeri, Semarang, 1991, hlm. 182.

merupakan hukum yang cacat sejak kelahirannya.⁹ Artinya persoalan hukum dan penegakannya adalah *in process* dan hal ini sama juga dengan persoalan hak asasi manusia yang juga *in process*. Sehingga pidana mati juga menjadi sesuatu yang penting kalau dilihat dari sudut pandang bagaimana menyeimbangkan kepentingan individu dan masyarakat yang merupakan korban dari kejahatan. Hukuman mati, ketika dilihat dari sisi ini, merupakan klep pengaman untuk menghindarkan terjadinya tindakan *extra legal execution* baik yang bisa menimpa pelaku atau pihak lain yang merasa dirugikan.¹⁰

Berdasarkan argumentasi tersebut di atas, Indonesia masih menerapkan hukuman mati pada sistem hukum pidananya (*retentionist*). Angka orang yang dihukum mati di Indonesia termasuk cukup tinggi setelah Cina, Amerika Serikat, Kongo, Arab Saudi, dan Iran. Dari data yang berhasil dikumpulkan oleh IMPARSIAL sejak 1982 hingga 2004, tidak kurang 63 orang di Indonesia yang berstatus sedang menunggu eksekusi, atau masih dalam proses upaya hukum di pengadilan lanjutan. Mereka terdiri 6 orang perempuan dan 57 orang laki-laki. Sementara sebelumnya telah dilakukan eksekusi terhadap 8 orang di antaranya telah menunggu lebih dari 10 tahun.¹¹ Diperkirakan angka terpidana yang akan dieksekusi akan semakin meningkat terus seiring dengan perkembangan dan bertambahnya peraturan perundang-undangan yang menetapkan pidana mati sebagai ancaman pidana.

Eksistensi pidana mati jika ditinjau dari sudut pandang Pancasila dan UUD 1945 yang memberikan jaminan hak hidup tidak dapat

⁹ *Ibid.*, hlm. 183.

¹⁰ Barda Nawawi Arief, *Masalah Pidana Mati dalam Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, makalah disampaikan pada Simposium Nasional Perspektif Terhadap Pidana Mati di Indonesia, yang diselenggarakan oleh Pusat Kajian Sistem Peradilan Pidana dalam rangka Dies Natalis ke 40 Fakultas Hukum Universitas Tujuh Belas Agustus, Semarang, 14 Agustus 2003, hlm. 4.

¹¹ Laporan, *Jalan Panjang Menghapus Praktik Hukuman Mati di Indonesia (Sebuah studi kebijakan di Indonesia)*, Tim Imparsial, Jakarta, Juni 2004, hlm. 2.

dihadapkan secara diametral (sama sekali bertentangan). Karena Pancasila haruslah dilihat sebagai bagian yang utuh dan bukan parsial. Hal ini sama dengan hak kebebasan pribadi (Pasal 4 Undang-Undang Hak Asasi Manusia) yang juga tidak dapat dihadapkan secara diametral dengan pidana penjara (perampasan kemerdekaan/kebebasan). Ketentuan dalam UUD 1945 dan Undang-Undang Hak Asasi Manusia bahwa setiap orang berhak untuk hidup, identik dengan Pasal 6 (1) KIHSP yang menyatakan, bahwa *every human being has the right to life*. Namun di dalam Pasal 6 (1) KIHSP, pernyataan itu dilanjutkan dengan kalimat tegas bahwa *no one shall be arbitrarily deprived of his life*. Jadi walaupun Pasal 6 (1) KIHSP menyatakan bahwa setiap manusia mempunyai hak untuk hidup, tetapi tidak berarti hak hidupnya tidak bisa dirampas yang tidak bisa dirampas adalah perampasan hak hidupnya secara sewenang-wenang (*arbitrarily deprived of his life*). Bahkan dalam Pasal 6 (2) KIHSP dinyatakan bahwa pidana mati tetap dimungkinkan untuk *the most serious crime*.¹² Selanjutnya bahkan diatur pula dalam berbagai dokumen internasional mengenai pedoman pelaksanaan pidana mati (lihat Resolusi *Ecosoc* PBB 1984/50 jo. Resolusi 1989/64 dan Resolusi 1996/15 yang mengatur *the Safeguards Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty*. Dalam Resolusi Komisi Hak Asasi Manusia 1999/61 juga masih ada penegasan, bahwa pidana mati jangan dijatuhkan kecuali untuk *the most serious crime*. (dengan pembatasan rambu-rambu: *intentional crimes with lethal or extremely grave consequences*).

Demikian pula di dalam Pasal 73 Undang-Undang Hak Asasi Manusia dinyatakan “hak dan kebebasan yang diatur dalam Undang-Undang ini hanya dapat dibatasi oleh dan berdasarkan undang-undang,

¹² Pasal 6 (2) itu lengkapnya sebagai berikut “*in countries which have not abolished death penalty, sentence of death may be imposed only formulation the most serious crimes in accordance with the law in force at the time of the commission of the crime and not contrary to the provisions of the present Covenant and the Convention on the Prevention and Punishment of the crime of Genocide. This penalty can only be carried out pursuant to a final judgement rendered by the competent court*”.

semata-mata untuk menjamin pengakuan dan penghormatan terhadap hak asasi manusia serta kebebasan dasar orang lain, kesusilaan, ketertiban umum dan kepentingan bangsa". Pasal 73 Undang-Undang Hak Asasi Manusia ini identik dengan Pasal 28 J ayat (2) UUD 1945.¹³

Eksistensi hukum pidana terkadang mengandung sifat *contradictive dualistic* atau paradoksal. Di satu pihak hukum pidana bermaksud melindungi kepentingan seseorang dan hak asasi manusia dengan merumuskan perbuatan terlarang, namun di lain pihak hukum pidana menyerang kepentingan hukum atau hak asasi dengan mengenakan sanksi pidana (pidana/tindakan) kepada si pelanggar norma. Oleh karena itu, hukum pidana sering dinyatakan sebagai pedang bermata dua.

Dari argumen di atas terlihat hukuman mati tidak bertentangan dengan nilai-nilai yang tercantum di dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945. Sehingga hukuman mati masih perlu dipertahankan sebagai ancaman hukuman bagi pelaku kejahatan. Walaupun demikian seharusnya penjatuhan pidana mati haruslah tetap selektif dan hanya dikenakan pada perbuatan atau kejahatan-kejahatan yang digolongkan sebagai kejahatan berat dan tertentu saja.

Berdasarkan pembahasan tersebut, dapat dicermati perkembangan yang terjadi dalam kerangka konsep RUU KUHP baru, yang menjadikan pidana mati sebagai pidana eksepsional untuk kejahatan-kejahatan berat. Di dalam hal ini, bentuk pidana mati yang dikenakan adalah pidana mati bersyarat (*conditional capital punishment*) yang mengandung arti bahwa pidana mati terhadap pelaku tindak pidana tertentu bisa diubah menjadi pidana sementara apabila dalam kurun waktu tertentu terpidana mati menunjukkan sikap yang baik dan terpuji.

Pidana mati menjadi pidana yang istimewa (khusus) dan upaya terakhir untuk mengayomi masyarakat. Sebagai pidana khusus dan upaya terakhir, meskipun putusan pengadilan telah memiliki kekuatan hukum

¹³ Barda Nawawi Arief, *Masalah Pidana Mati ... op.cit.*, hlm. 7.

yang tetap, pidana mati dapat ditunda. Hal ini dapat dilakukan dengan memberikan jangka waktu sebagai masa percobaan selama beberapa tahun apakah terdakwa dapat bersosialisasi dengan masyarakat? Jika pada masa percobaan tersebut terpidana menunjukkan rasa penyesalan dan ada harapan untuk diperbaiki, maka hukuman mati dapat ditangguhkan.

(2) Pengaturan Hukuman Mati dalam Perspektif Hak Asasi Manusia

Hukum positif Indonesia mengenal adanya hukuman/sanksi pidana mati yang merupakan penerapan perwujudan dari asas konkordansi yang tercermin dalam Pasal II Aturan Peralihan UUD 1945 yang menyatakan bahwa segala peraturan perundang– undangan yang ada masih berlaku sebelum diadakan yang baru menurut peraturan perundang–undangan di Indonesia, dan dikuatkan dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1946 tentang Pemberlakuan *Wetboek van Strafrecht (WvS)* yang dimiliki Belanda menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) di Indonesia.

Di dalam KUHP Bab II Pasal 10 dinyatakan mengenai macam-macam bentuk pidana, yaitu terdiri dari pidana pokok dan pidana tambahan. Pidana mati termasuk jenis pidana pokok yang menempati urutan yang pertama. Selain itu, juga banyak Undang-Undang lainnya yang juga mencantumkan pengaturan pemidanaan berupa pidana mati, yaitu Undang-Undang Nomor 7/Drt/1955 tentang Tindak Pidana Ekonomi, Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Tindak Pidana Penyalahgunaan Narkotika dan Psikotropika, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 yang telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Tindak Pidana Korupsi, Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme dan bahkan dalam RUU KUHP, hukuman mati masih tetap dipertahankan keberadaannya.

Lebih jelasnya, berikut adalah beberapa ketentuan dalam perundang-undangan Indonesia yang mengatur Pidana mati dalam bentuk tabel.

**Tabel: Pidana Mati
dalam Peraturan Perundang-Undangan di Indonesia**

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN	PASAL
Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1951 Tentang Sejata Api	Pasal 1 ayat (1)
Penetapan Presiden Nomor 5 Tahun 1959 tentang Wewenang Jaksa Agung/Jaksa Tentara Agung dalam hal memperberat ancaman hukuman terhadap tindak pidana yang membahayakan pelaksanaan perlengkapan sandang pangan	Pasal 2
Perpu Nomor 21 Tahun 1959 Tentang Memperberat Ancaman Hukuman terhadap Tindak Pidana Ekonomi	Pasal 1 ayat (1) dan (2)
Undang-Undang Nomor 11/PNPS/1963 tentang Pemberantasan Kegiatan Subversi	Pasal 13 ayat (1) dan (2), Pasal 1 ayat (1)
Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1976 tentang Perubahan dan Penambahan Beberapa Pasal dalam KUHP bertalian dengan Perluasan Berlakunya Ketentuan Perundang-Undangan Pidana Kejahatan Penerbangan dan Kejahatan Sarana/Prasarana Penerbangan	Pasal 3, Pasal 479 huruf (k) dan (o)
Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika	Pasal 59 ayat (2)
Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika	Pasal 60 ayat (1), (2), (3), Pasal 82 ayat (1), (2), dan (3)
Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi	Pasal 2 ayat (2)
Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia	Pasal 36, 37, 41, 42 ayat (3)
Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2003 Pemberantasan Tindak Pidana Terorisme	Pasal 6, 8, 9, 10, 14, 15, 16.

Sumber: Jurnal kajian wilayah Eropa, 2008.

Berdasarkan tabel di atas, dapat diketahui bahwa pidana mati juga diatur di dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, seperti pidana mati dalam Kitab Undang–Undang Hukum Pidana (KUHP) tercantum dalam Pasal 10 KUHP sebagai bagian dari pidana pokok. Dalam KUHP yang berlaku di Indonesia, terdapat 11 pasal yang sanksi pidananya diancam dengan pidana mati, yaitu:¹⁴

- a. Pasal 104: yang mengatur mengenai makar dengan membunuh presiden;
- b. Pasal 111 ayat (2): mengenai pengkhianatan dalam arti luas;
- c. Pasal 124 ayat (3) jo. Pasal 129: mengenai pengkhianatan dalam arti sempit (negara sahabat);
- d. Pasal 140 ayat (3): makar berencarana terhadap kepala negara sahabat;
- e. Pasal 185 jo. Pasal 340: duel yang dilakukan dengan rencana;
- f. Pasal 340: pembunuhan berencana;
- g. Pasal 365 ayat (4): pencurian dengan pemberatan;
- h. Pasal 368 ayat (2): pemerasan dengan pemberatan;
- i. Pasal 444: pembajakan yang berkibat matinya objek;
- j. Pasal 479 k ayat (2): pembajakan udara yang berakibat matinya objek dan hancurnya pesawat udara;
- k. Pasal 479 ayat (2): merujuk pada 3 pasal sebelumnya yaitu Pasal 479 l, Pasal 479 m, Pasal 479 n, yakni perbuatan kekerasan terhadap orang/pesawat atau menempatkan bom di pesawat udara dan mengakibatkan matinya objek atau rusaknya pesawat udara dalam dinas.

Pengaturan hukuman pidana mati dalam hukum positif Indonesia, tidak terlepas dari nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila. Yaitu

¹⁴ S.R. Sianturi & Mompang L. Panggabean, *Hukum Penintensia di Indonesia*, Alumni Ahaem–Petehaem, Jakarta, 1996, hlm. 55.

adanya pengakuan tentang manusia Indonesia sebagai makhluk Tuhan yang Maha Esa, dan oleh karena itu wujud pemidanaan harus disertai dengan keyakinan agama manapun yang dianut oleh masyarakat Indonesia. Pemidanaan terhadap seseorang harus diarahkan pada penyadaran iman akan tindakan kejahatan, agar mampu memberikan dampak positif dalam berperilaku sebagai manusia yang religius. Hal ini juga berarti, tanggungjawab pemidanaan tidak dapat dibebankan secara serta merta kepada si pelaku kejahatan, karena pada dasarnya kejahatan itu sendiri tidak dapat dilepaskan dari realitas kehidupan suatu masyarakat. Atas dasar pandangan tersebut, hukum pidana di Indonesia harus berorientasi kepada dua kepentingan, yakni kepentingan individu (pelaku kejahatan) dan kepentingan masyarakat, termasuk korban kejahatan.

Di dalam masyarakat pancasila, kedua-duanya (kepentingan individu dan masyarakat) menduduki posisi yang seimbang, saling melengkapi sekaligus saling membatasi. Keserasian antara dua kepentingan tersebut menjamin terwujudnya keadilan, ketentraman, dan keselarasan dalam masyarakat. Begitu juga, adanya pengaturan hukuman mati juga didasarkan pada ide keseimbangan untuk menghindari tuntutan reaksi masyarakat yang sifatnya balas dendam atau emosional (*extra legal execution*) terhadap pelaku kejahatan.¹⁵

Dari penegasan di atas, terlihat pengakuan dan keterjalinan antara aspek kemanusiaan dan aspek kemasyarakatan. Salah satu aspek kemanusiaan yang sangat mendasar ialah hak untuk hidup dan hak untuk melangsungkan kehidupannya. Hak ini sangat asasi karena diberikan langsung oleh Tuhan kepada setiap manusia, oleh karena itu setiap orang berhak untuk mempertahankan/membela diri terhadap setiap ancaman atau serangan yang tertuju pada keselamatan jiwanya. Karena hak hidup merupakan hak asasi manusia, maka perampasan nyawa oleh orang lain

¹⁵ J.E. Sahetapy, *Pidana Mati Dalam Negara Pancasila*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2007.

berupa pembunuhan atau oleh negara (berupa penjatuhan pidana mati) pada hakikatnya merupakan pelanggaran hak asasi manusia apabila dilakukan sewenang-sewenang atau tanpa dasar pembenaran yang sah menurut hukum yang berlaku.

Mengakui hak hidup sebagai hak yang sangat asasi, berarti perampasan hak hidup seseorang itu sekiranya terpaksa dilakukan, pada hakikatnya merupakan suatu perkecualian. Ini berarti, dilihat dari sudut hukum pidana sejauh mungkin pidana mati itu harus dihindari. Sekiranya terpaksa dijatuhkan harus sudah melewati prosedur yang sangat ketat. Prosedur atau tahap-tahap yang sangat ketat itu antara lain, hanya dapat dijatuhkan untuk delik-delik tertentu yang dipandang sangat jahat atau sangat serius, diberikan hak untuk minta pengampunan, peringanan, penundaan atau perubahan penggantian pidana mati setelah melewati masa tertentu.

Aspek kemanusiaan lainnya yang sangat asasi, dan juga dinyatakan di dalam pembukaan UUD 1945 adalah hak kemerdekaan dan kebebasan berkehidupan yang diawali dengan pernyataan bahwa kemerdekaan ialah hak segala bangsa (alinea ke-1). Di dalam pernyataan ini jelas terkandung pengakuan bahwa kemerdekaan itu ialah hak setiap orang/individu anggota masyarakat. Jadi “kemerdekaan” merupakan hak asasi manusia sekaligus hak asasi masyarakat/bangsa. Bertolak dari pernyataan yang sangat mendasar ini, selanjutnya ditegaskan pula dua aspek atau konsekuensi yang mendasar yaitu:

- a. “Penjajahan” harus dihapuskan karena tidak sesuai dengan perikemanusiaan dan perikeadilan (alinea ke-1).
- b. Hak untuk “berkehidupan kebangsaan yang bebas” (alinea ke-3).

Kedua hal di atas, merupakan konsekuensi logis dari pengakuan terhadap hak kemerdekaan, jika ada penjajahan dalam segala bentuknya.

Penjajahan pada hakikatnya merupakan bentuk-bentuk pelecehan, pelanggaran, perampasan, pengekangan atau penguasaan paksa dan sewenang-wenang atas hak kemerdekaan orang lain. Demikian pula dengan aspek kedua, tidaklah ada artinya pernyataan atau pengakuan akan hak kemerdekaan, apabila tidak ada kebebasan setiap bangsa/individu untuk menyelenggarakan dan mewujudkan kehidupannya secara bebas. Berkehidupan kebangsaan yang bebas mengandung aspek yang luas, tidak hanya berkehidupan berbangsa, bernegara, dan bermasyarakat, tetapi juga berkehidupan bebas secara perorangan/individu. Berkehidupan bebas juga mengandung makna dan aspek yang luas, yaitu kebebasan dalam seluruh aspek kehidupan ideologi, politik, ekonomi, sosial, dan budaya.

Hak kemerdekaan dan kebebasan seseorang mencakup makna dan aspek atau ruang lingkup yang sangat luas. Seseorang tidak hanya bebas dan merdeka terhadap keberadaannya (eksistensinya) sebagai manusia, tetapi juga di dalam menentukan, melangsungkan dan mempertahankan eksistensinya sebagai manusia dalam kehidupan pribadi maupun kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Keberadaan sebagai manusia dan kebebasan berkehidupan tidak hanya bersifat fisik, tetapi juga nonfisik. Telah dijelaskan di atas, bahwa kebebasan dapat juga meliputi seluruh aspek kehidupan. Ini berarti pada dasarnya ada kemerdekaan dan kebebasan seseorang di dalam berideologi, beragama, berkepercayaan, dan berkeyakinan politik, bernegara dan memilih kewarganegaraan, berpikir dan mengeluarkan pendapat, berkumpul dan berserikat, memilih pekerjaan dan usaha-usaha lain di bidang perekonomian, sosial, dan budaya.

Walaupun kemerdekaan dan kebebasan merupakan hak asasi manusia dan sekaligus hak asasi masyarakat, namun menurut pembukaan UUD 1945 bukanlah kebebasan yang liar dan tanpa tujuan. Hak kemerdekaan dan keinginan luhur untuk berkehidupan kebangsaan (termasuk berkehidupan perorangan), menurut pembukaan UUD 1945

ingin dicapai dengan membentuk pemerintahan negara Indonesia yang disusun dalam suatu UUD (alinea ke-4). Kemerdekaan dan kebebasan yang ingin dicapai adalah kebebasan dalam keteraturan atau kebebasan dalam suasana tertib hukum yang bertujuan mewujudkan kesejahteraan dan keadilan sosial serta perlindungan seluruh bangsa Indonesia.

UUD 1945 (hasil amandemen), khususnya Pasal 28A menyatakan bahwa *“setiap orang berhak untuk hidup, mempertahankan hidup, dan kehidupannya”*. Kemudian Pasal 28 I (1) juga menyatakan bahwa *“Hak untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan berpikir dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut adalah hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apa pun”*.

Berdasarkan pasal tersebut di atas, dapat dikatakan bahwa hak hidup adalah hak dasar yang harus dilindungi oleh negara, dalam artian penegakan hak asasi manusia tidak bersifat mutlak tanpa adanya limitasi. Sebagaimana diatur dalam Pasal 28A dan 28I perubahan kedua UUD 1945 yang pada pokoknya menentukan bahwa setiap orang berhak untuk hidup serta mempertahankan hidup dan kehidupannya, ternyata dibatasi dengan ketentuan Pasal 28J ayat (2) perubahan kedua UUD 1945 yang menegaskan bahwa dalam menjalankan hak dan kebebasan, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan oleh undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat yang demokratis.

Maka tak ada yang lebih melanggar hak untuk hidup, selain para pelaku kejahatan berat tersebut, dan bukannya pengadilan yang sah dan sesuai hukum yang telah menjatuhkan vonis pidana mati terhadap dirinya. Pidana mati dengan sendirinya bukan merupakan sesuatu yang diinginkan,

tetapi pidana yang mengerikan ini dipaksakan oleh realitas yang tidak terkontrol atau hilangnya kesadaran akan hidup bermasyarakat.

Pasal 28I UUD 1945 tidak hanya menyebutkan “hak untuk hidup”, tetapi juga “hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut”. Kalau inipun mau dimaknakan secara tanpa batas, maka segera harus dihapuskan ketentuan yang ada dalam Undang-Undang Pengadilan Hak Asasi Manusia baik yang berlaku di Indonesia maupun negara lain di dunia yang membolehkan penuntutan yang berlaku surut terhadap kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Sebagaimana telah diketahui dalam Teori Hukum, khususnya tentang penemuan hukum oleh hakim (*rechtvinding*), maka perlu diketahui bahwa salah satu jenis interpretasi adalah interpretasi sistematis, yang pada pokoknya adalah bahwa suatu pasal atau sub pasal dalam perundang-undangan, tidak bisa hanya dipahami secara parsial, tetapi harus dipahami kaitannya dengan pasal lain atau sub pasal lain atau bahkan dengan perundang-undangan lain. Hukum senantiasa harus dilihat dalam satu “sistem yang utuh”, dan tidak parsial.

Pasal 28A dan 28I UUD 1945 harus dihubungkan dengan Pasal 28J yang merupakan pembatasan, yang menentukan:

‘setiap orang wajib menghormati hak asasi manusia orang lain dan wajib tunduk pada pembatasan yang ditentukan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin penegakan dan penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain serta untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam satu masyarakat demokratis.’

Pasal 28J ayat (2) inilah yang menjadi dasar konstitusionalitas pengaturan hukuman pidana mati dalam perundang-undangan Indonesia, sepanjang pidana mati itu memenuhi kriteria yang ada dalam Pasal

tersebut. Apalagi pembatasan atau kekecualian yang diatur oleh Pasal 28J ayat (2), khususnya yang berkaitan dengan “untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral dan nilai agama”, tidak bisa dilepaskan dari lima sila yang terdapat dalam Pancasila, khususnya sila pertama: Ketuhanan Yang Maha Esa, merupakan bagian tak terpisahkan dari UUD 1945 yang ada dalam Pembukaan UUD 1945.

Oleh karena itulah, alasan bahwa “pidana mati adalah melanggar hak asasi manusia dan karena itu dihapuskan”, tidaklah tepat dan cenderung tendensius, sebab jika itu alasannya, maka harus disadari bahwa bukan hanya pidana mati yang melanggar hak asasi manusia, melainkan seluruh jenis “pidana mati” pada hakikatnya adalah “pelanggaran hak asasi manusia”, tetapi kemudian menjadi sah, karena diperkenankan/diatur oleh hukum yang berlaku. Polisi menahan seseorang tersangka, andaikata tidak didasarkan pada suatu ketentuan hukum yang berlaku, tentunya harus disebutkan sebagai juga pelanggaran hak asasi manusia. Ketika seorang dokter harus memilih untuk memutuskan menyelamatkan salah satu antara ibu atau anaknya ketika ada resiko kesehatan, maka juga harus disebut pelanggaran hak asasi manusia. Singkatnya, bukan hanya pidana mati, tetapi juga semua jenis hukuman pidana, pada hakikatnya merampas atau melanggar hak asasi manusia dari si terpidana, tetapi kemudian sah, karena sesuai ketentuan hukum yang berlaku.

Terlepas dari landasan pidana mati yang tertuang dalam berbagai perundang-undangan di Indonesia, yang sifatnya legalistik, maka di lain pihak, secara realistis, kondisi hukum di Indonesia memang masih sangat membutuhkan pelaksanaan hukuman pidana mati, tentunya khusus bagi kejahatan-kejahatan spesifik yang sudah dikemukakan di atas. Seyogyanya penjatuhan pidana mati hanya diputuskan oleh hakim, kalau kejahatan si terdakwa memang benar-benar terbukti dengan sangat menyakinkan alias “*beyond reasonable doubt*”.

Pidana mati merupakan pelanggaran hak asasi manusia sulit diterima, karena secara tegas Pasal 1 Undang Undang Republik Indonesia Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia menentukan bahwa:

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

Dengan begitu, Undang-Undang Hak Asasi Manusia ini juga mengakui hubungan secara tegas antara Tuhan Yang Maha Esa dan hak asasi manusia itu, diakui hak asasi manusia adalah anugerah Tuhan, dan oleh karenanya itu, jika Tuhan sendiri telah membolehkan penjatuhan dan pelaksanaan pidana mati untuk pelaku kejahatan-kejahatan jenis tertentu, maka sebagai manusia tidak seharusnya membangkang keinginan Tuhan yang telah memerintahkan penjatuhan dan pelaksanaan pidana mati untuk kejahatan-kejahatan tertentu.

Ulasan untuk menerima bahwa pidana mati harus dihapuskan, karena hanya Tuhan yang berhak mencabut nyawa manusia. Khususnya bagi yang beragama Islam sangat menyakini bahwa Allah SWT sendiri yang “telah memberi kewenangan” kepada manusia untuk melaksanakan pidana mati, bagi jenis-jenis kejahatan tertentu.

Pelaksanaan pidana mati bagi pelaku kejahatan luar biasa tersebut, merupakan perwujudan dari fungsi *“law is a tool of social engineering”*, sehingga hukum benar-benar aktif dan tidak sekedar reaktif dalam mengefektifkan pencapaian tujuan hukum: keadilan, kemanfaatan dan kepastian.

Bahkan sejatinya, hukuman berupa pidana mati itu sebenarnya sudah ada di atas bumi selama berabad-abad. Menurut David Anderson,¹⁶ belum pernah dalam sejarah ada opini besar yang menentang pidana mati. Terdapat perkecualian yaitu individu-individu yang telah bereaksi menentang pidana mati, serta pemerintah pemerintah di beberapa negara yang menghapuskan pidana mati pada masa-masa tertentu.

Salah satu aliran utama (*mainstream*) dalam filsafat hukum adalah ajaran *historis* dari Carl von Savigny, dimana inti ajarannya adalah bahwa hukum dan segala unsurnya, termasuk hak-hak dan kewajiban itu tidak universal, melainkan bersifat partikularistik, karena hukum itu bersumber dari *volkgeist* (*the soul of the people, jiwa bangsa*).¹⁷ Oleh karena jiwa dari setiap bangsa berbeda-beda, maka hukum dan semua unsur yang terkandung di dalamnya pun berbeda antara hukum bangsa satu dengan bangsa lainnya.

Filosof hukum yang sangat berwibawa ajaran-ajarannya, Immanuel Kant pernah mengutip *The Pharisaic maxim* yang menyatakan bahwa:¹⁸

"It's better that one man should die than that the whole people should perish. For if justice and righteousness perish, human life would no longer have any value in the world". (Lebih baik satu orang mati ketimbang segenap orang harus musnah. Karena kalau keadilan dan kebenaran musnah, kehidupan manusia tidak akan mempunyai nilai apa pun di dunia).

Pendapat dari Immanuel Kant ini sangat identik dengan Firman Allah dalam Surat Al-Maidah: 32,¹⁹ yaitu :

¹⁶ www.yesdeathpenalty.com.

¹⁷ *Journal De Jure*, Vol. 2 No. 1 2006, hlm. 22.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*, hlm. 22.

”Barangsiapa yang membunuh seorang manusia, bukan karena orang itu (membunuh) orang lain, atau bukan karena membuat kerusakan di muka bumi, maka seakan-akan dia telah membunuh manusia seluruhnya ...”

Negara-negara yang secara formal telah menghapuskan pidana mati dalam hukum positif, ternyata masih mempertahankan pasal-pasal KUHP mereka yang mengatur tentang *overmacht* dan *noodweer* dan *noodweer-exces*. Yang dimaksud *”overmacht”* adalah keadaan terpaksa, yang di dalam KUHP Indonesia diatur dalam Pasal 48 KUHP, sedang *”noodweer”* (pembelaan terpaksa) dan *”noodweer-exces”* (ekses pembelaan terpaksa) diatur dalam Pasal 49 KUHP.

Hakikatnya adalah bahwa dalam *”keadaan terpaksa”* maupun untuk *”pembelaan terpaksa”* dilegalkan seseorang untuk menghilangkan nyawa orang lain. Bagi negara-negara yang telah menghapuskan pidana mati, dengan alasan hanya Tuhan yang berhak mencabut nyawa manusia”, tidak berarti seseorang yang sedang terancam nyawanya untuk dibunuh, juga tidak punya hak untuk menyelamatkan nyawanya sendiri dengan terpaksa membunuh orang yang membahayakan jiwanya, hanya dengan alasan *”hanya Tuhan yang berhak untuk mencabut nyawa manusia”*.

Jika menghilangkan nyawa orang lain karena *”overmacht”* atau *”noodweer”* ataupun dalam peperangan merupakan kekecualian, mengapa vonis pidana mati hakim terhadap para pelaku kejahatan kejam juga tidak dapat dimasukkan sebagai kekecualian.

Selain pandangan filosofis yang telah dikemukakan di atas, maka demikian juga pandangan sosiologis di bidang hukum, menepis pandangan universalisme, karena kaum sosiologi hukum berangkat dari pandangan bahwa hukum beserta seluruh unsurnya, lahir dari kondisi-kondisi spesifik yang ada di setiap masyarakat. Sering diistilahkan bahwa *”hukum tidak*

jatuh begitu saja dari langit”, tetapi terbentuk dan dilaksanakan oleh pengaruh ”keroyokan” berbagai faktor non hukum, termasuk faktor ekonomi, politik, sosial, kultur, dan agama.

Pandangan tersebut turut membentuk pandangan terhadap konsep hak asasi manusia yang berlaku juga secara partikularistik, bukannya universal. Penulis berpendapat bahwa kondisi spesifik yang ada dalam setiap masyarakat, tidak boleh diabaikan dalam penerapan hak asasi manusia, termasuk dalam ”penerapan pidana mati”.

Mengutip istilah mantan anggota Komnas HAM Satjipto Rahardjo bahwa:²⁰

Hak asasi manusia mempunyai struktur sosial. Struktur sosial ini adalah realitas sosiologis yang merupakan model suatu bahasa untuk memahami dan mempraktikkan perlindungan hak asasi manusia ... mengatakan bahwa hak asasi manusia mempunyai struktur sosial adalah suatu pernyataan ilmiah.

Meskipun Indonesia menerapkan ”sistem hukum Eropa Kontinental” sebagai akibat penjajahan kolonial Hindia Belanda selama ratusan tahun, namun tidak berarti *volkgeist* bangsa Indonesia sama dengan *volkgeist* bangsa Belanda atau Eropa Barat. Apalagi setelah Indonesia berhasil memerdekakan diri dari kekuasaan Belanda, maka tentu saja, kita tidak lagi harus ”mengekor” kepada negara-negara Eropa Barat, termasuk dalam hal pandangan mereka terhadap ”pidana mati”. Kondisi penegakan hukum di Eropa Barat misalnya, jauh berbeda dengan kondisi penegakan hukum dewasa ini di Indonesia. Bangsa Indonesia lebih cocok dan lebih familier dengan kultur, filosofi dan penerapan hukum di Cina, Singapura dan Malaysia misalnya, sebagai sesama bangsa Timur. Ketiga negara yang disebutkan itu (Cina, Singapura, dan Malaysia) tetap

²⁰ Achmad Ali, *Menguak Realitas Hukum*, Jakarta, Prenada Media Group, 2008, hlm. 46.

menerapkan "pidana mati" untuk pelaku-pelaku kejahatan berat. Mengapa tidak mencoba mencari model yang juga berasal dari dunia "Barat", seperti Amerika Serikat, yang mana sampai hari ini di 38 negara bagiannya masih mempertahankan pidana mati.

Berdasarkan apa yang telah dikemukakan di atas, di Amerika Serikat sendiri, negara yang sering dijuluki *the leading democracy in the world*, mayoritas rakyatnya (sekitar 70%) masih sangat mendukung pidana mati. 38 dari 50 negara bagian di Amerika Serikat masih mempertahankan pidana mati dalam sistem peradilan mereka. Sebagian besar Presiden Amerika Serikat adalah pendukung penerapan pidana mati, termasuk di antaranya Ronald Reagan, George Bush, Bill Clinton, dan George W Bush.²¹

Pada konteks ini, pihak yang setuju dengan pengaturan hukuman pidana mati bagi pelaku kejahatan-kejahatan berat dan sadis, seperti koruptor kelas kakap, pengedar narkoba, pembunuh sadis, teroris dan pelaku genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan, beralasan bahwa hanya pidana mati yang membuat neraca keadilan menjadi seimbang dalam hal kejahatan-kejahatan berat tersebut di atas. Namun demikian, untuk mencegah terjadinya kekeliruan, maka para hakim hanya memvonis mati si terpidana yang benar-benar sudah sangat meyakinkan sebagai pelakunya, dengan seluruh bukti yang dapat mendukung dan tak ada keraguan lagi. Meminjam istilah agama, hakim harus sampai pada tahap "*haqqul yaqin*" bahwa dialah pelaku kejahatannya. Alasan yang mendasar adalah karena pidana mati dimaksudkan untuk memberi ganjaran yang adil bagi pelaku kejahatan berat serta sebagai tindakan preventif bagi yang lain agar tidak melakukan kejahatan yang sama.

²¹ *Ibid.*, hlm. 46 .

C. Penutup

Berdasarkan uraian sebagaimana tersebut di atas, maka dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. Perlindungan/penghormatan terhadap hak asasi manusia adalah merupakan salah satu unsur dari Negara Hukum baik *Rechstaat* maupun *The Rule of Law*. Oleh karena itu Indonesia sebagai Negara Hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3) UUD 1945, seharusnya juga harus melindungi dan menghormati hak asasi manusia dalam konstitusi dan peraturan perundang-undangannya dengan tetap menjiwai nilai-nilai yang terkandung dalam Pancasila sebagai ideologi dan dasar negara.
2. Pengaturan hukuman pidana mati dalam perundang-undangan Indonesia terhadap kejahatan-kejahatan tertentu (*extra ordinary crime*) bertujuan untuk melindungi hak asasi manusia yang dijiwai oleh nilai-nilai ideologi negara, Pancasila, dalam rangka menjamin dan menjaga keseimbangan hidup individu dan masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Achmad Ali, *Menguak Realitas Hukum*, Jakarta, Prenada Media Group, 2008.
- Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Hukum Pidana*, Jakarta, Prenada Media Group, 2008.
- Barda Nawawi Arief, *Masalah Pidana Mati dalam Perspektif Pembaharuan Hukum Pidana di Indonesia*, makalah disampaikan pada Simposium Nasional Perspektif Terhadap Pidana Mati di Indonesia, Semarang, Pusat Kajian Sistem Peradilan Pidana, Fakultas Hukum UNTAG, 2003.
- Eka Darmaputera, *Pancasila Identitas dan Modernitas Tinjauan Etis dan Budaya*, Jakarta, PT BPK Gunung Mulia, 1997.
- Madja El-muhtaj, *Hak Asasi Manusia dalam Konstitusi Indonesia*, Jakarta, Prenada Media, 2005.
- Fakultas Hukum Undip, *Laporan Penelitian Hak Asasi Manusia (HAM) sebagai dukungan Politik Luar Negeri*, Semarang, 1991.
- Andi Hamzah dan A. Sumangelipu, *Pidana Mati di Indonesia, Di Masa Lalu, Kini Dan Di Masa Depan*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 1984.
- Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang, Bayu Media Publishing, 2006.
- Todung Mulya Lubis & Alexander Lay, *Kontroversi Hukuman Mati*, Jakarta, Penerbit Buku Kompas, 2009.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Prenada Media, 2007.
- Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Yogyakarta, Liberty, 2007.
- Djoko Prakoso, *Masalah Pidana Mati*, Jakarta, Bina Aksara, 1987.

J.E. Sahetapy, *Pidana Mati Dalam Negara Pancasila*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2007.

S.R. Sianturi & Mompang L. Panggabean, *Hukum Penintensia di Indonesia*, Alumni Ahaem-Petehaem, Jakarta, 1996.

Tim Imparsial, *Jalan Panjang Menghapus Praktik Hukuman Mati Di Indonesia*, Jakarta, 2004.

Jurnal *De Jure* Vol. 2 No. 1, 2006.

Internet

<http://www.media.indonesia.com/berita.asp?id=152223>

<http://www.habibiecenter.or.id/download/trnskrip%20hkmn%20mati.pdf>

Sumber:<http://www.vhrmedia.com/vhr-news/bingkai,hukuman-mati-pedang-bermata-dua-65.html>

www.yesdeathpenalty.com.

TANGGUNG JAWAB PIDANA KORPORASI DALAM PELANGGARAN HAK ASASI MANUSIA YANG BERAT DAN IMPLIKASINYA TERHADAP PARADIGMA PEMIDANAAN

Mahrus Ali¹

A. Pendahuluan

Penelitian tentang perlunya menjadikan korporasi sebagai subjek delik dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat sehingga memungkinkan adanya tanggung jawab pidana dianggap penting karena didasarkan pada lima alasan. Alasan tersebut antara lain *pertama*, secara historis, Clapham pernah menyatakan bahwa Mahkamah Internasional Nuremberg pernah memutus beberapa organisasi sebagai organisasi yang terlarang, salah satunya adalah partai Nazi. Walaupun tidak ada satu korporasi yang diputus bersalah atas kejahatan perang yang dilakukan oleh Nazi, tapi putusan tersebut menjadi preseden bahwa korporasi bisa bertanggungjawab secara pidana atas kejahatan internasional yang dilakukannya.² Putusan ini paling tidak menjadi embrio perlunya korporasi dijadikan sebagai pelaku dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat .

Kedua, di dalam konteks Mahkamah Pidana Internasional Yugoslavia dan Rwanda, serta dalam Statuta Roma, tidak diakuinya korporasi sebagai pelaku pelanggaran hak asasi manusia yang berat sebenarnya lebih didasarkan kepada perbedaan sistem hukum. Banyak

¹ Mahrus Ali, S.H., M.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.

² Diane Marie Amann , 'Capital Punishment: Corporate Criminal Liability for Gross Violations of Human Rights' dalam *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001, hlm. 331-332.

negara mengakui korporasi sebagai subjek delik dalam sistem hukum nasional mereka, walaupun tidak sedikit juga yang menolaknya. Saland mendeskripsikan perdebatan yang muncul terkait hal tersebut dengan kalimat berikut:

*This matter deeply divided the delegations. For representatives of countries whose legal system does not provide for the criminal responsibility of legal entities, it was hard to accept its inclusion, which would have had far-reaching legal consequences for the question of complementarity. Others strongly favored the inclusion on grounds of efficiency Among the last opponents were Nordic countries, Switzerland, the Russian Federation and Japan. Some other countries opposed inclusion on procedural ... grounds. Time was running out Eventually, it was recognized that the issue could not be settled by consensus in Rome....*³

Selain masalah perbedaan sistem hukum di antara negara-negara yang mengakui dan yang tidak mengakui korporasi sebagai pelaku pelanggaran hak asasi manusia yang berat, persoalan tidak dimasukkannya korporasi sebagai pihak pada Mahkamah Pidana Internasional (MPI) atau *Internasional Criminal Court* didasarkan kepada prinsip komplementaritas. Negara-negara yang hukum nasionalnya tidak mengakui adanya penuntutan terhadap korporasi akan menolak penuntutan terhadap korporasi di hadapan MPI. Hal ini karena yurisdiksi MPI sendiri didasarkan kepada prinsip komplementaritas,⁴ dalam arti

³ Doug Cassel, 'Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts' dalam *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2008, hlm. 10.

⁴ Pasal 1 Statuta Roma menyatakan bahwa Mahkamah ini merupakan suatu lembaga permanen dan mempunyai kekuasaan untuk melaksanakan yurisdiksinya atas orang-orang untuk kejahatan paling serius yang menjadi perhatian internasional, sebagaimana dicantumkan dalam Statuta ini, dan merupakan pelengkap terhadap yurisdiksi kejahatan nasional. Kewenangan fungsi Mahkamah ini diatur oleh ketentuan-ketentuan Statuta ini.

MPI hanya memiliki yurisdiksi ketika sistem peradilan pidana nasional suatu negara tidak mau (*unwilling*) atau tidak mampu (*unable*) mengadili pelaku.⁵ Negara-negara yang sistem hukum nasionalnya tidak mengakui korporasi sebagai pelaku dan kemudian masuk dalam kategori tidak mampu, maka MPI secara otomatis akan memiliki yurisdiksi untuk mengadili korporasi tersebut. Persoalan inilah yang menjadi alasan mengapa korporasi tidak diakui sebagai pelaku dalam MPI.⁶

Ketiga, fakta yang tak bisa dipungkiri adalah bahwa peranan korporasi, terutama korporasi multinasional (*multinational corporation/* MNC), telah memberikan andil yang sangat besar terhadap pertumbuhan ekonomi suatu negara, seperti meningkatkan penerimaan pajak dan standar hidup masyarakat, menciptakan lapangan pekerjaan, serta berkontribusi positif terhadap pertumbuhan suatu negara. Bahkan, dalam beberapa aspek peranan korporasi melebihi peranan dan pengaruh suatu negara.⁷ Peranan tersebut tidak jarang menimbulkan efek yang tidak diinginkan seperti terjadinya kejahatan yang aktor utamanya adalah korporasi.

⁵ Ada tiga indikator untuk menentukan bahwa suatu negara tidak mau (*unwilling*), yaitu (1) langkah-langkah hukum sudah atau sedang dilakukan atau keputusan nasional diambil untuk tujuan melindungi orang yang bersangkutan dari tanggungjawab pidana atas kejahatan yang berada di bawah yurisdiksi Mahkamah sebagaimana tercantum dalam Pasal 5; (2) ada suatu penangguhan yang tidak dapat dibenarkan dalam langkah-langkah hukum yang dalam keadaan itu tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan pengadilan; dan (3) langkah-langkah hukum dulu atau sekarang tidak dilakukan secara mandiri atau tidak memihak, dan langkah-langkah tersebut Odilakukan dengan cara dimana, dalam hal itu, tidak sesuai dengan maksud untuk membawa orang yang bersangkutan ke depan pengadilan. Sedangkan indikator untuk menentukan suatu negara tidak mampu (*unable*) adalah Mahkamah mempertimbangkan apakah, disebabkan oleh keruntuhan menyeluruh atau sebagian besar dari sistem pengadilan nasionalnya, negara tersebut tidak mampu menghasilkan tertuduh atau bukti dan kesaksian yang perlu atau sebaliknya tidak dapat melaksanakan langkah-langkah hukumnya (Pasal 17 ayat (3) Statuta Roma 1998). Lihat Mahrus Ali dan Syarif Nurhidayat, *Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat In Court System & Out Court System*, Gramata Publishing, Jakarta, 2011, hlm. 56-57.

⁶ Doug Cassel, *op.cit.*, hlm. 10

⁷ Cf. Henry J. Steiner, 'Organizational Irrationality and Corporate Human Rights Violations' dalam *Harvard Law Review*, 2009, hlm. 1931.

Keempat, dari tahun ke tahun, kuantitas korporasi terutama korporasi multinasional mengalami peningkatan yang luar biasa. Pada tahun 1999 jumlah MNC induk (*parent multinational corporation*) adalah sebanyak 60.000 dengan MNC cabang yang tersebar di banyak negara sebanyak 500.000,⁸ tahun 2005 jumlah tersebut meningkat drastis, yakni sebanyak 77.000 MNC induk dan 770.000 MNC cabang.⁹ Hal ini menunjukkan bahwa 29 hingga 51% perekonomian dunia dikuasi oleh korporasi tersebut.¹⁰ Dominasi korporasi terhadap sebagian besar perekonomian dunia, oleh Sara Sun Beale disebut sebagai pencapaian yang mencengangkan dalam sejarah manusia, apalagi jika dilihat keuntungan yang diperoleh korporasi dari aktivitas bisnisnya. Sebagai contoh, pada tahun 2008 keuntungan sepuluh korporasi terbesar di Amerika Serikat mencapai lebih dari 2,1 triliun dolar.¹¹ Namun demikian, peranan penting dan positif korporasi terhadap pertumbuhan ekonomi suatu negara seringkali diikuti oleh pelanggaran-pelanggaran yang mengarah pada hukum pidana. Korporasi seringkali melakukan *unfair business* yang tidak hanya merugikan suatu negara dan konsumen, tapi juga dapat dikategorikan sebagai tindak pidana.

Kelima, dalam beberapa kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat, korporasi sering melakukan delik penyertaan, baik dalam bentuk turut serta atau membantu orang lain melakukan delik. Hal ini dapat dilihat dari beberapa kasus berikut, (a) perusahaan traktor yang menjual bulldoser kepada militer Israel yang digunakan untuk menghancurkan rumah-rumah warga Palestina; (b) perusahaan Chiquitta diduga menyewa

⁸ Phillip I. Blumberg, 'Asserting Human Rights Against Multinational Corporations Under United States Law: Conceptual and Procedural Problems' dalam *American Journal of Comparative Law*, 2002, hlm. 493.

⁹ Jonathan Clough, 'Punishing the Parent: Corporate Criminal Complicity In Human Rights Abuses' dalam *Brooklyn Journal of International Law*, 2008, hlm. 899

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Sara Sun Beale, 'A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability' dalam *American Criminal Law Review*, Vol. 46, 2009, hlm. 1483.

kelompok sipil bersenjata Kolumbia untuk menjaga perusahaan tanaman pepaya dari serikat kerja oposisi dan kerusuhan massa; (c) Banque Nationale Paris Paribas, mengucurkan dana bagi rezim Saddam Husein dalam melakukan pelanggaran terhadap aturan PBB mengenai program minyak untuk makanan; (d) Yahoo yang memberikan informasi kepada pemerintah Cina untuk melakukan penyiksaan terhadap aktivis hak asasi manusia; dan (e) perusahaan tambang Drummond menyewa kelompok sipil bersenjata Kolumbia untuk membunuh aktivis buruh.¹²

Di Indonesia, kasus sengketa lahan di Mesuji yang menyebabkan beberapa orang meninggal dan kasus penembakan polisi terhadap demonstran di pelabuhan Sape, Bima, Nusa Tenggara Barat merupakan potret bahwa korporasi memiliki peran yang tidak kecil dalam terjadinya konflik yang berkepanjangan yang mengarah kepada pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Komisi Nasional Hak Asasi Manusia Indonesia telah menyatakan bahwa kasus penembakan tersebut merupakan pelanggaran hak asasi manusia.

B. Dari Hak Sipil-Politik Menuju Hak Kolektif

Agar korporasi bisa dipertanggungjawabkan secara pidana atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukannya, langkah pertama yang perlu dilakukan adalah dengan menerapkan cakupan hak asasi manusia yang lebih luas dalam Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang meliputi, tidak hanya hak sipil politik tapi juga hak ekonomi, sosial dan budaya, bahkan hak kolektif ke dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Adanya pengaturan dalam undang-undang tersebut yang menyatakan bahwa pelanggaran hak asasi manusia yang berat hanya terjadi dalam konteks hak sipil politik, pada dasarnya merupakan reduksi terhadap esensi hak asasi manusia yang memiliki makna dan dimensi yang sangat luas.

¹² Doug Cassel, *Corporate Aiding ... op.cit.*, hlm. 7.

Cara pandang tersebut ingin mendorong agar pelanggaran hak asasi manusia yang berat tidak hanya bisa terjadi terhadap hak sipil dan politik, tetapi juga terhadap hak ekonomi, sosial dan budaya, bahkan terhadap hak-hak kolektif. Adanya pembatasan bahwa pelanggaran hak asasi manusia yang berat hanya terjadi pada hak sipil dan politik sesungguhnya menunjukkan penggunaan cara pandang/paradigma lama dalam memandang kejahatan. Paradigm lama tersebut menyatakan bahwa kejahatan, apapun jenisnya, termasuk pelanggaran hak asasi manusia yang berat, hanyalah bisa dilakukan oleh manusia. Padahal, perkembangan mutakhir dalam ilmu hukum pidana menunjukkan bahwa korporasi juga bisa melakukan kejahatan, bahkan efek yang ditimbulkannya jauh lebih besar dibandingkan dengan kejahatan yang dilakukan oleh manusia. Oleh karena itu, sudah saatnya memasukkan korporasi sebagai pelaku pelanggaran hak asasi manusia yang berat dengan merubah cara pandang bahwa pelanggaran hak asasi manusia yang berat bisa dilakukan oleh manusia dan korporasi, serta memperluas cakupan hak asasi manusia yang dilanggar tidak hanya terbatas pada hak sipil politik, tetapi juga terhadap hak ekonomi, sosial, budaya bahkan terhadap hak kolektif.

Hak sipil dan politik dimaknai sebagai hak yang dimiliki warga negara ketika berhadapan dengan entitas negara yang memiliki kedaulatan. Hak-hak yang dimiliki warga negara sebagai warga sipil dalam sebuah negara, dan juga hak politik warga, yang memiliki kedudukan sama dalam pandangan negara, tidak ada diskriminasi dan sebagainya dalam kedudukannya sebagai warga negara maupun sebagai subjek hukum. Vierdag mengkategorikan hak sipil dan politik ini sebagai hak negatif (*negative right*), karena untuk merealisasikannya negara harus diam dan tidak melakukan tindakan (pasif), sehingga perumusannya menggunakan terminology *freedom from* (bebas dari).¹³

¹³ Krisdyatmiko, 'Konsep Dasar, Sejarah dan Perkembangan HAM dan Hak-hak Warga Negara', makalah disampaikan dalam Workshop 11, *Penguatan Hukum Adat, HAM dan Pluralisme*, Hotel Mahkota Plaza, SOE-NTT tanggal 27-28 Pebruari 2004.

Secara rinci, kategori hak sipil dan politik antara lain sebagai berikut:

1. Setiap manusia berhak atas hak untuk hidup yang melekat pada dirinya. Hak ini wajib dilindungi oleh hukum. Tidak seorang pun dapat dirampas hak hidupnya secara sewenang-wenang;
2. Tidak seorang pun yang dapat dikenakan penyiksaan atau perlakuan atau hukuman lain yang keji, tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Pada khususnya, tidak seorang pun dapat dijadikan obyek eksperimen medis atau ilmiah tanpa persetujuan yang diberikan secara bebas;
3. Tidak seorang pun dapat diperbudak; perbudakan dan perdagangan budak dalam segala bentuknya harus dilarang;
4. Setiap orang berhak atas kebebasan dan keamanan pribadi;
5. Setiap orang yang secara sah berada dalam wilayah suatu negara, berhak atas kebebasan untuk bergerak dan kebebasan untuk memilih tempat tinggalnya dalam wilayah tersebut;
6. Semua orang mempunyai kedudukan yang sama di hadapan pengadilan dan badan peradilan;
7. Setiap orang berhak atas kebebasan berpikir, berkeyakinan dan beragama;
8. Setiap orang berhak atas kebebasan untuk menyatakan pendapat;
9. Dilarang adanya setiap bentuk diskriminasi.¹⁴

Hak ekonomi, sosial dan budaya dimaknai sebagai hak asasi manusia yang merepresentasikan manusia sebagai makhluk yang mampu berkarya dan membutuhkan perangkat tertentu untuk dapat *survive* dalam

¹⁴ Lebih lengkap dan jelas dapat dibaca dalam konvensi Internasional Hak-Hak Sipil dan Politik, Bagian II, Pasal 6 hingga Pasal 27.

kelanjutan kehidupannya. Vierdag mengategorikan hak ekonomi, sosial dan budaya sebagai hak positif (*positive right*), karena untuk merealisasikan hak-hak tersebut, peran aktif negara sangat dibutuhkan sehingga dalam merumuskan hak-hak ekonomi sosial dan budaya menggunakan istilah *right to* (berhak atas).¹⁵ Hak ekonomi, sosial dan budaya memiliki arti yang sangat penting bagi kehidupan manusia, dan oleh karena itu, penting pula pengaturannya. Setidaknya ada tiga alasan mengapa hak ekonomi, sosial dan budaya sangat bernilai penting, yaitu *pertama*, hak ekonomi, sosial dan budaya mencakup kebutuhan pokok (*basic necessities*) bagi seluruh umat manusia seperti makanan yang cukup, pelayanan kesehatan, dan perumahan yang layak. *Kedua*, hak ekonomi, sosial dan budaya tidak bisa dipisahkan dengan hak asasi manusia yang lainnya. Kesalingterkaitan (*interdependency*) hak asasi manusia adalah realitas yang tidak bisa dihindari saat ini. Misalnya, hak untuk memilih dan kebebasan mengeluarkan pendapat tidak akan berarti bagi mereka yang berpendidikan rendah karena pendapatan mereka tidak cukup untuk membiayai sekolah. *Ketiga*, hak ekonomi, sosial dan budaya mengubah kebutuhan menjadi hak dasar atas keadilan dan martabat manusia. Hak ekonomi, sosial budaya memungkinkan masyarakat menjadikan kebutuhan pokok mereka sebagai sebuah hak yang harus diklaim (*rights to claim*) dan bukannya sumbangan yang didapat (*charity to receive*).¹⁶

Hak-hak ekonomi, sosial dan budaya secara garis besar dapat dirinci sebagai berikut:

1. Hak untuk bekerja, hak atas kebebasan memilih pekerjaan, hak atas kondisi tempat kerja yang adil dan menguntungkan, hak atas perlindungan terhadap pengangguran, hak atas pembayaran yang sesuai dengan pekerjaan dan hak atas penggajian yang adil dan menguntungkan;

¹⁵ Krisdyatmiko, *Konsep Dasar ... loc. cit.*

¹⁶ Agung Yudhawiranata, *Wacana Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya Pasca Rezim Otoritarian*, artikel Ilmiah dapat diakses melalui www.elsam.or.id/ 22 April 2012.

2. Hak untuk membentuk dan menjadi anggota serikat pekerja;
3. Hak atas perumahan;
4. Hak untuk memperoleh pelayanan kesehatan, pengobatan, jaminan sosial, dan pelayanan-pelayanan sosial;
5. Hak untuk memperoleh kesempatan yang sama untuk berpartisipasi dalam peristiwa-peristiwa budaya;
6. Hak untuk memperoleh kesempatan yang sama ke tempat dan pelayanan manapun yang ditujukan untuk digunakan oleh masyarakat, seperti sarana transportasi, penginapan, rumah makan, warung kopi, bioskop dan taman.¹⁷

Hak kolektif muncul seiring dengan pembangunan dan kemajuan dalam suatu negara yang terkadang mengesampingkan dampak-dampak buruk yang diakibatkan dan masyarakat menjadi korban dari pembangunan tersebut. Hak kolektif meliputi hak atas perkembangan/kemajuan (*development*), hak atas perdamaian, hak atas lingkungan yang bersih, dan hak atas kekayaan alam, serta hak atas warisan budaya.¹⁸ Hak kolektif ini tidak dimiliki oleh persorangan atau individu, akan tetapi dimiliki oleh sebuah komunitas masyarakat dalam suatu negara yang berdaulat.

Munculnya hak kolektif adalah sebagai reaksi terhadap proses pembangunan dalam suatu negara. Adanya kecenderungan diskriminasi dan tidak adanya pemerataan dalam hal pembangunan ekonomi dan juga infrastruktur, serta munculnya ketidakadilan dengan mengorbankan sekelompok masyarakat demi pembangunan dan kemajuan kelompok

¹⁷ Dapat dibaca dalam Konvensi Internasional Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Rasial, pasal 5 (lima) huruf e, juga bisa dilacak dalam Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya.

¹⁸ Satjipto Rahardjo, 'HAM dalam Masyarakat' dalam Muladi (ed), *HAM, Hakikat, Konsep dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, Cetakan Pertama, Refika Aditama, Bandung, 2005, hlm. 220.

yang lain, membuat hak kolektif ini dirasakan semakin penting adanya. Hak kolektif cenderung dilanggar oleh negara yang sedang berkembang dan gencar dalam membangun seperti di Indonesia. Kasus pelanggaran hak asasi manusia dalam proses pembuatan waduk Kedungombo, kerusakan lingkungan di sekitar tambang emas Freeport, relokasi kaum pinggiran dengan tidak diikuti dengan ganti rugi yang memadai, merupakan contoh kecil dari pelanggaran hak-hak kolektif oleh negara.¹⁹ Contoh-contoh kejadian tersebut merupakan bentuk kejahatan terhadap hak kolektif masyarakat berupa kesejahteraan dan kedamaian hidup dalam suasana yang sehat.

C. Mengapa Korporasi Perlu Dijadikan Subjek Delik?

Manakala pelanggaran hak asasi manusia yang berat bisa dilakukan oleh korporasi dengan cara merubah cara pandang bahwa pelanggaran hak asasi manusia tidak hanya terjadi dalam konteks hak sipil politik dan hanya bisa dilakukan oleh pelaku manusia, tetapi juga terjadi dalam konteks hak ekonomi, sosial, budaya bahkan hak kolektif dan juga bisa dilakukan oleh korporasi, maka langkah berikutnya adalah mencari alasan-alasan pembenar perlunya korporasi dijadikan sebagai subjek delik dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Secara historis, diakuinya korporasi sebagai subjek delik muncul tidak melalui penelitian yang mendalam dari para ahli, tetapi lebih sebagai akibat dari kecenderungan dari formalisme hukum (*legal formalism*). Doktrin pertanggungjawaban pidana korporasi telah berkembang tanpa adanya teori yang membenarkannya. Korporasi akhirnya dianggap sebagai subjek hukum layaknya manusia melalui peran pengadilan. Hakim di dalam sistem *common law* melakukan suatu analogi atas subjek hukum manusia, sehingga korporasi juga memiliki identitas hukum dan

¹⁹ Lihat dalam A. Irmanputra Sidin, *Korupsi dan HAM (Mencari Sosok Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi)*, Opini dalam MaPPI FH UI, hlm. 3 diakses melalui www.pemantauperadilan.com, pada 17 April 2012/ 00.30.

penguasaan kekayaan dari pengurus yang menciptakannya.²⁰

Para hakim yang pada waktu itu tidak memiliki banyak teori untuk membebaskan tindakan para agen kepada korporasi, berusaha dengan suatu pertanyaan apakah suatu korporasi, dengan entitas hukum tanpa memiliki bentuk psikis yang jelas, dapat juga dipersyaratkan memiliki tindakan psikologis untuk adanya suatu penuntutan sebagaimana halnya kejahatan-kejahatan lain yang mensyaratkan adanya hal itu.²¹ Berdasarkan pemikiran ini, akhirnya “disepakati” bahwa korporasi juga dianggap sebagai subjek hukum yang bertanggung jawab hanya pada kejahatan-kejahatan ringan. Konsep ini bertahan hingga akhir abad ke-19. Pada abad itu, pertanggungjawaban korporasi berkembang ke suatu pemikiran bahwa korporasi bertanggung jawab atas tindakan-tindakan para agen.²²

Pengakuan korporasi sebagai subjek delik dalam hukum pidana didasarkan oleh suatu fakta bahwa korporasi merupakan aktor utama dalam perekonomian dunia, sehingga kehadiran hukum pidana dianggap sebagai metode yang paling efektif untuk mempengaruhi tindakan-tindakan aktor rasional korporasi.²³ Adanya anggapan para ahli hukum pidana bahwa korporasi merupakan entitas yang semu yang tidak memiliki eksistensi terpisah dari individu-individu yang bertindak atas nama entitas fiktif sehingga penjatuhan pidana kepadanya dianggap tidak adil karena yang menjadi korban adalah pihak ketiga, seperti pemegang saham atau pekerja, menurut Sara Sun Beale, merupakan kesalahan fatal. Dikatakan oleh Sara bahwa korporasi sesungguhnya tidak fiktif, tetapi memiliki kekuasaan yang sangat besar, sangat nyata, dan tindakan para aktornya

²⁰ Andrew Weissmaan dan David Newman, 'Rethinking Criminal Corporate Liability' dalam *Indiana Law Journal*, Vol. 82, No. 411, 2007, hlm. 418-419.

²¹ Yedidia Z. Stern, 'Corporate Criminal Personal Liability-Who Is The Corporation?' dalam *Journal of Corporation Law*, 1987, hlm. 125.

²² *Ibid.*, hlm. 420.

²³ Pamela H. Bucy, 'Trends In Corporate Criminal Prosecutions' dalam *American Criminal Law Review*, 2007, hlm. 1288.

seringkali menimbulkan kerugian yang signifikan baik terhadap individu-individu maupun masyarakat secara keseluruhan.²⁴

Korporasi seringkali mendapatkan keuntungan yang sangat besar sementara kerugiannya diderita masyarakat. Oleh karenanya, sanksi perdata yang dijatuhkan kepadanya tidak akan mungkin seimbang,²⁵ sehingga sanksi pidana diperlukan dalam konteks ini.²⁶ Tindakan korporasi melalui agen-agensinya pada satu sisi seringkali menimbulkan kerugian yang sangat besar di masyarakat, sehingga kehadiran sanksi pidana diharapkan mampu mencegahnya dari mengulangi tindakannya itu.²⁷

Pada konteks pelanggaran hak asasi manusia yang berat, korporasi tidak diakui sebagai subjek delik. Baik Statuta Roma maupun Undang-Undang tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia hanya mengakui individu sebagai subjek hukum dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Ketika terjadi perkara pelanggaran hak asasi manusia yang berat, maka Mahkamah Pidana Internasional (*International Criminal Court*) dan/atau Pengadilan Hak Asasi Manusia hanya berwenang mengadili perkara tersebut bila pelakunya adalah individu, bukan korporasi atau negara. Sebab, Statuta Roma dan Pengadilan Hak Asasi Manusia hanya mengenal pertanggungjawaban pidana individu (*individual criminal responsibility*), bukan pertanggungjawaban pidana korporasi (*corporate criminal responsibility*).

Benar bahwa Statuta Roma secara eksplisit hanya mengakui pertanggungjawaban pidana individu, namun yang menarik adalah

²⁴ Sara Sun Baele, a Response ... *op.cit.*, hlm. 1482.

²⁵ Beth Stephens, 'The Amoral of Profit: Transnational Corporations and Human Rights' dalam *Berkeley Journal of International Law*, 2002, hlm. 46.

²⁶ Dwidja Priyanto, *Kebijakan Legislatif Tentang Sistem Pertanggungjawaban Korporasi di Indonesia*, CV. Utomo, Bandung, 2004, hlm. 27-28, dan Mahrus Ali, *Kejahatan Korporasi*, Arti Bumi Intaran, Yogyakarta, 2008.

²⁷ Geraldine Szott Moohr, 'On The Prospects Of Deterring Corporate Crime' dalam *Journal of Business & Technology Law*, 2007, hlm. 27.

bahwa ternyata beberapa negara, seperti Kanada dan Australia,²⁸ mengakui eksistensi korporasi sebagai subjek delik dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat dan menerapkannya dalam kasus-kasus yang melibatkan korporasi. Perlunya korporasi diakui sebagai subjek delik dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat didasarkan kepada empat alasan antara lain *pertama*, perluasan subjek delik yang meliputi korporasi multinasional akan berguna, karena kadangkala negara-negara, tempat di mana korporasi melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, tidak bersedia atau tidak memiliki kekuatan (*powerless*) untuk menjatuhkan sanksi pidana kepada korporasi disebabkan adanya rasa takut bahwa negara tersebut akan menanggung konsekuensi ekonomi yang bersifat negatif. *Kedua*, dewasa ini peranan korporasi multinasional untuk melakukan kejahatan-kejahatan bisnis dan lingkungan hidup dalam skala yang besar seringkali terjadi dan kadangkala menimbulkan efek negatif yang berkepanjangan dan luar biasa. *Ketiga*, tidak sedikit korporasi yang memiliki “kebiasaan” melakukan tindak pidana dengan memelihara budaya korporasi yang memungkinkan terjadinya perbuatan-perbuatan yang dilarang.²⁹ Artinya, korporasi “memaksa” agen-agen agar terbiasa melakukan tindak pidana termasuk pelanggaran hak asasi manusia yang berat, dengan tujuan agar keuntungan finansial yang diperoleh dalam jumlah yang besar dengan risiko yang kecil.

Keempat, dalam beberapa kasus seringkali korporasi terlibat langsung dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang serius dan sistematis, seperti pembunuhan, penyiksaan, penangkapan secara tidak sah, kerja paksa, bentuk-bentuk lain eksploitasi anak, pelanggaran

²⁸ W. Cory Wanless, 'Corporate Liability For International Crimes Under Canada's Crimes Against Humanity And War Crimes Act' dalam *Journal of International Criminal Justice*, 2009, hlm. 207-210, dan Joanna Kyriakakis, 'Australian Prosecution of Corporations For International Crimes' dalam *Journal of International Criminal Justice*, 2007, hlm. 810-819.

²⁹ Thomas Weigend, 'Societas Delinquere Non Potest? A German Perspective' dalam *Journal of International Criminal Justice*, 2008, hlm. 931-932.

hak asasi manusia yang berat terhadap individu dalam situasi perang dan konflik, dan kerusakan yang sangat parah terhadap lingkungan hidup.³⁰

D. Kerangka Teoritis Tindak Pidana oleh Korporasi dan Perumusannya dalam Genosida dan Kejahatan Terhadap Kemanusiaan.

Ketika korporasi diakui sebagai subjek delik dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, maka pertanyaannya adalah kerangka teoritis apa yang digunakan untuk menentukan bahwa korporasi melakukan tindak pidana? Bagaimana merumuskan tindak pidana yang dilakukan oleh korporasi dalam kasus genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan? Dua pertanyaan ini penting karena teori-teori tentang tindak pidana dan perumusannya yang lazim ditulis oleh para ahli hukum pidana masih mengacu kepada suatu konsep bahwa pelaku tindak pidana adalah manusia, tidak meliputi korporasi.

Moeljatno, salah seorang ahli pidana menyebutkna bahwa tindak pidana (*criminal act*) adalah perbuatan yang dilarang oleh suatu aturan hukum, larangan mana disertai ancaman (sanksi) yang berupa pidana tertentu, bagi barang siapa yang melanggar larangan tersebut.³¹ Berdasarkan pengertian ini, dapat disimpulkan bahwa tindak pidana hanya terkait dengan perbuatan yang dilakukan oleh pelaku tindak pidana dan perbuatan itu bersifat melawan hukum. Pengertian ini mengeluarkan aspek kesalahan pelaku karena hal itu sudah masuk dalam perbincangan pertanggungjawaban pidana. Jika dirinci, maka pengertian tindak pidana di atas mengarah kepada dua hal, yaitu tindak pidana yang dilakukan

³⁰ Andrew Clapham, 'Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups' dalam *Journal of International Criminal Justice*, 2008, hlm. 903; Gregory G.A. Tzeutschler, 'Corporate Violator: the Alien Tort Liability of Transnational Corporations for Human Rights Abuses Abroad' dalam *Columbia Human Rights Law Review*, 1999, hlm. 409-422.

³¹ Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, cet. 8, Edisi Revisi, Rineka Cipta, Jakarta, 2008, hlm. 59.

secara aktif (*commision act*/delik komisi) dan tindak pidana yang dilakukan secara pasif (*omission act*/delik omisi).

Delik komisi adalah delik yang berupa pelanggaran terhadap larangan atau berbuat sesuatu yang dilarang, misalnya melakukan pencurian. Sedangkan delik omisi adalah berupa pelanggaran terhadap perintah, yaitu tidak berbuat sesuatu yang diperintah. Seseorang pada dasarnya diwajibkan untuk melakukan suatu tindakan atau perbuatan, tapi orang itu malah diam atau mengabaikan kewajibannya itu. Singkatnya, seseorang hanya memiliki kewajiban untuk bertindak manakala ia dibebani kewajiban hukum untuk itu (*One is only under a duty to act when one is under a legal obligation*).³²

Pengertian tindak pidana termasuk juga indikator ada tidaknya delik omisi pada perbuatan seseorang di atas, sesungguhnya merupakan pengertian/konsep yang secara umum berlaku untuk orang, tidak termasuk pengertian tindak pidana oleh korporasi. Konstruksi pengertian tindak pidana yang secara khusus diperuntukkan bagi korporasi tentu saja berbeda dengan konstruksi tindak pidana yang dilakukan orang. Hal ini karena sifat yang ada pada suatu korporasi pada kenyataannya berbeda dengan sifat yang melekat pada orang. Salah satu hal yang membedakan antara keduanya adalah, korporasi tidak mempunyai jiwa dan pikiran, berbeda dengan orang (manusia) yang mempunyai kedua sifat tersebut.

³² C.M.V. Clarkson, *Understanding Criminal Law*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell Ltd. London, 1998, hlm. 46-47; Terdapat empat situasi dimana delik omisi terjadi dan setiap orang, berdasarkan situasi tersebut, memiliki kewajiban bertindak, sehingga diamnya orang tersebut dapat dikatakan melakukan tindak pidana, antara lain *pertama*, ketika terdapat hubungan yang bersifat khusus antara dua pihak, satu pihak memiliki kewajiban atas pihak lain; *kedua*, ketika seseorang secara sukarela berasumsi memiliki tanggung jawab terhadap orang lain, dan orang lain tersebut berharap bantuan yang diberikan oleh orang itu bila diperlukan, dalam konteks ini, kewajiban hukum atas orang tersebut timbul; *ketika*, kewajiban untuk memberikan bantuan kepada orang lain timbul bila terdapat hubungan kontrak antara satu pihak dengan pihak lain; dan *keempat*, ketika seseorang menciptakan terjadinya situasi yang membahayakan orang lain, maka orang itu berkewajiban untuk meminimalisirnya. Orang tersebut dikatakan melakukan tindak pidana bila tidak melakukan tindakan tertentu agar bahaya dapat diminimalisir.

Perbedaan ini berimplikasi pada konstruksi tindak pidana yang akan digunakan terhadap korporasi sehingga ia bisa juga dipertanggungjawabkan secara pidana atas tindak pidana yang dilakukan. Bagaimana konstruksi teoritis tindak pidana yang secara khusus dilakukan oleh korporasi?

Mardjono Reksodiputro menyatakan bahwa teori yang digunakan sebagai pijakan teoritis tindak pidana oleh korporasi adalah teori pelaku fungsional (*functioneel daaderschap*). Asumsi teoritis teori ini adalah bahwa dalam lingkungan sosial ekonomi pembuat (korporasi) tidak perlu selalu melakukan perbuatan itu secara fisik, tapi bisa saja perbuatan itu dilakukan oleh pegawainya, asal saja perbuatan itu masih dalam ruang lingkup fungsi-fungsi dan kewenangan korporasi.³³ Namun, karena korporasi tidak bisa melakukan perbuatan itu sendiri, perbuatan itu dialihkan kepada pegawai korporasi berdasarkan ketentuan-ketentuan yang secara tegas tercantum dalam Anggaran Dasar dan Anggaran Rumah Tangga. Jika pegawai tersebut melakukan suatu perbuatan yang dilarang oleh hukum (tindak pidana), sesungguhnya perbuatan itu merupakan tindak pidana yang hakikatnya dilakukan oleh korporasi.³⁴ Menurut teori pelaku fungsional, ada tidaknya tindak pidana oleh korporasi adalah dengan melihat apakah tindak pidana yang dilakukan oleh pegawai atau anggota dari korporasi masih dalam ruang lingkup atau kewenangan korporasi, ataukah semata-mata dilakukan atas kehendak pribadi. Jika tindak pidana merupakan perbuatan yang sesungguhnya masih dalam ruang lingkup dan kewenangan dari korporasi, perbuatan itu dianggap sebagai perbuatan korporasi.

Di dalam konteks pelanggaran hak asasi manusia yang berat, teori pelaku fungsional juga bisa digunakan untuk menentukan ada tidaknya tindak pidana oleh korporasi. Artinya, ketika tindakan pengurus

³³ Mardjono Reksidiputro, *Kemajuan Pembangunan Ekonomi dan Kejahatan*, cet. 1, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (Lembaga Kriminologi), Universitas Indonesia, Jakarta, 1994, hlm. 107-108.

³⁴ Mahrus Ali, *Kejahatan Korporasi ... op. cit.*, hlm. 2008.

korporasi yang masih dalam ruang lingkup fungsi-fungsi dan kewenangan korporasi sebagaimana tertuang dalam anggaran dasar dan anggaran rumah tangga melakukan genosida³⁵ dan atau kejahatan terhadap kemanusiaan,³⁶ maka korporasi dianggap telah melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Terdapat dua hal penting yang perlu diteliti dan dipastikan kebenarannya, yakni (a) tindakan pengurus pada waktu melakukan genosida dan/atau kejahatan terhadap kemanusiaan tidak dalam kapasitasnya sebagai pribadi, tapi dalam hubungannya dengan menjalankan fungsi dan kewenangan yang dimilikinya dalam suatu korporasi; dan (b) tindakan pengurus tersebut tidak harus dalam bentuk melakukan perbuatan yang dilarang, seperti memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain atau penghilangan orang secara paksa, tapi membiarkan orang lain atau korporasi lain melakukan tindakan berupa memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain atau penghilangan orang secara paksa.

³⁵ Suatu perbuatan dikategorikan sebagai genosida jika perbuatan tersebut dilakukan dengan maksud untuk menghancurkan atau memusnahkan seluruh atau sebagian kelompok bangsa, ras, kelompok etnis, kelompok agama, dengan cara: (a) membunuh anggota kelompok; (b) mengakibatkan penderitaan fisik atau mental yang berat terhadap anggota-anggota kelompok; (c) menciptakan kondisi kehidupan kelompok yang akan mengakibatkan kemusnahan secara fisik baik seluruh atau sebagiannya; (d) memaksakan tindakan-tindakan yang bertujuan mencegah kelahiran di dalam kelompok; dan (e) memindahkan secara paksa anak-anak dari kelompok tertentu ke kelompok lain (Pasal 8 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM)

³⁶ Kejahatan terhadap kemanusiaan 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, berupa: (a) pembunuhan; (b) pemusnahan; (c) pengusiran atau pemindahan penduduk secara paksa; (d) perampasan kemerdekaan atau perampasan kebebasan fisik lain secara sewenang-wenang yang melanggar asas-asas ketentuan pokok internasional; (e) penyiksaan; (f) perkosaan, perbudakan seksual, pelacuran secara paksa, pemaksaan kehamilan, pemandulan atau sterilisasi secara paksa atau bentuk-bentuk kekerasan seksual lainnya; (g) penganiayaan terhadap suatu kelompok tertentu atau perkumpulan yang didasari persamaan paham politik, ras, kebangsaan, etnis, budaya, agama, jenis kelamin atau alasan lain yang telah diakui secara universal sebagai hal yang dilarang menurut hukum internasional; (h) penghilangan orang secara paksa; atau (i) kejahatan apartheid (Pasal 9 UU No. 26 tahun 2000 tentang Pengadilan HAM)

Terjadinya pembiaran atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan oleh korporasi hanya mungkin terjadi jika undang-undang menentukan secara eksplisit dan limitatif tentang hal itu. Hal ini karena delik omisi (membiarkan terjadinya tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain atau korporasi lain) hanya terjadi bila pelaku sebenarnya memiliki kewajiban untuk bertindak karena adanya beban kewajiban hukum untuk itu.

Selain masalah penentuan adanya pelanggaran hak asasi manusia yang berat oleh korporasi berdasarkan teori pelaku fungsional, formulasi pelanggaran hak asasi manusia yang berat oleh korporasi juga menjadi penting dilakukan karena adanya perbedaan antara subjek delik manusia dan subjek delik korporasi. Pertanyaannya adalah apakah korporasi bisa membunuh atau memperkosa yang masuk dalam kategori pelanggaran hak asasi manusia yang berat? Mayoritas ahli hukum pidana pasti menjawab korporasi tidak bisa melakukan kedua perbuatan tersebut karena ia tidak memiliki pikiran dan tangan. Akan tetapi, jika menganalisis fenomena kasus-kasus terkait dengan eksistensi korporasi dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, penulis berpandangan bahwa korporasi juga bisa membunuh atau memperkosa.

Sebagai contoh, keterlibatan korporasi dalam sejumlah pembunuhan terhadap kelompok etnis tertentu oleh militer. Ketika suatu daerah yang ditempati etnis tertentu berisi kandungan minyak bumi yang melimpah, maka korporasi memberikan semua fasilitas yang dibutuhkan militer. Baik korporasi maupun militer sama-sama memiliki kepentingan akan minyak bumi tersebut. Fasilitas yang diberikan korporasi untuk militer tersebut kemudian digunakan untuk membunuh kelompok etnis tersebut. Di dalam ilustrasi kasus ini, walaupun fakta kasus menunjukkan bahwa yang membunuh kelompok etnis tertentu tersebut adalah militer, tapi tanpa fasilitas yang diberikan oleh korporasi, militer jelas tidak mungkin bisa membunuh kelompok etnis itu. Pada situasi seperti ini, maka akan

dirasa tidak adil jika yang ditetapkan sebagai pelaku pembunuhan adalah militer saja, sedangkan korporasi tidak tersentuh sama sekali.

Berdasarkan ilustrasi kasus tersebut, pembunuhan dalam genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan bisa juga dilakukan oleh korporasi, tapi hanya dibatasi kepada delik penyertaan.³⁷ Dengan kata lain, pelanggaran terhadap hak-hak sipil politik memungkinkan dilakukan juga oleh korporasi, tidak hanya dilakukan oleh pelaku manusia.

Di dalam bidang hak ekonomi, sosial dan budaya, pelanggaran hak asasi manusia yang berat bisa juga dilakukan oleh korporasi, seperti pelanggaran terhadap hak untuk memperoleh pelayanan kesehatan, pengobatan, jaminan sosial, dan pelayanan-pelayanan sosial. Sebagai contoh, korporasi tidak memenuhi hak masyarakat adat yang tinggal di sekitar korporasi beroperasi untuk memperoleh pelayanan kesehatan karena terkena penyakit yang ditimbulkan oleh pembuangan limbah korporasi sehingga menyebabkan beberapa orang meninggal. Korporasi juga dikatakan melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat karena melanggar hak atas kondisi tempat kerja yang adil dan menguntungkan bagi pekerja sehingga tidak sedikit dari mereka yang meninggal. Situasi ini sebenarnya terkait dengan kebijakan korporasi yang menyebabkan matinya pekerja. Di dalam konteks ini, korporasi dapat dikatakan telah melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat dalam bentuk delik omisi.

Di dalam bidang hak kolektif, pelanggaran hak asasi manusia yang berat oleh korporasi terjadi terutama dalam pelanggaran hak atas lingkungan yang bersih dan hak atas kekayaan alam. Kerusakan lingkungan di sekitar tambang emas PT. Freeport atau tercemarnya air di sekitar operasi PT. Newmont yang menyebabkan beberapa warga meninggal dunia merupakan contoh pelanggaran hak asasi manusia yang berat oleh korporasi.

³⁷ Untuk delik penyertaan oleh korporasi dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, akan dijelaskan pada sub bab berikutnya.

Pelanggaran hak asasi manusia yang berat oleh korporasi terhadap hak ekonomi, sosial budaya, dan hak kolektif harus dimaknai berbeda dengan pelanggaran yang sama terhadap hak sipil politik terutama dalam menentukan tingkat keseriusan pelanggaran dimaksud. Artinya, harus ada perbedaan parameter untuk menentukan tingkat keseriusan tindak pidana dan timbulnya korban pelanggaran hak asasi manusia yang berat antara hak sipil dan politik dengan hak ekonomi, sosial, budaya serta hak kolektif karena karakteristik dari hak-hak tersebut berbeda satu sama lain. Fokus hak sipil dan politik berpusat pada hak yang dimiliki warga negara ketika berhadapan dengan entitas negara yang memiliki kedaulatan, sedangkan fokus hak ekonomi, sosial dan budaya berpusat pada peran aktif negara. Adapun fokus hak kolektif berpusat pada reaksi terhadap proses pembangunan dalam suatu negara, adanya kecenderungan diskriminasi dan tidak adanya pemerataan dalam hal pembangunan ekonomi dan juga infrastruktur, serta munculnya ketidakadilan dengan mengorbankan sekelompok masyarakat demi pembangunan dan kemajuan kelompok yang lain.

E. Delik Penyertaan dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat oleh Korporasi

Masalah penentuan kapan suatu korporasi dikatakan melakukan delik penyertaan dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat juga merupakan persoalan yang belum mendapat kesepakatan teoritis para ahli hukum pidana. Kerangka teoritis delik penyertaan yang dikemukakan oleh para ahli dan yang tercantum dalam Pasal 55 dan Pasal 56 KUHP tidak serta merta bisa diterapkan kepada korporasi yang melakukan tindak pidana, apalagi dalam kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Hal itu terjadi karena konsep tersebut masih terkait dengan manusia sebagai pelaku tindak pidana, tidak termasuk korporasi. Oleh karena itu, perlu ada rekonstruksi konsep delik penyertaan dalam khazanah teori

hukum pidana Indonesia agar sesuai dan kontekstual dengan keberadaan korporasi dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Secara teoritis, delik penyertaan dimaknai apabila orang yang tersangkut untuk terjadinya suatu perbuatan pidana atau kejahatan itu tidak hanya satu orang saja, melainkan lebih dari satu orang. Ketentuan Pasal 55 dan Pasal 56 KUHP membagi delik penyertaan ke dalam dua kategori, yaitu (a) ada kalanya keterlibatan seseorang dalam tindak pidana sebagai pembuat (*dader*) yang meliputi orang yang melakukan (*pleger*), atau turut serta melakukan (*medepleger*), atau menyuruh lakukan (*doenpleger*), atau menganjurkan untuk melakukan perbuatan pidana (*uitlokker*); dan (b) ada kalanya keterlibatan seseorang itu hanya sebagai pembantu bagi pembuat delik (*medeplictiger*).³⁸

Kedua kategori delik penyertaan tersebut bila dikaitkan dengan keberadaan korporasi dalam kasus pelanggaran hak asasi manusia yang berat akan menimbulkan masalah terutama mengenai konsep turut serta melakukan tindak pidana (*medepleger*). Teori tentang turut serta pada umumnya menyatakan bahwa yang dimaksud turut serta (*mede pleger*) adalah apabila perbuatan masing-masing peserta memuat semua anasir-anasir perbuatan pidana yang bersangkutan.³⁹ Berdasarkan konsepsi teoritis tersebut, terdapat tiga ciri penting *mede pleger* yang membedakannya dengan bentuk penyertaan yang lain yaitu (a) pelaksanaan perbuatan pidana melibatkan dua orang atau lebih; (b) semua yang terlibat, benar-benar melakukan kerja sama secara fisik (saling membantu) dalam pelaksanaan tindak pidana yang terjadi; dan (c) terjadinya kerja sama fisik bukan karena kebetulan, tetapi memang telah merupakan kesepakatan yang telah direncanakan bersama sebelumnya.

³⁸ Mahrus Ali, *Dasar-dasar Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 122-123.

³⁹ Utrecht, *Hukum Pidana I*, Penerbitan Universitas, Bandung, 1960, hlm. 32-33.

Jika konsep turut serta tersebut diterapkan kepada korporasi, maka syarat terjadinya kerjasama secara fisik sulit terpenuhi pada diri korporasi, karena umumnya korporasi tidak melakukan kejahatan secara langsung tapi melalui agen atau perwakilannya atau dilakukan langsung oleh patner kerjanya. Pada konteks ini, paling tidak terdapat dua kemungkinan terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang melibatkan korporasi bersama entitas hukum yang lain (manusia) yaitu *pertama*, ada kalanya pengurus korporasi bersama dengan orang lain dari luar korporasi bertindak bersama-sama secara fisik melakukan genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan. Pada situasi ini, untuk menentukan ada tidaknya delik penyertaan yang dilakukan oleh pengurus korporasi, maka perlu dikaji apakah tindakan pengurus ketika melakukan genosida dan/ atau kejahatan terhadap kemanusiaan masih dalam ruang lingkup dan fungsi-fungsi kewenangan korporasi atau tidak. Jika jawabannya adalah iya, maka delik penyertaan terjadi dalam situasi ini. *Kedua*, adakalanya pengurus korporasi tidak melakukan kerjasama fisik secara bersama-sama dengan pelaku yang lain melakukan genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan. Pelaku yang secara fisik melakukan genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan adalah manusia, tapi semua kebutuhan dan fasilitas yang diperlukan pelaku disediakan oleh korporasi. Situasi ini tidak bisa dikategorikan sebagai delik pembantuan, karena penyediaan semua kebutuhan dan fasilitas yang diperlukan pelaku menentukan terjadi tidaknya pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Di dalam delik pembantuan, sifat bantuan tidak menentukan terjadi tidaknya delik yang dituju oleh pelaku karena sifatnya hanya sebagai pelengkap. Situasi tersebut juga tidak bisa dikategorikan sebagai delik penganjuran, karena sejak awal pelaku memang memiliki niat untuk melakukan genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan. Kalaupun situasi tersebut dimasukkan dalam delik turut serta, masalah yang muncul adalah terkait dengan keterlibatan secara fisik para pelaku dalam pelaksanaan tindak pidana di

lapangan, karena yang menjadi pelaku nyata bukan korporasi tapi entitas lain (manusia).

Situasi yang kedua ini terjadi pada kasus keterlibatan Unocal dan Total dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat bersama dengan pemerintahan Junta Myanmar yang melakukan kerjasama *joint venture* dalam pembuatan saluran pipa gas (*gas pipeline*) dari laut Andaman ke Thailand yang melintasi wilayah Myanmar. Perusahaan Total dan Unocal bekerjasama dengan militer Myanmar untuk mengamankan saluran pipa dan membangun jalan serta tempat landas helikopter sepanjang rute saluran pipa, walaupun kedua perusahaan tersebut sebenarnya mengetahui bahwa militer Myanmar merupakan salah satu militer terkejam di dunia. Semua kebutuhan dan fasilitas yang dibutuhkan militer Myanmar disediakan oleh Unocal dan Total. Akibat kerjasama tersebut, militer Myanmar melakukan pelanggaran serius berupa kerja paksa, pembunuhan, perkosaan dan penyiksaan agar proyek saluran pipa dapat diselesaikan sesuai dengan waktu yang ditentukan dalam kerjasama.⁴⁰

Berdasarkan uraian di atas, delik turut serta melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat perlu direkonstruksi bila pelakunya adalah korporasi. Agar korporasi terbukti melakukan delik penyertaan dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, maka terjadinya kerjasama secara fisik tidak mutlak diperlukan, tapi cukup apabila antara korporasi dan orang lain atau entitas hukum yang lain telah ada pertemuan dan perencanaan yang matang untuk terjadinya tindak pidana, tanpa harus mensyaratkan bahwa korporasi atau melalui agennya melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat secara langsung di lapangan.

⁴⁰ Shanaira Udwardia, 'Corporate Responsibility for International Human Rights Violations' dalam *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2004, hlm. 359-361; dan Jonathan Clough, *Punishing the Parent....op.cit.*, hlm. 900-901.

F. Teori Pertanggungjawaban Pidana Korporasi dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat dan Penentuan Kesalahan

Teori tentang tanggung jawab pidana korporasi awalnya didasarkan pada doktrin *responde at superior*; suatu doktrin yang menyatakan bahwa korporasi sendiri tidak bisa melakukan kesalahan. Hanya agen-agen yang bertindak untuk dan atas nama korporasi saja yang dapat melakukan kesalahan. Oleh karenanya, pertanggungjawaban pidana korporasi merupakan suatu bentuk tanggung jawab atas tindakan orang lain/agen (*vicarious liability*), di mana ia bertanggungjawab atas kesalahan yang dilakukan oleh para agen. Doktrin ini diambil dari hukum perdata yang diterapkan pada hukum pidana. *Vicarious liability* biasanya berlaku dalam hukum perdata tentang perbuatan melawan hukum (*the torts of law*) berdasarkan doktrin *responde at superior*.⁴¹ Ada tiga syarat yang harus dipenuhi untuk adanya pertanggungjawaban pidana korporasi, yaitu (a) agen melakukan suatu kejahatan (*commits a crime*); (b) kejahatan yang dilakukan itu masih dalam ruang lingkup pekerjaannya (*within a scope of employment*); (c) dan dilakukan dengan tujuan untuk menguntungkan korporasi (*with intent to benefit corporation*).⁴²

Doktrin *responde at superior* menghasilkan tiga teori pertanggungjawaban pidana korporasi, yaitu *direct corporate criminal liability/doctrin of identification*, *strict liability*, dan *vicarious liability*. Menurut doktrin *Direct corporate criminal liability/interprise liability* (pertanggungjawaban korporasi secara langsung), korporasi bisa melakukan sejumlah delik secara langsung melalui para agen yang sangat

⁴¹ Sutan Remy Sjahdeini, *Pertanggung Jawaban Pidana Korporasi*, Grafiti Pers, Jakarta, 2006, hlm. 84.

⁴² V.S. Khanna, 'Corporate Liability Standars: When Should Corporation Be Criminality Liabel?' dalam *American Criminal Law Review*, 2000, hlm. 1242-1243; dan Pamela H. Bucy, 'Trends in Corporate Criminal Prosecutions' dalam *American Criminal Law Review*, 2007, hlm. 1289.

berhubungan erat dengan korporasi, bertindak untuk dan/atau atas nama korporasi. Syarat adanya pertanggungjawaban pidana korporasi secara langsung adalah tindakan-tindakan para agen tersebut masih dalam ruang lingkup pekerjaan korporasi.⁴³ *Direct corporate criminal liability* berhubungan erat dengan doktrin identifikasi, yang menyatakan bahwa pada dasarnya mengakui bahwa tindakan dari agen tertentu dari korporasi, selama tindakan itu berkaitan dengan korporasi, dianggap sebagai tindakan dari korporasi itu sendiri.⁴⁴

Strict liability diartikan sebagai suatu perbuatan pidana dengan tidak mensyaratkan adanya kesalahan pada diri pelaku terhadap satu atau lebih dari *actus reus*.⁴⁵ *Strict liability* ini merupakan pertanggungjawaban tanpa kesalahan (*liability without fault*). Oleh karenanya, dapat ditegaskan bahwa dalam perbuatan pidana yang bersifat *strict liability* hanya dibutuhkan dugaan atau pengetahuan dari pelaku (terdakwa) untuk menuntut pertanggungjawaban pidana dari padanya. Jadi, tidak dipersoalkan adanya *mens rea* karena unsur pokok *strict liability* adalah *actus reus* (perbuatan) sehingga yang harus dibuktikan adalah *actus reus* (perbuatan), bukan *mens rea* (kesalahan).⁴⁶

Vicarious liability, lazim disebut dengan pertanggungjawaban pengganti, diartikan sebagai pertanggungjawaban menurut hukum seseorang atas perbuatan salah yang dilakukan oleh orang lain.⁴⁷ Teori ini juga hanya dibatasi pada keadaan tertentu di mana majikan (korporasi)

⁴³ Sue Titus Reid, *Criminal Law*, Third Edition, Prentice Hall, New Jersey, 1995, hlm 53; dan Wayne R LaFave & Austin W. Scott Jr, *Criminal Law*, West Publishing co, 1982, hlm. 228.

⁴⁴ Eric Colvin, 'Corporate Personality And Criminal Liability' dan *Criminal Law Forum*, 1995, hlm. 8-9.

⁴⁵ Russel Heaton, *Criminal Law Textbook*, Oxford University Press, London, 2006, hlm. 403.

⁴⁶ Hanafi, *Strict Liability dan Vicarious Liability dalam Hukum Pidana*, Lembaga Penelitian, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 1997, hlm. 63-64.

⁴⁷ Sue Titur Reid, *op.cit.*, hlm. 53.

hanya bertanggungjawab atas perbuatan salah pekerja yang masih dalam ruang lingkup pekerjaannya.⁴⁸ Rasionalitas penerapan teori ini adalah karena majikan (korporasi) memiliki kontrol dan kekuasaan atas mereka dan keuntungan yang mereka peroleh secara langsung dimiliki oleh majikan (korporasi).⁴⁹

Prinsip hubungan kerja dalam *vicarious liability* disebut dengan prinsip delegasi, yakni berkaitan dengan pemberian izin kepada seseorang untuk mengelola suatu usaha. Si pemegang izin tidak menjalankan langsung usaha tersebut, akan tetapi ia memberikan kepercayaan (mendelegasikan) secara penuh kepada seorang manager untuk mengelola korporasi tersebut. Jika manager itu melakukan perbuatan melawan hukum, maka si pemegang izin (pemberi delegasi) bertanggungjawab atas perbuatan manager itu. Sebaliknya, apabila tidak terdapat pendelegasian maka pemberi delegasi tidak bertanggungjawab atas tindak pidana manager tersebut.

Secara lebih rinci, prinsip delegasi terkait dengan pendelegasian wewenang seseorang (korporasi) kepada bawahannya atau kuasanya bertindak untuk dan atas namanya, tetap harus bertanggungjawab atas perbuatan yang dilakukan pemberi delegasi apabila ia melakukan tindak pidana, sekalipun dia tidak mengetahui apa yang telah dilakukan oleh bawahannya itu.⁵⁰ Scanlan dan Ryan menyatakan bahwa kebijakan hukum telah menentukan bahwa suatu pendelegasian tidak dapat menjadi alasan pemaaf bagi seorang pemberi kerja untuk tidak memikul pertanggungjawaban pidana semata-mata karena tindak pidana tersebut telah dilakukan oleh bawahannya yang telah menerima pelimpahan

⁴⁸ C.M.V. Clarkson, *Understanding Criminal Law*, Second Edition, Sweet & Maxwell, London, 1998, hlm. 44.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm 45; dan Katherine A. Swanson, 'The Cost of Doing Business: Corporate Vicarious Criminal Liability for the Negligent Discharge of Oil under the Clean Water Act' dalam *Washington Law Review*, 2009, hlm. 568.

⁵⁰ Sutan Remy Sjahdeini, *Pertanggungjawaban Pidana Korporasi*, Grafiti Press, Jakarta, 2006, hlm. 97.

wewenang darinya.⁵¹

Di dalam perkembangannya, tiga teori tentang tanggung jawab pidana korporasi di atas dianggap tidak mampu meng-*cover* problem struktur organisasi korporasi yang begitu rumit dan kompleks terutama dalam korporasi multinasional, dimana terdapat korporasi induk dan korporasi cabang. Oleh karenanya, muncul tiga teori/model tanggung jawab pidana korporasi, yaitu *corporate culture model*, teori anggregasi, dan teori *reactive corporate fault*.

Corporate culture model diterapkan di Australia, tapi Inggris dan Amerika menolak menerapkan teori tersebut sebagai basis teoritis pertanggungjawaban pidana korporasi. Di sini, makna budaya perusahaan diartikan sebagai *an attitude, policy, rule, course of conduct or practice existing within the body corporate generally or within the area of the body corporate in which the relevant activities take place*.⁵² Sutan Remy Sjahdeini mengemukakan bahwa pertanggungjawaban pidana dibebankan kepada korporasi bila berhasil ditemukan bahwa seseorang yang telah melakukan perbuatan melanggar hukum memiliki dasar yang rasional untuk meyakini bahwa anggota korporasi yang memiliki kewenangan telah memberikan wewenang atau mengizinkan dilakukannya tindak pidana tersebut.⁵³ sebagai suatu keseluruhan, korporasi adalah pihak yang harus juga bertanggungjawab karena telah dilakukannya perbuatan melanggar hukum dan bukan orang yang telah melakukan perbuatan itu saja yang bertanggungjawab, tapi korporasi dimana orang itu bekerja.⁵⁴

⁵¹ Mahrus Ali, 'Pertanggungjawaban Pidana Partai Politik dalam Perkara Korupsi', makalah disampaikan pada diskusi publik *Bubarkan Partai Politik Korupsi? Peluang dan Tantangan* dilaksanakan oleh HMI Cabang Yogyakarta, Minggu, 5 Pebruari 2012, hlm. 9.

⁵² Jennifer Hill, 'Corporate Criminal Liability in Australia: an Envolving Corporate Government Technique?' dalam *Journal of Business Law*, 2003, hlm. 16.

⁵³ Sutan Remy Sjahdeini, *op.cit.*, hlm. 112.

⁵⁴ Stephanie Earl, 'Ascertaining the Criminal Liability of a Corporation' dalam *New Zealand Business Law Quarterly*, 2007, hlm. 208; dan Patricia S. Abril & Ann Morales Olazábal, 'The Locus of Corporate Sciencter' dalam *Columbia Business Law Review*, 2006, hlm. 161.

Pasal 12.3 ayat (2) KUHP Australia 1995 menyebutkan bahwa pertanggungjawaban pidana dapat dibebankan kepada korporasi bila:

1. Direksi korporasi dengan sengaja atau mengetahui, atau dengan sembrono telah melakukan tindak pidana yang dimaksud, atau secara tegas, atau mengisyaratkan, atau secara tersirat telah memberi wewenang atau mengizinkan dilakukannya tindak pidana tersebut;
2. Pejabat tinggi dari korporasi tersebut dengan sengaja, atau mengetahui, atau dengan sembrono telah terlibat dalam tindak pidana dimaksud, atau secara tegas, atau mengisyaratkan, atau secara tersirat telah memberi wewenang atau mengizinkan dilakukannya tindak pidana tersebut;
3. Korporasi memiliki budaya kerja yang mengarahkan, mendorong, menolerir, atau mengakibatkan tidak dipenuhinya ketentuan peraturan perundang-undangan terkait;
4. Korporasi tidak membuat (memiliki) dan memelihara suatu budaya kerja yang mengharuskan kepatuhan terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan.

Teori agregasi, berdasarkan pendapat Stephanie Earl adalah bahwa:⁵⁵

Aggregation is premised on the view that it is appropriate for a company to be at fault even though liability cannot be established in one particular individual, but in the behavior of several individuals. The doctrine allows the conduct and/or states of mind of individuals to be combined to satisfy the elements of a criminal provision needed to establish culpability.

Jadi, ajaran ini memungkinkan agregasi atau kombinasi kesalahan dari sejumlah orang, untuk diatribusikan kepada korporasi sehingga

⁵⁵ Stephanie Earl, *Ascertaining...op.cit.*, hlm. 213.

korporasi dapat dibebani pertanggungjawaban pidana. Semua perbuatan dan semua unsur mental dari beberapa orang yang terkait secara relevan dalam lingkungan perusahaan dianggap seakan-akan dilakukan oleh satu orang saja.

Kemunculan teori agregasi pada dasarnya merupakan respon atas kelemahan teori identifikasi karena belum cukup untuk menunjukkan realitas dalam banyak korporasi modern. Oleh karena itu, dalam pencerminan Sutan Remy Sjahdeini ditunjukkan perbedaan penekanan pada teori identifikasi dengan teori agregasi. Pada teori identifikasi yang didapatkan hanya satu orang yang perilakunya dapat diatribusikan kepada korporasi, maka sudah dianggap cukup untuk penyidikan, penuntutan, dan peradilan meskipun masih dimungkinkan adanya pelaku tindak pidana lainnya. Pada teori agregasi diperlukan identifikasi lebih dari satu orang pelaku.⁵⁶

Adapun teori *reactive corporate fault* berpandangan bahwa korporasi harus bertanggung jawab atas kegagalan korporasi dalam menyesuaikan secara positif kebijakan-kebijakannya atas perintah pengadilan daripada tindak pidananya itu sendiri. Keunggulan teori ini terletak pada dua hal, yaitu (1) hukuman dijatuhkan bagi korporasi yang tidak segera bereaksi atas perintah pengadilan tersebut; dan (2) pendekatan yang digunakan teori ini mendorong kepatuhan korporasi atas kebijakan-kebijakan agar bersesuaian dengan perintah pengadilan.⁵⁷ Dengan demikian, jika korporasi tidak atau gagal menunjukkan reaksinya yang positif untuk mengambil tindakan yang dianggap perlu sehubungan dengan tindak pidana korporasi yang terjadi, pengadilan akan mengambil sikap berupa penjatuhan pidana kepada korporasi tersebut.⁵⁸

⁵⁶ Sutan Remy Sjahdeini, *op.cit.*, hlm. 110.

⁵⁷ *Ibid.*, hlm.116-117.

⁵⁸ Yusuf Shofie, *Tanggung Jawab Pidana Korporasi dalam Hukum Perlindungan Konsumen di Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011, hlm. 390.

Di dalam konteks pelanggaran hak asasi manusia yang berat, teori-teori tentang tanggung jawab pidana korporasi yang bisa digunakan dalam sistem hukum pidana Indonesia adalah teori identifikasi, teori *vicarious liability* dan teori anggregasi. Teori identifikasi digunakan karena dalam struktur organisasi korporasi yang sederhana, keberadaan *the board of directors, the chief executive officer, and other officers at a similar level* merupakan penentu kebijakan korporasi yang identik dengan korporasi. Tindakan-tindakan mereka pada dasarnya merupakan tindakan korporasi karena eksistensinya sebagai personifikasi korporasi. Teori ini bisa digunakan dalam struktur organisasi korporasi yang masih sederhana dimana hanya ada korporasi tunggal, tidak seperti korporasi transnasional yang memiliki korporasi induk dan korporasi cabang. Jika ternyata terbukti bahwa korporasi melalui orang-orang yang identik dengan korporasi melakukan pelanggaran terhadap hak sipil dan politik, maupun hak ekonomi, sosial, budaya, serta hak kolektif seperti pencemaran lingkungan hidup, maka korporasi bisa dinyatakan bertanggungjawab melalui orang-orang yang identik dengan korporasi dan dianggap sebagai korporasi itu sendiri.

Adapun teori anggregasi digunakan sebagai basis teoritis tanggung jawab pidana korporasi dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat menyangkut korporasi multinasional yang terbagi ke dalam korporasi induk dan korporasi cabang. Struktur organisasi korporasi transnasional begitu rumit dan kompleks sehingga terjadinya pelanggaran hak asasi manusia yang berat tidak hanya dilakukan oleh satu orang, tapi dilakukan oleh banyak orang sehingga tanggung jawab pidananya adalah dengan agregasi atau kombinasi kesalahan dari sejumlah orang, untuk diatribusikan kepada korporasi. Semua perbuatan dan semua unsur mental dari beberapa orang yang terkait secara relevan dalam lingkungan perusahaan dianggap seakan-akan dilakukan oleh satu orang saja. Teori anggregasi digunakan untuk menopang keterbatasan teori identifikasi

terutama terkait dengan struktur organisasi korporasi yang begitu rumit dan kompleks.

Adapun teori *vicarious liability* digunakan untuk mengantisipasi kemungkinan dilakukannya pelanggaran hak asasi manusia yang berat bukan oleh *top level manager* tapi oleh *middle level manager* bahkan *low level manager* suatu korporasi. Direktur atau atau dewan direktur suatu korporasi kadangkala akan mengelak dari pembebanan tanggung jawab pidana manakala yang melakukan kejahatan bukan mereka tapi bawahan mereka, karena mereka sendiri tidak identik dengan korporasi dan bukan personifikasi korporasi. Oleh karenanya, dengan teori *vicarious liability* masalah tersebut dapat teratasi. Namun demikian, penggunaan teori ini dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat oleh korporasi harus dengan syarat-syarat yang ketat dan limitatif, yaitu (a) harus terdapat hubungan, seperti hubungan pekerjaan antara direktur atau dewan direktur suatu korporasi dengan orang yang secara langsung melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat; dan (b) pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan bawahan (pelaku) tersebut harus berkaitan atau masih dalam ruang lingkup pekerjaannya sebagai dalam suatu korporasi. Artinya, bila pelanggaran tersebut murni untuk kepentingan pribadi dan tidak hubungan dengan korporasi, maka teori *vicarious liability* tidak bisa digunakan dalam konteks ini.

Untuk menentukan ada tidaknya kesalahan pada diri korporasi yang terbukti melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, kesalahan psikologis tidak bisa digunakan karena korporasi sendiri tidak memiliki fisik dan pikiran sebagaimana halnya manusia. Oleh karena itu, yang tepat digunakan sebagai dasar penentu adanya kesalahan pada diri korporasi adalah teori kesalahan normatif, yaitu dapat dicelanya pembuat tindak pidana karena dilihat dari segi masyarakat sebenarnya dia dapat berbuat

lain jika tidak ingin melakukan perbuatan tersebut.⁵⁹ Menurut kesalahan normatif, korporasi dinyatakan mempunyai kesalahan baik secara sengaja (*dolus*) atau lalai (*culpa*) dalam genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan bila pada waktu melakukan perbuatan itu, baik secara aktif maupun secara pasif, dilihat dari segi masyarakat dapat dicela karenanya, yaitu kenapa melakukan perbuatan yang merugikan masyarakat padahal mampu untuk mengetahui, melalui pengurusnya, makna perbuatan tersebut, dan karenanya dapat bahkan harus menghindari perbuatan demikian.⁶⁰ Bentuk kesengajaan atau kelalaian pengurus korporasi dianggap sebagai kesengajaan atau kelalaian korporasi itu sendiri.

Selain kesalahan normatif, dasar teoritis untuk menyatakan bahwa korporasi bersalah atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat adalah dengan menggunakan konsep kesalahan kolektif (*collective knowledge*). Peter Cartwright sebagai dikutip oleh Yusuf Shofie menyatakan:⁶¹

As a corporation is a collection of individuals with different responsibilities, there may be some attraction to the idea of collecting together the knowledge of those individuals and holding to be the knowledge of the corporation. Where a corporation commits an offence, it will often result from a number of faults in different areas.

Jadi, melalui alur berpikir tersebut, pandangan kesalahan kolektif ditinjau dari ajaran kesalahan dalam hukum pidana merupakan salah satu upaya memperjelas pembebanan tanggung jawab pidana kepada korporasi. Konsep kesalahan kolektif ini digunakan terutama untuk menentukan

⁵⁹ Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*, cet. 3, Aksara Baru, Jakarta, 1983, hlm. 77.

⁶⁰ Moeljatno, *op. cit.*, hlm. 169.

⁶¹ Peter Cartwright, 'Consumer Protection and the Criminal Law; Law, Theory and Policy in UK', Cambridge University Press, Cambridge, 2001, sebagaimana dikutip oleh Yusuf Shofie, *Tanggung Jawab...op.cit.*, hlm. 386; Lihat juga Patricia S. Abril & Ann Morales Olazábal, *op.cit.*, hlm. 114-115.

adanya kesalahan pada diri korporasi dengan struktur organisasi yang rumit dan kompleks, dimana kesalahan pengurus korporasi tidak berada pada diri satu orang saja, melainkan dalam sejumlah orang. Dengan kesalahan kolektif ini, semua perbuatan berupa genosida atau kejahatan terhadap kemanusiaan dan semua unsur mental dari beberapa orang yang terkait secara relevan dalam lingkungan perusahaan dianggap seakan-akan dilakukan oleh satu orang saja. Akhirnya, penentuan adanya kesalahan pada diri korporasi yang terbukti melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat merubah paradigma tentang penentuan kesalahan dalam hukum pidana dari kesalahan individu menuju kepada kesalahan kolektif.

G. Paradigma Pidanaan bagi Korporasi dalam Pelanggaran Hak Asasi Manusia yang Berat

Teori-teori tentang pertanggungjawaban pidana korporasi dan penentuan kesalahannya dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat berimplikasi pada perubahan dalam penentuan teori pidanaan dan bentuk-bentuk sanksi pidana yang seharusnya dijatuhkan kepada korporasi. Bila dicermati, teori pidanaan dalam Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia terbukti menggunakan teori pidanaan retribusi. Terdapat dua alasan yang dapat dikemukakan atas pendapat tersebut, yaitu *pertama*, dua jenis kejahatan yang dilarang yang meliputi genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan hanya dibatasi pada pelanggaran terhadap hak sipil dan politik; dan *kedua*, jenis pidana yang diancamkan hanya meliputi pidana mati dan pidana penjara seumur hidup.

Pidana penjara dalam Undang-Undang tersebut meliputi pidana penjara seumur hidup dan pidana penjara selama waktu tertentu yaitu paling lama 25 tahun. Sedangkan mengenai lamanya sanksi pidana dikenal ancaman pidana minimum khusus yang bervariasi, yakni paling

singkat 10 tahun dan paling lama 25 tahun (*vide* Pasal 36 dan Pasal 37), paling singkat 5 tahun dan paling lama 15 tahun (*vide* Pasal 38 dan Pasal 39), dan paling singkat 10 tahun dan paling lama 20 tahun (*vide* Pasal 40). Jenis dan lamanya pidana yang berat mencerminkan bahwa dasar pengancaman sanksi tersebut adalah pembalasan.

Teori pemidanaan yang demikian dianggap tidak sesuai bila diterapkan kepada korporasi karena perbedaan orientasi ketika melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Menurut penulis, teori pemidanaan yang sesuai digunakan dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat oleh korporasi adalah teori pencegahan (*deterrence*) dan teori rehabilitasi (*rehabilitation*). Teori pencegahan digunakan karena motivasi atau orientasi korporasi ketika melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat didasarkan kepada motivasi ekonomi atau orientasi untung rugi. Jarang ditemukan motivasi korporasi ketika melakukan kejahatan, apapun jenisnya, didasarkan pada motif selain untung rugi. Sedangkan teori rehabilitasi digunakan karena terkait dengan hak-hak kolektif yang juga bisa dilakukan oleh korporasi dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Orientasi dari teori ini adalah lebih kepada rehabilitasi lingkungan yang rusak disebabkan oleh korporasi.

Secara teoritis, asumsi dasar teori pencegahan adalah korporasi ketika melakukan suatu aktivitas tertentu, termasuk melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, berpikir secara rasional dengan tujuan utama adalah untuk memaksimalkan keuntungan yang diharapkan (*maximizing the expected utility*).⁶² Dengan asumsi demikian, korporasi jelas merupakan “mahkluk” yang rasional ekonomis, yang mampu menimbang antara ongkos yang harus dikeluarkan dari melakukan kejahatan dengan keuntungan yang akan didapat. Manakala keuntungan lebih besar dibandingkan dengan ongkos yang dikeluarkan,

⁶² Herbert Hovenamp, ‘Rationality in Law and Economics’ dalam *George Washington Law Review*, No. 60, Tahun 1992, hlm. 293.

maka korporasi akan melakukan kejahatan.⁶³

Ongkos ini meliputi waktu yang diperlukan baik sebelum atau pada saat melakukan kejahatan, biaya untuk membeli alat, kemungkinan (pengurus korporasi) ditangkap, ditahan, ongkos dipidana, mata pencaharian yang hilang jika ditangkap, dan lain sebagainya. Sementara, keuntungan berupa keuntungan yang berbentuk fisik seperti harta atau kekayaan, dan keuntungan yang berbentuk psikis seperti *prestige* dan lain-lain.⁶⁴ Implikasi dari konsep rasionalitas ketika melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat adalah bahwa sanksi pidana yang dijatuhkan kepada korporasi harus melebihi tingkat keseriusan tindak pidana.⁶⁵

Menurut teori pencegahan, bentuk-bentuk sanksi pidana yang bisa dijatuhkan kepada korporasi adalah pidana denda dan pidana mati. Kedua bentuk pidana tersebut merupakan pidana yang bersifat ekonomis karena negara tidak perlu mengeluarkan banyak sumber daya dan dana untuk melaksanakannya. Berbeda dengan pidana penjara yang dianggap tidak ekonomis dan efisien karena memerlukan ongkos sosial yang tinggi. Ongkos tersebut meliputi ongkos langsung dari membangun suatu gedung penjara, pemeliharannya, menggaji pegawai-pegawai yang bertugas di penjara, dan ongkos kesempatan yang hilang dari produktivitas bagi mereka (pengurus korporasi) yang dipenjara.⁶⁶

Bila pidana denda hendak diterapkan kepada korporasi yang terbukti melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, yang perlu dilakukan adalah merubah formulasi pidana denda dimaksud dengan tidak dirumuskan secara eksplisit jumlah nominal denda yang harus dibayar

⁶³ Thomas J. Miles, 'Empirical Economics and Study of Punishment and Crime' dalam *University of Chicago Legal Forum*, 237, 2005, hlm. 238.

⁶⁴ Dan M. Kahan, 'Social Influence, Social Meaning, and Deterrence' dalam *Virginia Law Review*, No. 83, hlm. 349.

⁶⁵ Mahrus Ali, *Hukum Pidana Korupsi di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2011, hlm. 195.

⁶⁶ Robert Cooter dan Thomas Ulen, *Law and Economics*, Third Edition, Addison-Wesley, United States, 2000, hlm. 468.

korporasi kepada negara dan dengan menggunakan sistem kali-lipat yang disesuaikan dengan keuntungan korporasi dari melakukan kejahatan ditambah dengan biaya penegakan hukum yang dikeluarkan oleh negara. Misalnya, jika keuntungan korporasi sebesar Rp. 500 Miliar, maka denda yang dijatuhkan kepadanya adalah minimal dua kali lipat dan maksimal empat kali lipat, yakni antara 1 hingga 2 triliun rupiah. Namun, bila pidana mati hendak dijatuhkan kepada korporasi dalam bentuk pencabutan izin operasi, hendaknya dijadikan sebagai pilihan terakhir karena terkait dengan nasib para karyawan yang bekerja pada korporasi tersebut. Sanksi berupa pencabutan izin operasi pada dasarnya sama dengan pidana mati, bedanya adalah pencabutan izin dilakukan untuk korporasi sedangkan pidana mati untuk manusia.

Selain teori pencegahan, teori pemidanaan bagi korporasi yang melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat adalah teori rehabilitasi. Asumsi dasar teori ini adalah korporasi merupakan entitas hukum tidak sehat yang memerlukan pengobatan. Seperti dokter yang menuliskan resep obat, hakim harus memberikan hukuman yang diprediksikan paling efektif untuk membuat korporasi menjadi sehat kembali. Hukuman yang dijatuhkan harus cocok dengan kondisi korporasi, dan bukan dengan sifat kejahatan. Hal ini berarti bahwa pemidanaan mengacu kepada individualisasi pidana.⁶⁷

Tujuan teori rehabilitasi adalah untuk reintegrasi pelaku kejahatan (korporasi) kepada masyarakat setelah menjalani pidana, dan untuk memformulasikan substansi pidana agar mencapai tujuan tersebut.⁶⁸ Pusat perhatian teori rehabilitasi adalah kepada rehabilitasi pelaku kejahatan. Melalui perlakuan yang tepat dan program-program pembinaan yang

⁶⁷ Salman Luthan, *Kebijakan Penal Mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan*, Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2007, hlm. 178.

⁶⁸ Barbara A. Hudson, *Understanding Justice an Introduction to Ideas Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, Open University Press, Philadelphia, 1996, hlm. 26.

baik, korporasi diharapkan dapat berubah menjadi “warga masyarakat” yang baik sehingga upaya untuk mengurangi kejahatan dapat tercapai, dan korporasi dapat berintegrasi kembali dengan masyarakat. Teori ini muncul sebagai reaksi terhadap praktik-praktik pemidanaan yang kejam terhadap para terpidana di berbagai negara. Dengan demikian, teori rehabilitasi merupakan antitesis dari teori retributif yang menganggap penjahat patut menerima ganjaran hukuman karena melanggar ketentuan pidana.⁶⁹

Teori rehabilitasi digunakan bagi korporasi yang melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat atas hak-kolektif, seperti hak atas lingkungan yang bersih. Tujuannya tidak untuk mencegah atau membalas tapi untuk mendidik korporasi agar menjadi entitas hukum yang sehat sehingga memiliki perhatian yang tinggi terhadap keutuhan dan kelestarian lingkungan yang bersih. Adapun bentuk-bentuk sanksi pidana atau sanksi tindakan⁷⁰ yang cocok untuk korporasi adalah pidana kerja sosial, pidana pengawasan, dan perbaikan seluruh akibat yang ditimbulkan oleh korporasi atas pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Pidana kerja sosial yang dimaksud adalah dengan mewajibkan korporasi membuat program yang dapat meningkatkan *skill* masyarakat di sekitar lingkungan dimana korporasi merusaknya, seperti mendirikan sekolah gratis mulai tingkat SD sampai SMA atau membuka pelatihan bengkel gratis. Agar pidana kerja sosial tersebut berjalan maka korporasi juga dijatuhi pidana pengawasan, dalam bentuk ada pihak yang bertanggungjawab agar pidana kerja sosial yang dijatuhkan kepada korporasi dapat berjalan. Benar bahwa pidana kerja sosial dan pidana pengawasan belum dikenal dalam sistem hukum pidana Indonesia, namun dua bentuk pidana tersebut sudah mulai dikenal dalam RUU KUHP,

⁶⁹ Salman Luthan, *op.cit.*, hlm. 179.

⁷⁰ Untuk mengetahui perbedaan antara sanksi pidana (*punishment*) dan sanksi tindakan (*treatment*) baca selengkapnya M. Sholehuddin, *Sistem Sanksi dalam Hukum Pidana Ide Dasar Double Track System dan Implementasinya*, Rajawali Press, Jakarta, 2003.

walaupun hanya ditujukan kepada manusia tidak termasuk korporasi. Dengan dimungkinkannya korporasi dijatuhi pidana kerja sosial sekaligus pidana pengawasan, maka terdapat perubahan paradigma pemidanaan khusus untuk korporasi yang melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat.

Adapun sanksi berupa perbaikan seluruh akibat yang ditimbulkan oleh korporasi merupakan bentuk sanksi yang terkait secara langsung dengan perbaikan dan pelestarian kembali lingkungan yang sudah dirusak korporasi sehingga kembali sehat. Sanksi ini lebih bersifat *environment based sanction*, dan implikasinya warga di sekitar lingkungan tersebut merasakan manfaatnya. Selain itu, sanksi tersebut adalah upaya menjadikan korporasi memiliki cara pandang yang humanis terhadap lingkungan, sehingga program-program yang dirancang tidak merusak lingkungan tetapi justru menyatu dengannya.

H. Penutup

Berdasarkan uraian di atas dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut: *pertama*, terdapat empat alasan perlunya korporasi diakui sebagai subjek delik dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, yaitu (1) negara-negara kadangkala tidak bersedia atau tidak memiliki kekuatan (*powerless*) untuk menjatuhkan sanksi pidana kepada korporasi disebabkan adanya rasa takut bahwa negara tersebut akan menanggung konsekuensi ekonomi yang bersifat negatif; (2) keterlibatan korporasi multinasional dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat akan menimbulkan efek negatif yang berkepanjangan dan luar biasa; (3) “kebiasaan” melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat dengan memelihara budaya korporasi; dan (4) tidak jarang korporasi terlibat langsung dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, yang serius dan sistematis.

Kedua, penentuan suatu tindak pidana oleh korporasi dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat didasarkan pada teori pelaku

fungsi, yaitu ketika tindakan pengurus korporasi yang masih dalam ruang lingkup fungsi-fungsi dan kewenangan korporasi sebagaimana tertuang dalam anggaran dasar dan anggaran rumah tangga melakukan genosida dan/atau kejahatan terhadap kemanusiaan, maka korporasi dianggap telah melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Selain itu, pembunuhan dalam genosida dan kejahatan terhadap kemanusiaan sebagai bagian dari hak sipil dan politik bisa juga dilakukan oleh korporasi, tapi hanya dibatasi kepada delik penyertaan. Di dalam bidang hak ekonomi, sosial, budaya, korporasi dikatakan melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat bila melanggar hak atas kondisi tempat kerja yang adil dan menguntungkan bagi pekerja sehingga tidak sedikit dari mereka yang meninggal. Situasi ini sebenarnya terkait dengan kebijakan korporasi yang menyebabkan matinya pekerja. Sedangkan dalam bidang hak kolektif, pelanggaran hak asasi manusia yang berat oleh korporasi terjadi terutama dalam pelanggaran hak atas lingkungan yang bersih dan hak atas kekayaan alam.

Pelanggaran hak asasi manusia yang berat oleh korporasi terhadap hak ekonomi, sosial, dan budaya, serta hak kolektif harus dimaknai berbeda dengan pelanggaran yang sama terhadap hak sipil dan politik terutama dalam menentukan tingkat keseriusan pelanggaran dimaksud. Artinya, harus ada perbedaan parameter untuk menentukan tingkat keseriusan tindak pidana dan timbulnya korban pelanggaran hak asasi manusia yang berat antara hak sipil dan politik, dengan hak ekonomi, sosial, dan budaya serta hak kolektif karena karakteristik dari hak-hak tersebut berbeda satu sama lain. Fokus hak sipil dan politik berpusat pada hak yang dimiliki warga negara ketika berhadapan dengan entitas negara yang memiliki kedaulatan. Sedangkan fokus hak ekonomi, sosial dan budaya berpusat pada peran aktif negara. Adapun fokus hak kolektif berpusat pada reaksi terhadap proses pembangunan dalam suatu negara, adanya kecenderungan diskriminasi dan tidak adanya pemerataan dalam

hal pembangunan ekonomi dan juga infrastruktur, serta munculnya ketidakadilan dengan mengorbankan sekelompok masyarakat demi pembangunan dan kemajuan kelompok yang lain.

Ketiga, delik turut serta melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat perlu direkonstruksi bila pelakunya adalah korporasi, dalam artian agar korporasi terbukti melakukan delik penyertaan dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat, maka terjadinya kerjasama secara fisik tidak mutlak diperlukan, tapi cukup apabila antara korporasi dan orang lain atau entitas hukum yang lain telah ada pertemuan dan perencanaan yang matang untuk terjadinya tindak pidana, tanpa harus mensyaratkan bahwa korporasi atau melalui agennya melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat secara langsung di lapangan.

Keempat, teori-teori tentang tanggung jawab pidana korporasi yang bisa digunakan dalam sistem hukum pidana Indonesia adalah teori identifikasi, teori *vicarious liability* dan teori agregasi. Sedangkan untuk menentukan ada tidaknya kesalahan pada diri korporasi yang terbukti melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat, digunakan teori kesalahan normatif yang ditopang dengan konsep kesalahan kolektif.

Kelima, teori pemidanaan yang sesuai digunakan dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat yang dilakukan oleh korporasi adalah teori pencegahan (*deterrence*) dan teori rehabilitasi (*rehabilitation*). Teori pencegahan digunakan karena motivasi atau orientasi korporasi ketika melakukan pelanggaran hak asasi manusia yang berat didasarkan pada motivasi ekonomi atau orientasi untung rugi. Sedangkan teori rehabilitasi digunakan karena terkait dengan hak-hak kolektif yang juga bisa dilakukan oleh korporasi dalam pelanggaran hak asasi manusia yang berat. Orientasi dari teori ini adalah lebih kepada rehabilitasi lingkungan yang rusak disebabkan oleh korporasi. Adapun sanksi pidana dan tindakan yang bisa dijatuhkan kepada korporasi adalah pidana denda dengan sistem kali-lipat, pencabutan izin operasi, pidana kerja sosial dan

pidana pengawasan bagi korporasi, serta perbaikan seluruh akibat yang ditimbulkan oleh korporasi.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Barbara A. Hudson, *Understanding Justice an Introduction to Ideas Perspectives and Controversies in Modern Penal Theory*, Open University Press, Philadelphia, 1996.
- C.M.V. Clarkson, *Understanding Criminal Law*, 2nd Edition, Sweet & Maxwell Ltd. London, 1998.
- Dwidja Priyanto, *Kebijakan Legislatif Tentang Sistem Pertanggungjawaban Korporasi di Indonesia*, CV. Utomo, Bandung, 2004.
- Hanafi, *Strict Liability dan Vicarious Liability dalam Hukum Pidana*, Lembaga Penelitian, Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, 1997.
- Mahrus Ali dan Syarif Nurhidayat, *Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat In Court System & Out Court System*, Gramata Publishing, Jakarta, 2011.
- Mahrus Ali, *Dasar-dasar Hukum Pidana*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011.
- , *Kejahatan Korporasi*, Arti Bumi Intaran, Yogyakarta, 2008.
- Mardjono Reksidiputro, *Kemajuan Pembangunan Ekonomi dan Kejahatan*, Cetakan Pertama, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (Lembaga Kriminologi), Universitas Indonesia, Jakarta, 1994.
- Moeljatno, *Asas-asas Hukum Pidana*, cet. 8, Rineka Cipta, Jakarta, 2008.
- Robert Cooter dan Thomas Ulen, *Law and Economics*, Third Edition, Addison-Wesley, United States, 2000.
- Roeslan Saleh, *Perbuatan Pidana dan Pertanggungjawaban Pidana; Dua Pengertian Dasar dalam Hukum Pidana*, cet. 3, Aksara Baru, Jakarta, 1983.
- Russel Heaton, *Criminal Law Textbook*, Oxford University Press, London, 2006.

- Salman Luthan, *Kebijakan Penal Mengenai Kriminalisasi di Bidang Keuangan*, Disertasi, Program Doktor Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2007.
- Satjipto Rahardjo, "HAM dalam Masyarakat", dalam Muladi (ed), *HAM, Hakikat, Konsep dan Implikasinya dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, Cetakan Pertama, Refika Aditama, Bandung, 2005.
- Sue Titus Reid, *Criminal Law*, Third Edition, Prentice Hall, New Jersey, 1995.
- Sutan Remy Sjahdeini, *Pertanggung Jawaban Pidana Korporasi*, Grafiti Pers, Jakarta, 2006.
- Yusuf Shofie, *Tanggung Jawab Pidana Korporasi dalam Hukum Perlindungan Konsumen di Indonesia*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011.

Jurnal

- Andrew Clapham, "Extending International Criminal Law beyond the Individual to Corporations and Armed Opposition Groups", *Journal of International Criminal Justice*, 2008.
- Andrew Weissman & David Newman, "Rethinking Criminal Corporate Liability", *Indiana Law Journal*, Vol. 82, No. 411, 2001.
- Beth Stephens, "The Amoral of Profit: Transnational Corporations and Human Rights", *Berkeley Journal of International Law*, 2002.
- Cf. Henry J. Steiner, "Organizational Irrationality and Corporate Human Rights Violations", *Harvard Law Review*, 2009.
- Dan M. Kahan, "Social Influence, Social Meaning, and Deterrence", *Virginia Law Review*, No. 83
- Diane Marie Amann, "Capital Punishment: Corporate Criminal Liability for Gross Violations of Human Rights", *Hastings International and Comparative Law Review*, 2001.

- Doug Cassel, "Corporate Aiding and Abetting of Human Rights Violations: Confusion in the Courts", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 2008.
- Eric Colvin, "Corporate Personality And Criminal Liability", *Criminal Law Forum*, 1995.
- Geraldine Szott Moohr, "On The Prospects Of Deterring Corporate Crime", *Journal of Buszness & Technology Law*, 2007.
- Gregory G.A. Tzeutschler, "Corporate Violator: the Alien Tort Liability of Transnational Corporations for Human Rights Abuses Abroad", *Columbia Human Rights Law Review*, 1999.
- Herbert Hovenamp, "Rationality in Law and Economics", *George Washington Law Review*, No. 60, 1992.
- Jennifer Hill, "Corporate Criminal Liability in Australia: an Envolving Corporate Government Technique?", *Journal of Business Law*, 2003.
- Joanna Kyriakakis, "Australian Prosecution of Corporations For International Crimes", *Journal of International Criminal Justice*, 2007.
- Jonathan Clough, "Punishing the Parent: Corporate Criminal Complicity In Human Rights Abuses" *Brooklyn Journal of International Law*, 2008.
- Katherine A. Swanson, "The Cost of Doing Business: Corporate Vicarious Criminal Liability for the Negligent Discharge of Oil under the Clean Water Act" *Washington Law Review*, 2009.
- Pamela H. Bucy, "Trends In Corporate Criminal Prosecutions", *American Criminal Law Review*, 2007.
- Patricia S. Abril & Ann Morales Olazábal, "The Locus of Corporate Sciencter", *Columbia Business Law Review*, 2006.

- Phillip I. Blumberg, "Asserting Human Rights Against Multinational Corporations Under United States Law: Conceptual and Procedural Problems", *American Journal of Comparative Law*, 2002.
- Sara Sun Beale, "A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability" *American Criminal Law Review*, Vol. 46, 2009.
- Shanaira Udawadia, "Corporate Responsibility for International Human Rights Violations", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2004.
- Stephanie Earlx, "Ascertaining the Criminal Liability of a Corporation", *New Zealand Business Law Quarterly*, 2004.
- Thomas J. Miles, "Empirical Economics and Study of Punishment and Crime", *University of Chicago Legal Forum*, 237, 2005.
- Thomas Weigend, "Societas Delinquere Non Potest? A German Perspective", *Journal of International Criminal Justice*, 2008.
- V.S. Khanna, "Corporate Liability Standars: When Should Corporation Be Criminality Liabel?", *American Criminal Law Review*, 2000.
- W. Cory Wanless, "Corporate Liability For International Crimes Under Canada's Crimes Against Humanity And War Crimes Act", *Journal of International Criminal Justice*, 2009.
- Wayne R LaFave & Austin W. Scott Jr, *Criminal Law*, West Publishing co, 1982
- Yedidia Z. Stern, "Corporate Criminal Personal Liability-Who Is The Corporation?", *Journal of Corporation Law*, 1987.

Makalah dan Website

- A. Irmanputra Sidin, *Korupsi dan HAM (Mencari Sosok Pimpinan Komisi Pemberantasan Korupsi)*, Opini dalam MaPPI FH UI. hlm. 3 diakses melalui www.pemantauperadilan.com. / 17 April 2012/ 00.30.

Agung Yudhawanata, *Wacana Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya Pasca Rezim Otoritarian*, Artikel Ilmiah dapat diakses melalui www.elsam.or.id/ 22 April 2012.

Krisdyatmiko, "Konsep Dasar, Sejarah dan Perkembangan HAM dan Hak-hak Warga Negara", makalah disampaikan dalam Workshop 11, *Penguatan Hukum Adat, HAM dan Pluralisme*, Hotel Mahkota Plaza, SOE-NTT tanggal 27-28 Pebruari 2004.

Mahrus Ali, 'Pertanggungjawaban Pidana Partai Politik dalam Perkara Korupsi', makalah disampaikan pada diskusi publik *Bubarkan Partai Politik Korup? Peluang dan Tantangan*, dilaksanakan oleh HMI Cabang Yogyakarta, Minggu, 5 Pebruari 2012.

KRIMINALISASI PELANGGARAN HAK EKONOMI, SOSIAL DAN BUDAYA DALAM KONTEKS PENEGAKAN DAN PEMAJUAN HAK ASASI MANUSIA

Mohammad Kholid¹

A. Pendahuluan

Hak asasi manusia menjadi bahasan penting sejak dikeluarkan *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) oleh Perserikatan Bangsa Bangsa (PBB) pada tahun 1948. Istilah hak asasi manusia menggantikan *Natural Rights*. Hal ini karena konsep hukum alam yang berkaitan dengan hak-hak alam menjadi kontroversial. Hak asasi manusia dipahami sebagai *Natural Rights* merupakan suatu kebutuhan dari realitas sosial yang bersifat universal,² dan dipercayai memiliki nilai universal yang tidak mengenal batas ruang dan waktu.³

Konsep hak asasi manusia yang melekat pada setiap manusia membawa konsekuensi bahwa setiap orang memiliki hak untuk memperoleh dan mempertahankan hak-haknya, bahkan merupakan tanggungjawabnya sebagai manusia untuk mempertahankan hak-hak tersebut.

Hak asasi manusia pada dasarnya mengatur hubungan antara individu-individu dengan negara. Hak asasi manusia telah disepakati sebagai hukum internasional yang dapat menjadi standar yang kuat bagaimana negara harus memperlakukan individu-individu di dalam

¹ Mohammad Kholid, S.H., M.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Riau.

² Slamet Marta Wardaya, 'Hakekat dan Rencana Aksi Nasional HAM' dalam Muladi, *Hak Asasi Manusia, Hakekat, Konsep dan Implikasinya Dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, PT. Refika Aditama, Bandung, 2005, hlm. 3.

³ Hikmahanto Juwana, 'Pemberdayaan Budaya Hukum Dalam Perlindungan HAM di Indonesia; HAM dalam Perspektif Sistem Hukum Internasional' dalam *ibid.*, hlm. 70.

wilayah yurisdiksinya. Dengan kata lain, hak asasi manusia memberikan jaminan moral dan hukum kepada individu-individu untuk melakukan kontrol dan mendorong aturan dalam praktik-praktik kekuasaan negara terhadap individu-individu, memastikan adanya kebebasan individu dalam berhubungan dengan negara, dan meminta negara memenuhi kebutuhan-kebutuhan dasar individu-individu yang berada di wilayah yurisdiksinya. Di sinilah negara menjadi pihak yang memiliki tugas dan kewajiban (*duty-bearer*) untuk menghormati (*to respect*), melindungi (*to protect*) dan memenuhi (*to fulfil*) hak asasi manusia dan individu-individu yang berdiam di wilayah yurisdiksinya sebagai pemegang hak (*rights holder*).⁴

Meskipun hak asasi manusia secara internasional telah diterima sebagai konsepsi dasar perubahan umat manusia, namun dalam praktiknya pelanggaran hak asasi manusia masih selalu terjadi,⁵ bahkan dalam perkembangannya telah mengalami perubahan-perubahan mendasar sejalan dengan keyakinan dan praktik-praktik sosial di lingkungan kehidupan masyarakat luas.⁶

Bertolak dari adanya pelanggaran hak asasi manusia dan perubahan-perubahan yang mendasar dalam praktik-praktik sosial di lingkungan kehidupan masyarakat luas, perlu dipahami hal tersebut sebagai masalah dalam penegakan dan pemajuan hak asasi manusia. Hal tersebut dianggap sebagai masalah penegakan dan pemajuan terhadap hak asasi manusia karena beberapa faktor, yaitu faktor kondisi dan peluang serta faktor perangkat hukum yang tidak memadai sebagai perlindungan

⁴ Manfred Nowak dalam Suprianto Abdi, et al., *Potret Pemenuhan Hak Atas Pendidikan Dan Perumahan Di Era Otonomi Daerah: Analisis Studi Di Tiga Daerah*, Penerbit Pusat Studi Hak Asasi Manusia Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta, Tanpa Tahun, hlm. 12-13.

⁵ Tim Parsial, *Perlindungan Terhadap Human Rights Defenders (Hambatan dan Ancaman Dalam Peraturan Perundang-undangan)*, November 2005, hlm 1.

⁶ Slamet Marta Wardaya, *loc. cit.*

hak asasi manusia.⁷

Faktor-faktor tersebut merupakan persoalan yang sangat serius di Indonesia, karena selama ini banyaknya pelanggaran hak asasi manusia disinyalir dilakukan oleh negara, dimana kondisi dan peluang yang menjadi faktor serta perangkat hukumnya, baik pengaturan dalam peraturan perundang-undangan maupun dalam konstitusi sebagai hukum dasar tidak sungguh-sungguh mengelaborasi perlindungan hak asasi manusia.⁸ Situasi ini menyebabkan maraknya pelanggaran hak asasi manusia, baik hak-hak individu maupun hak kelompok. Salah satu bentuk pelanggaran yang seringkali dirasakan oleh individu maupun kelompok masyarakat adalah hak ekonomi sosial dan budaya.

Secara universal diakui bahwa terdapat hubungan antara kejahatan dan kebutuhan untuk meningkatkan pelbagai kondisi sosial dan untuk mendorong pengembangan kebijakan sosial (*social policy*) yang akan menunjang pencegahan kejahatan.⁹ Kejahatan bukanlah terletak pada tingkah lakunya, melainkan pada reaksi yang muncul terhadapnya, yang dalam hal ini tingkah laku manusia merupakan hasil dari hukum sebab akibat.¹⁰ Sebagaimana hukum sebab akibat, perilaku jahat tidak lepas dari pengaturan perundang-undangan yang tidak jelas serta ketidakberpihakan, bahkan sebagai faktor atas kejahatan sebagai pelanggaran hak asasi manusia.

Di Indonesia, hak asasi manusia telah diakui dan diatur dengan lengkap pada beberapa peraturan perundang-undangan antara lain

⁷ A. Bazar Harahap dan Nawangsih Sutardi, *Hak Asasi Manusia Dan Hukumnya*, Penerbit Perhimpunan Cendekiawan Independen Republik Indonesia, Jakarta, 2007, hlm. 1.

⁸ Moh. Mahfud MD dalam Marianus Kleden, *Hak Asasi Manusia dalam Masyarakat Komunal, Kajian Atas Konsep HAM dalam Teks-Teks Adat Lamahot dan Relevansinya Terhadap HAM Dalam UUD 1945*, Penerbit Lamalera, Cetakan ke II, Yogyakarta, 2009, hlm. 1.

⁹ *Caracas Declaration* dalam Muladi, *op. cit.*, hlm 101.

¹⁰ Romli Atmasasmita, *Teori Dan Kapita Selekt Kriminologi*, PT. Eresco, Bandung, 1992, hlm. 44-45.

Pasal 28 A sampai dengan Pasal 28 J Undang-Undang Dasar 1945, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, Undang-Undang Nomor 26 Tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia, serta undang-undang yang berasal dari kovenan internasional seperti Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant On Civil and Political Rights* (ICCPR, 1966) dan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR, 1966).

Ketentuan-ketentuan hak asasi manusia sebagaimana yang tertuang dalam peraturan perundang-undangan tersebut sebagai jaminan, sekaligus sebagai batasan hak asasi manusia yang wajib dihormati dan dijunjung tinggi. Akan tetapi ketentuan perumusan hak asasi manusia yang telah dirumuskan dalam peraturan perundang-undangan tersebut masih belum cukup memadai untuk dapat melindungi hak asasi manusia, khususnya hak ekonomi, sosial dan budaya, (selanjutnya akan ditulis dengan ekosob). Berbagai ketentuan tersebut dianggap belum memadai karena belum ada ketentuan pidana sebagai perlindungan atas hak-hak tersebut, sehingga belum jelas perlindungan masyarakat atas hak-hak asasi dalam bidang ekonomi, sosial dan budayanya.

C. de Rover menyatakan bahwa "Dalam rumusan lain, pelanggaran hak asasi manusia adalah tindakan atau kelalaian oleh negara terhadap norma yang belum dipidana dalam hukum pidana nasional tetapi merupakan norma hak asasi manusia yang diakui secara internasional"¹¹

Penegakan dan pemajuan hak asasi manusia sebagaimana dirumuskan di berbagai ketentuan menunjukkan belum adanya suatu kepastian dalam penegakannya. Tidak adanya kepastian tersebut disebabkan oleh belum adanya ketentuan pidana dalam pemajuan dan

¹¹ C. de Rover dalam Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan, Politik Hukum HAM Era Reformasi*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2011, hlm. 43.

penegakan hak asasi manusia di Indonesia.

Tidak terpenuhinya hak ekosob sebagai bentuk pelanggaran hak asasi manusia disebabkan oleh pandangan bahwa hak ekosob merupakan hak kolektif, bukan hak individu, yang sifatnya tidak harus segera dijalankan pemenuhannya.¹² Hak ekosob sering digambarkan sebagai hak kelas dua (hak yang tidak dapat ditegakkan/diadili dan hanya dipenuhi secara bertahap), dan karenanya dipandang bukan merupakan masalah hak.¹³ Berbeda dengan hak sipil dan politik, yang menuntut negara untuk memenuhi hak tersebut tanpa kecuali.

Asumsi dan pandangan yang tidak konprehensif tersebut telah mengakibatkan pembiaran atas pelanggaran hak ekosob. Penghormatan atas martabat manusia tidak akan dicapai apabila setiap individu tidak dapat menikmati semua haknya,¹⁴ termasuk menikmati hak ekosob.

Hak ekosob seringkali dianggap hak kolektif, namun di dalamnya terdapat juga hak-hak individu.¹⁵ Oleh karenanya maka dalam penegakan hak kolektif, hak individual masuk juga di dalamnya. Hal ini menunjukkan bahwa hak-hak kolektif memperhatikan terpenuhinya hak-hak individu secara menyeluruh. Hak ekosob merupakan kebijakan sosial sebagai upaya negara dalam mensejahterakan masyarakatnya. Mustahil jika upaya dan kebijakan itu tidak disertai dengan kebijakan perlindungannya yang pada hakekatnya merupakan bagian integral dari kebijakan sosial.

Jaminan perlindungan dan pemajuan terhadap hak ekosob, sebagaimana termaktub di dalam Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, juga berisi kewajiban-kewajiban negara pihak

¹² Idfhal Kasim, *Kovenan Hak-Hak Sipil Dan Politik, Sebuah Pengantar*, Makalah disajikan pada Pelatihan Dasar HAM Dosen Se-Indonesia, Diselenggarakan oleh PUSHAM UII, Yogyakarta 26-30 September 2011, hlm. 3.

¹³ Sri Palupi, *Mengenal Dan Memahami Hak Ekonomi, Sosial, Budaya*, Makalah disajikan pada Pelatihan Dasar HAM Dosen Se-Indonesia, Diselenggarakan oleh PUSHAM UII, Yogyakarta 26-30 September 2011, hlm. 1.

¹⁴ *Ibid.*, hlm. 2.

¹⁵ Marianus Kleden, *op. cit.*, hlm. 25.

dan ketentuan mengenai pelaporan dan prosedur pemantauan. Indonesia telah meratifikasi ketentuan Kovenan tersebut dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005. Ratifikasi ini menunjukkan bahwa Indonesia, sebagai Negara Pihak pada Kovenan, telah menyetujui dan menyepakati untuk menjamin terpenuhinya hak ekonomi, sosial dan budaya dan meletakkannya sebagai tujuan pembangunan dalam mensejahterakan masyarakatnya.

Suatu pembangunan yang bertujuan mensejahterakan masyarakat tidak dapat dipisahkan dengan suatu perlindungannya. Perlindungan masyarakat dikhususkan pada latarbelakang perlunya kriminalisasi terhadap pelanggaran hak ekosob, yang bermakna sebagai gagasan dalam penegakan dan pemajuan untuk mencapai masyarakat yang sejahtera.

Ide kriminalisasi pelanggaran hak ekosob dilatarbelakangi oleh upaya menfungsikan hukum pidana dalam masyarakat. Kriminalisasi pelanggaran hak ekosob merupakan respon atas tuntutan perkembangan peradaban manusia yang melatarbelakanginya.¹⁶ Hal tersebut berarti diperlukan adanya suatu kebijakan kriminal untuk menanggulangi pelanggaran hak asasi manusia. Pelanggaran hak asasi manusia di sini dapat dikategorikan sebagai kejahatan atau tindak pidana. Kejahatan dimaknai sebagai perbuatan yang bertentangan dengan keadilan atau perbuatan yang bertentangan dengan norma-norma yang hidup dan berlaku dalam masyarakat, terlepas apakah perbuatan itu diancam pidana dalam undang-undang atau tidak, jadi yang benar-benar dirasakan oleh masyarakat sebagai bertentangan dengan keadilan.¹⁷ Pada kerangka ini, pelanggaran hak asasi manusia dipahami sebagai suatu perbuatan yang bertentangan dengan hak asasi sebagai norma atas hak yang melekat pada

¹⁶ Mohamad Kholid, 'Kriminalisasi Persiapan Melakukan Tindak Pidana Sebagai Bentuk Penanggulangan Kejahatan Sedini Mungkin' dalam *Jurnal Mahkamah*, Volume 20 Nomor 1, April 2008, hlm. 10-11.

¹⁷ Sudarto, *Hukum Pidana 1*, Diterbitkan oleh Yayasan Sudarto, Cetakan ke-II, Semarang, 1990, hlm. 56.

hakekat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa.¹⁸ Sebagai penanggulangan atas pelanggaran hak asasi manusia, maka diperlukan adanya kebajikan penal (hukum pidana).

Ide kriminalisasi ini didasarkan pada beberapa syarat antara lain menyangkut suatu perbuatan yang bertentangan dengan kesusilaan, agama dan moral Pancasila, membahayakan kehidupan masyarakat, bangsa dan negara, serta menghambat pembangunan nasional.¹⁹ Kriminalisasi tindak pidana korupsi merupakan salah satu bentuk perhatian atas pelanggaran hak ekosob dengan menggunakan kebijakan penal. Tindak pidana korupsi dianggap sebagai pelanggaran terhadap hak masyarakat atas ekonomi, sosial dan budaya.

Korupsi dianggap sebagai pelanggaran hak ekosob karena dampak dari korupsi menimbulkan biaya hidup yang lebih tinggi, harga-harga menjadi mahal, dan akibatnya muncul banyak pengemis, pengangguran, bahkan menimbulkan banyak kejahatan lainnya, yang ke-semua itu disebabkan tidak terpenuhinya hak ekosob masyarakat sebagai korban atas tindak pidana korupsi.²⁰

Penggunaan hukum pidana terhadap tindak pidana korupsi bukan sekedar hanya karena korupsi merupakan pelanggaran hak ekosob, tetapi korupsi juga telah menghambat tujuan pembangunan nasional lainnya demi mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur. Sehubungan dengan ini maka penggunaan hukum pidana bertujuan untuk menanggulangi pelanggaran hak asasi manusia dan mengadakan penguguran terhadap tindakan penanggulangan itu sendiri, demi kesejahteraan dan pengayoman

¹⁸ Pasal 1 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

¹⁹ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif dalam Penanggulangan Kejahatan dengan Pidana Penjara*, Penerbit Universitas Diponegoro, Edisi Kedua, Cetakan Ketiga, Semarang, 2000, hlm. 74-75.

²⁰ Imran, 'Korupsi dan Pelanggaran Ekosob' dalam *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia (Kajian Multi Perspektif)*, Seri Bunga Rampai, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2007, hlm. 96.

masyarakat.²¹

Selain itu, fungsi kriminalisasi terhadap pelanggaran hak ekosob dalam hukum pidana erat kaitannya dengan kegunaan hukum dalam masyarakat yang sedang mengalami proses tumbuh kembang/modernisasi. Kegunaan itu pada dasarnya dapat berfungsi ganda, yaitu dapat membentuk hukum, memperkuat hukum yang sudah ada, dan memperjelas batasan ruang lingkup hukum yang sudah ada.²²

B. Kriminalisasi Pelanggaran HAM Ekosob Dalam Rangka Penegakan Dan Pemajuan HAM.

Pemerintah Indonesia telah meratifikasi *International Covenant On Economic, Social and Cultural Rights* (ICESCR), selanjutnya disebut Kovenan, melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005. Oleh karenanya pemerintah Indonesia berkewajiban untuk melakukan pemenuhan dan jaminan sosial dan budaya dan harus mewujudkannya melalui aturan hukum maupun kebijakan-kebijakan pemerintah.

Kovenan ini mengakui beberapa hak mencakup hak atas pekerjaan (Pasal 6), hak untuk menikmati kondisi kerja yang adil dan menyenangkan (Pasal 7), hak untuk membentuk dan ikut serikat buruh (Pasal 8), hak atas jaminan sosial, termasuk asuransi sosial (Pasal 9), hak atas perlindungan dan bantuan seluas mungkin bagi keluarga, ibu, anak dan orang muda (Pasal 10), hak atas standar kehidupan yang memadai (Pasal 11), hak untuk menikmati standar kesehatan fisik dan mental yang tertinggi yang dapat dicapai (Pasal 12), hak atas pendidikan (Pasal 13&14) dan hak ikut serta dalam kehidupan budaya (Pasal 15).

Hak-hak tersebut di atas merupakan kategori hak yang harus dipenuhi oleh negara. Negara wajib melakukan tindakan yang konkrit

²¹ Sudarto, *Hukum dan Hukum Pidana*, Penerbit Alumni, Bandung, 1977, hlm. 44.

²² Harmein Hadiati Koeswadji, *Perkembangan Macam-Macam Pidana Dan Pembangunan Hukum Pidana*, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995, hlm. 121.

untuk memenuhi hak ekosob agar dapat dirasakan secara langsung oleh masyarakat. Pemenuhan hak ekosob adalah sangat penting demi menunjang pembangunan dan kesejahteraan, seperti hak atas pangan yang dapat menunjang tercapai dan terpenuhinya hak-hak lainnya. Hak atas pangan tersebut sebagai hak dasar manusia yang tidak boleh diabaikan. Negara tidak bisa melakukan pembangunan yang berkelanjutan tanpa memperhatikan hak dasar tersebut.

Di samping hak dasar atas pangan, ada beberapa hak dasar lainnya yang termuat dalam Kovenan yang sifatnya saling menunjang seperti hak atas air dan ketersediaannya yang menunjang hak atas pangan. Jika air tidak tersedia maka tidak akan ada hak atas pangan. Air merupakan kebutuhan esensial manusia. Tidak saja merupakan kebutuhan dasar bagi kesehatan dan kehidupan, air juga berpengaruh terhadap produksi pangan.²³ Dengan demikian, manusia tidak dapat melangsungkan kehidupannya tanpa adanya air sebagai sumber yang paling dasar dalam menunjang kebutuhan dasar lainnya. Dari hak pangan sampai hak dasar lainnya tersebut perlu juga ditunjang dengan beberapa hak lainnya, seperti hak atas perumahan/ tempat tinggal, hak atas kesehatan, hak atas pendidikan, hak atas pekerjaan dan hak untuk ikut serta dalam kehidupan budaya.

Hingga saat ini, Indonesia masih memiliki catatan buram dalam meningkatkan kesejahteraan masyarakat. Hal ini terlihat dari masih dijumpainya kelaparan, kekurangan gizi, langkahnya atau sulitnya mendapatkan air bersih, lingkungan yang terkontaminasi, juga lingkungan kerja yang tidak mendukung bagi keselamatan dan kesehatan para pekerja. Hal ini menunjukkan bahwa negara khususnya pemerintah belum memperhatikan dan melaksanakan Kovenan dengan baik.

Berbeda dengan *Universal Declaration of Human Rights* (UDHR) yang bersifat deklaratif sehingga tidak mengikat suatu negara sebagaimana

²³ Majda El Muhtaj, *Dimensi-Dimensi HAM Menguraikan Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya*, Rajawali Pers, Jakarta 2008, hlm. 132.

suatu perjanjian, Kovenan merupakan perjanjian internasional yang mengikat secara hukum suatu negara untuk melaksanakan segala ketentuan yang ada di dalam Kovenan. Perjanjian tersebut mengikat Negara Pihak untuk memenuhinya sesuai asas *pacta sunt servanda*.²⁴ Pemenuhan atas hak ekososob bukan saja merupakan kewajiban internasional paska ratifikasi, tetapi juga komitmen dan kewajiban negara terhadap hak rakyat, tidak terbatas pada reduksi positivisme, melainkan juga kewajiban negara sebagai lembaga penjamin kondisi hidup rakyatnya.

Kovenan telah menjadi instrument yang mewajibkan pemerintah Indonesia untuk memenuhi hak-hak yang diakui di dalamnya. Pada praktiknya, pemerintah seringkali mengeluh tentang keterbatasan kemampuan negara untuk memenuhi hak ekososob tersebut. Keterbatasan kemampuan, sebagaimana sering dikatakan oleh pemerintah, tidak menjadi alasan untuk tidak memenuhi hak ekososob. Jika hak ekososob tidak terpenuhi, maka pemerintah dapat dikatakan telah memiliki andil atas kondisi yang buruk tersebut. Tidak dipenuhinya kewajiban tersebut oleh negara adalah hal yang serius dan perlu diperiksa apakah situasi tersebut disebabkan oleh faktor penentu yang benar-benar tidak mampu ia kontrol, atau justru karena kesengajaan dari pemerintah.²⁵

Alasan situasional sebagai upaya pembelaan negara untuk menghindar dari tanggungjawabnya tetap tidak dapat dijadikan alasan. Negara tetap berkewajiban memenuhi ukuran normatif sebagaimana terdapat dalam prinsip “kontrak soaial”. Sebagai suatu bentuk kontrak sosial, negara dituntut menjalankan tugas dan wewenangnya untuk mewujudkan kehendak umum, mendistribusikan keadilan, menjamin kepentingan bersama dan melindungi hak-hak rakyatnya.²⁶ Mangkirnya negara dari kewajiban memenuhi kontrak sosial, khususnya di bidang hak

²⁴ L. G. Saraswati, et. al., *Hak Asasi Manusia*, Teori, Hukum, Kasus, Penerbit Filsafat UI Press, Jakarta, 2006, hlm. 198.

²⁵ *Ibid.*, hlm. 375-376.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 296-297.

asasi manusia, inilah yang disebut pelanggaran hak asasi manusia.

Pelanggaran hak asasi manusia dapat dilakukan dengan cara berbuat/melakukan suatu tindakan atau melakukan hal-hal yang telah dirumuskan sebagai pelanggaran hak asasi manusia (*acts of commission*), maupun pelanggaran melalui tidak berbuat/tidak melakukan sesuatu yang telah diperintahkan yang telah dirumuskan sebagai pelanggaran hak asasi manusia (*acts of omission*). Terkadang pelanggaran hak eksoab selalu dianggap dan dikategorikan sebagai *act of omission*, di mana tidak terpenuhinya hak-hak rakyat akan hak ekonomi, sosial dan budaya terjadi karena keterbatasan kemampuan negara.

Act of commission dalam pelanggaran hak eksoab dapat dilakukan oleh individu-individu maupun kelompok (pihak ke tiga) yang bertentangan dengan tugas dan kewajibannya, baik secara langsung maupun tidak langsung, berbuat pelanggaran terhadap hak-hak masyarakat.

Act of commission juga dapat dilakukan dengan mengatas namakan pemerintahan maupun lembaga negara yang mengeluarkan peraturan atau kebijakan yang menambah pelanggaran hak asasi manusia²⁷ maupun kebijakan-kebijakan yang bertentangan dengan Kovenan yang telah diratifikasi menjadi undang-undang. Maraknya kebijakan-kebijakan baik di tingkat pusat maupun daerah, ataupun tindakan-tindakan oleh pihak ketiga dalam pelanggaran hak eksoab ini menunjukkan tidak efektifnya Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005.

Bertolak dari berbagai penyimpangan ataupun pelanggaran hak asasi manusia di atas, menunjukkan gagalnya negara dalam melaksanakan kewajibannya untuk memenuhi hak asasi manusia dan mencegah terjadinya pelanggaran hak asasi manusia. Negara juga memiliki kewajiban untuk mencegah terjadinya pelanggaran yang dilakukan oleh pihak ketiga, seperti individu dan instansi swasta. Inilah yang menjadi

²⁷ Suprianto Abdi et. al, *Potret Pemenuhan Hak Atas Pendidikan Dan Perumahan Di Era Otonomi Daerah: Analisis Situasi Di Tiga Daerah*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2009, hlm. 24.

tanggungjawab negara. Konsep tanggungjawab negara dalam hukum internasional biasanya dipahami sebagai “tanggungjawab yang timbul akibat pelanggaran hukum hak asasi manusia Internasional oleh negara”. Tetapi dalam kaitannya dengan hukum hak asasi manusia internasional, pengertian tanggungjawab negara bergeser maknanya menjadi “tanggungjawab yang timbul akibat dari pelanggaran terhadap kewajiban untuk melindungi dan menghormati hak asasi manusia oleh negara”. Kewajiban yang dimaksud itu adalah kewajiban yang lahir dari perjanjian-perjanjian internasional hak asasi manusia, maupun dari hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) khususnya norma-norma hukum kebiasaan internasional yang memiliki sifat *jus cogens*.²⁸

Pelanggaran hak asasi manusia, khususnya hak ekosob, yang masih terjadi menunjukkan bahwa Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 sebagai norma dan standar hak asasi manusia hanyalah bagaikan tumpukan kertas tebal yang di dinding indah sebagai bahan rujukan tanpa tindakan,²⁹ yang seharusnya dapat dijadikan dasar untuk menjamin agar masyarakat dapat menikmati kepastian hukum, sebagaimana ketertiban hukum dan perlindungan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran.³⁰

Perlindungan hukum hak asasi manusia akan memberi rasa aman dan tenang dengan adanya kepastian hukum, artinya bahwa dengan tegaknya kepastian hukum maka perlindungan hukum dapat dinikmati masyarakat.³¹

Hak ekosob yang telah dirumuskan sebagai perlindungan terhadap masyarakat terasa kurang efektif karena tidak adanya kepastian hukum. Kepastian hukum tersebut dapat dicapai dengan membuka kemungkinan

²⁸ Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan ... op. cit.*, hlm. 43-44, 47.

²⁹ Majda El Muhtaj, *op. cit.*, hlm. 220.

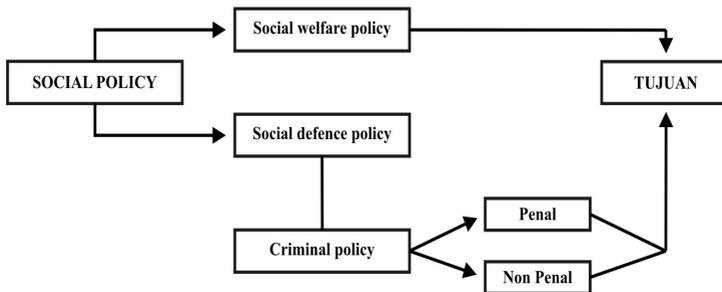
³⁰ Garis-Garis Besar Haluan Negara (GBHN), BP_7 Pusat, 1995, hlm. 188.

³¹ Leden Marpaung, *Tindak Pidana terhadap Nyawa dan Tubuh (Pemberantasan dan Prevensinya)*, Penerbit Sinar Grafia, Cetakan Kedua, April 2002, hlm. 1.

penuntutan terhadap pelanggaran hak ekosob, seperti yang terjadi di India dan Afrika.³² Kepastian peraturan berhubungan dengan dokumen, sedangkan kepastian hukum berhubungan dengan perilaku. Jadi apabila suatu undang-undang dikeluarkan maka yang segera atau otomatis muncul adalah kepastian peraturan. Kepastian hukum baru muncul apabila semua benar-benar bertindak sesuai dengan hukum.

Upaya perlindungan hak ekosob merupakan bagian integral dari upaya perlindungan masyarakat (*social defence*) dan upaya mencapai kesejahteraan masyarakat (*social welfare*).³³ Perlindungan masyarakat terhadap pemajuan hak ekosob dapat dilakukan dengan kebijakan penal dengan mengkriminalisasikan suatu pelanggaran hak asasi manusia sebagai bentuk perlindungannya.

Barda Nawawi Arief menyatakan bahwa politik kriminal pada hakekatnya juga bagian integral dari politik sosial (yaitu kebijakan atau upaya untuk mencapai kesejahteraan sosial). Secara skematis hubungan itu dapat digambarkan sebagai berikut.³⁴



³² Sri Palupi, *op. cit.*, hlm. 1.

³³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cetakan Kedua, Edisi Revisi, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, Mei 2002, hlm. 2.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 2-3.

Kebijakan kriminal dapat dianggap sebagai salah satu upaya untuk mencapai kesejahteraan masyarakat. Kebijakan ini juga diperlukan untuk melindungi masyarakat dari pelanggaran hak asasi manusia. Dalam hal ini, kebijakan kriminal sebagai upaya melindungi masyarakat dapat diartikan sebagai usaha yang rasional dari masyarakat dalam menanggulangi pelanggaran hak asasi manusia.³⁵

Sebagaimana usaha rasionil, kebijakan kriminal dapat dirasakan ideal (keseimbangan tujuan dan kemanfaatannya) jika usaha tersebut mampu melindungi masyarakat dari pelanggaran hak asasi manusia. Oleh karenanya diperlukan utusan sanksi yang tegas bagi si pelaku pelanggaran hak asasi manusia.

Tentunya dalam hal kriminalisasi terhadap perbuatan pelanggaran hak ekososb ini, perlu menentukan batasan pelaku pelanggaran hak asasi manusia sebagai tindak pidana, sehingga dapat dirumuskan perbuatan-perbuatan apa yang termasuk pelanggaran hak ekososb. Pasal 1 ayat (6) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia mengatur bahwa Pelanggaran hak asasi manusia adalah setiap perbuatan seseorang, atau kelompok orang termasuk aparat negara baik disengaja maupun tidak disengaja atau kelalaian yang secara melawan hukum mengurangi, menghalangi, membatasi, dan atau mencabut hak asasi manusia seseorang atau kelompok orang yang dijamin oleh undang-undang ini, dan tidak mendapatkan, atau dikhawatirkan tidak akan memperoleh penyelesaian hukum yang adil dan benar, berdasarkan mekanisme hukum yang berlaku.

Jika si pelaku adalah korporasi (baik berbadan hukum maupun tidak), maka sanksi pidananya disesuaikan dengan si pelaku tersebut. Pelaku pelanggaran hak asasi manusia dapat dibedakan menjadi dua, yaitu pelaku (baik berbadan hukum maupun tidak/korporasi/kelompok) bergerak dalam bidang ekonomi, sosial dan budaya ataupun terkait

³⁵ Sudarto, *op. cit.*, hlm. 38.

dengan pelanggaran hak tersebut; dan pelaku di luar kriteria (seseorang/ individu baik terkait tugas dan kewajiban maupun terkait pelanggaran terhadap hak ekosob) yang menghambat suatu kegiatan ekonomi, sosial dan budaya atau pelanggaran secara langsung.

Berdasarkan uraian di atas, diperlukan re-orientasi terhadap penegakan dan pemajuan hak ekosob dengan melakukan kriminalisasi suatu perbuatan yang melanggar hak ekosob. Kriminalisasi ini menjadi kebutuhan mendesak untuk melindungi masyarakat atas hak-hak dasar yang dimilikinya.

C. Penutup

Pemajuan hak ekosob tidak hanya dirumuskan dalam undang-undang, tetapi akan lebih efektif jika dalam pemajuannya disertai dengan kriminalisasi atas suatu perbuatan yang melanggar hak asasi manusia. Standar dan norma yang terdapat dalam instrumen hak asasi manusia, khususnya hak ekosob, tidak akan banyak berarti apabila tidak diikuti dengan tahap kriminalisasi sebagai bentuk penegakan dan pemajuannya.

Kebijakan tindak pidana korupsi merupakan salah satu bentuk kriminalisasi pelanggaran hak ekosob secara parsial. Untuk itu diperlukan kriminalisasi pelanggaran hak ekosob secara menyeluruh sebagai upaya penegakan dan pemajuan hak asasi manusia yang selaras dengan kebijakan sosial dalam perlindungan masyarakat untuk mencapai kesejahteraan.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- A. Bazar Harahap dan Nawangsih Sutardi, *Hak Asasi Manusia Dan Hukumnya*, Penerbit Perhimpunan Cendekiwan Independen Republik Indonesia, Jakarta, 2007.
- Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, Cetakan Kedua, Edisi Revisi, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, Mei 2002.
- Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Legislatif Dalam Penanggulangan Kejahatan Dengan Pidana Penjara*, cet. 3, Penerbit Universitas Diponegoro, Edisi Kedua, Semarang, 2000.
- Harmein Hadiati Koeswadji, *Perkembangan Macam-Macam Pidana Dan Pembangunan Hukum Pidana*, Penerbit PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1995.
- L. G. Saraswati, et. al., *Hak Asasi Manusia, Teori, Hukum, Kasus*, Penerbit Filsafat UI Press, Jakarta, 2006.
- Leden Marpaung, *Tindak Pidana terhadap Nyawa dan Tubuh (Pemberantasan dan Prevensinya)*, cet. 2, Penerbit Sinar Grafia, 2002.
- Majda El Muhtaj, *Dimensi-Dimensi HAM Menguraikan Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya*, Rajawali Pers, Jakarta 2008.
- Marianus Kleden, *Hak Asasi Manusia Dalam Masyarakat Komunal, Kajian Atas Konsep HAM Dalam Teks-Teks Adat Lamahot dan Relevansinya Terhadap HAM Dalam UUD 1945*, cet. 2, Penerbit Lamalera, Yogyakarta, 2009.
- Muladi, *Hak Asasi Manusia, Hakekat, Konsep dan Implikasinya Dalam Perspektif Hukum dan Masyarakat*, PT. Refika Aditama, Bandung, Januari 2005.
- Romli Atmasasmita, *Teori Dan Kapita Selekta Kriminologi*, PT. Eresco, Bandung, 1992

- Sudarto, *Hukum Dan Hukum Pidana*, Penerbit Alumni, Bandung, 1977.
- , *Hukum Pidana 1*, cet. 2, diterbitkan oleh Yayasan Sudarto, Semarang, 1990.
- Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan, Politik Hukum HAM Era Reformasi*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2011.
- Suprianto Abdi et. Al., *Potret Pemenuhan Hak Atas Pendidikan Dan Perumahan Di Era Otonomi Daerah: Analisis Situasi Di Tiga Daerah*, Pusham UII, Yogyakarta, 2009
- Supriyanto Abdi dkk (ed), *Mengurai Kompleksitas Hak Asasi Manusia (Kajian Multi Perspektif)*, Seri Bunga Rampai, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2007.

Jurnal dan Makalah

Jurnal Mahkamah, Volume 20 Nomor 1, April 2008.

Tim Parsial, *Perlindungan Terhadap Human Rights Defenders (Hambatan dan Ancaman Dalam Peraturan Perundang-undangan)*, November 2005.

Ifdhal Kasim, *Kovenan Hak-Hak Sipil Dan Politik, Sebuah Pengantar*, Makalah disajikan pada Pelatihan Dasar HAM Dosen Se-Indonesia, Diselenggarakan oleh PUSHAM UII, Yogyakarta 26-30 September 2011.

Sri Palupi, *Mengenal Dan Memahami Hak Ekonomi, Sosial, Budaya*, Makalah disajikan pada Pelatihan Dasar HAM Dosen Se-Indonesia, Diselenggarakan oleh PUSHAM UII, Yogyakarta 26-30 September 2011.

TANGUNG JAWAB NEGARA DALAM MEMENUHI HAK MASYARAKAT ATAS AIR

Ronny Junaidy Kasalang¹

A. Pendahuluan

Air merupakan aset kehidupan manusia. Jika aset ini berkurang atau habis, maka dipastikan manusia tidak dapat melangsungkan kehidupannya dan jauh dari kemartabatannya sebagai manusia. Dasar logis ini membuahakan pola pikir dan sikap dalam memposisikan air sebagai sumber daya utama bagi kehidupan. Wakil Presiden Bank Dunia, Ismail Sarageldin pernah mengatakan perang pada masa depan tidak lagi dipicu oleh perebutan emas hitam (minyak), tetapi oleh emas biru (air).²

Dipandang dari perspektif apapun, air tak pernah bisa dipisahkan dari kehidupan, bahkan air adalah kehidupan itu sendiri (*aqua vitae, life water, ma'ul hayat*).³ Meskipun air bisa dimanfaatkan, tetapi harus disadari ia bisa berkurang dan menipis. Tak terbantahkan bahwa kecuali air sebagai sumber kehidupan, air juga menjadi komoditas sentra ekonomi, meminjam istilah Bronwen Morgan, keduanya bertentangan secara radikal, *water as an economic good and water as a human right*.⁴

Persoalan ini menjadi semakin mengkhawatirkan ketika ketersediaan air bersih dan sehat tidak sebanding dengan tingkat

¹ Ronny Junaidy Kasalang, S.H., M.H., Dosen Fakultas Hukum Universitas Pembangunan Indonesia, Manado.

² Lihat *Harian Kompas*, Jakarta, edisi 16 September 1999.

³ Dikutip dari bagian Putusan MKRI No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005, tanggal 13 Juli 2005, hlm. 7.

⁴ Lihat lebih lanjut Bronwen Morgan, "The Regulatory Face of the Human Right to Water," dalam *Journal of Water Law*, vol. 15, 2004, hlm. 179-187.

kebutuhan manusia itu sendiri.⁵ Pertumbuhan jumlah penduduk yang ditandai dengan meningkatnya aktivitas perekonomian masyarakat memberikan pengaruh yang signifikan terhadap ketersediaan air bersih dan sehat. Kevin Watkins, direktur *UN Human Development Report Office* mengingatkan kita bahwa: *Unclean water is the second biggest killer of children, claiming more than two million lives annually. Diseases caused by water keep countless millions more children out of school, reinforce poverty, and act as a brake on economic growth.*⁶

Diperkirakan 1,1 miliar atau sekitar seperenam penduduk dunia harus minum air kotor setiap hari. Seribu anak usia lima tahun mati setiap hari akibat diare karena buruknya ketersediaan air bersih. Jika kondisi ini terus terjadi, John Scanlon, et.al. dalam buku *Water as Human Rights?* mengatakan, diperkirakan pada tahun 2025 dua pertiga penduduk dunia akan menghadapi persoalan serius ketersediaan air bersih. Selengkapnya ia mengatakan sebagai berikut:

In the past century, the world's population tripled while global demand for water has increased six-fold. Today, more than a billion people lack safe drinking water and almost two and a half billion live without access to sanitation systems. An estimated 14 to 30 thousand people, mostly young and elderly, die every day from avoidable water diseases. If current trends persist, by 2025, two-thirds of the world's population will be living with serious water shortages or almost no water at all. The availability of adequate

⁵ Antonie Frerot dalam tulisannya "Declarations on the Right to Water are not Enough" mengatakan, "If water is a basic right, it must become a reality for the 1 billion people who today do not have safe drinking water and the 2.5 billion people who have no sanitation. If a right is to be established, it follows that a price must be established along with someone who has to pay. Otherwise, the right will be nothing more than the empty words. A right to water without a solvent debtor is like a rubber check — in other words, a "rubber right." Lihat Antonie Frerot, 'Declarations on the Right to Water are not Enough' dalam *Wave*, Spring/Summer 2006, hlm. 20.

⁶ Lihat Kevin Watkins, 'Clean Water is a Human Rights' dalam *International Herald Tribune*, edisi 10 November 2006.

*water supply is critical to every aspect of human life; a crisis water would have adverse impacts on health and welfare, the environment and economics worldwide.*⁷

Diperkirakan pada Tahun 2025, dua pertiga dari populasi dunia akan mengalami kekurangan air dan 2,6 miliar manusia di negara berkembang akan hidup tanpa sanitasi yang layak, sehingga kurangnya akses pada air minum dan sanitasi yang sehat menyebabkan permasalahan kesehatan. Kurangnya akses terhadap air minum, sanitasi dan rendahnya kondisi *hygiene* menyebabkan 3 juta penduduk di negara berkembang, terutama anak-anak meninggal setiap tahunnya. Sekitar 200 juta penduduk di dunia menderita penyakit akibat bawaan air. Demikian pula terdapat beberapa penyakit yang diakibatkan oleh air yang mengandung kuman *pathogen* dan menjadi sarana penularan penyakit seperti kolera, tifus, infeksi hati, disentri basiler, disentri amuba, polio, giardasi, kriptosordiosis dan sebagainya. Studi ilmiah menyatakan bahwa pengurangan angka kesakitan ini sebanyak 77% dapat dicapai dengan memperbaiki kondisi dan aksesibilitas air minum dan sanitasi.

Peran air sangat berarti bagi setiap orang, karena air merupakan zat yang sangat penting bagi tubuh, karena 70 persen tubuh manusia berupa air. Fungsi air dalam tubuh adalah sebagai pengatur suhu tubuh, melembabkan jaringan mulut, mata, dan hidung, pelumas sendi, serta melindungi organ dan jaringan tubuh. Keberadaan air turut membantu meringankan beban kerja ginjal dan hati dengan melarutkan sisa-sisa metabolisme, mencegah sembelit atau susah buang air besar, membantu melarutkan mineral dan zat gizi agar dapat dimanfaatkan tubuh dan membawa zat-zat gizi dan oksigen ke dalam sel.

Kurangnya asupan cairan berimplikasi besar pada meningkatnya resiko berbagai penyakit, seperti batu ginjal dan infeksi saluran kencing,

⁷ John Scanlon et.al., *Water as Human Rights?*, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, United Kingdom, 2004, hlm. 1.

kanker usus besar dan saluran kencing, obesitas pada anak dan remaja, tekanan darah tinggi (hipertensi), sumbatan pembuluh darah vena, hingga jantung koroner. Kurangnya cairan tubuh yang menyebabkan dehidrasi ringan dapat mempengaruhi kinerja, kemampuan kognitif, dan suasana hati setiap orang.

Sanitasi terkait dengan air bersih sangat penting dalam aspek kesehatan yang memiliki korelasi pada aspek ekonomi karena sanitasi yang lebih baik berdampak positif pada pengurangan kemiskinan, berkontribusi positif pada pembangunan sosial, mengurangi penyakit, meningkatkan gizi anak, meningkatkan daya tangkap anak sekolah, meningkatkan produktivitas kerja orang dewasa dan menjaga kehormatan perempuan dan anak perempuan. Di Indonesia sanitasi merupakan suatu masalah karena dari 100.000 kematian balita setiap tahun, 31.000 (30% lebih) diantaranya disebabkan oleh diare yang diakibatkan oleh buruknya sanitasi yang terkait dengan masalah air bersih. Termasuk penyakit demam berdarah, menurut WHO Indonesia dikategorikan negara beresiko tinggi karena terjadi 160.000 kasus per tahun yang diakibatkan oleh masalah sanitasi dan air bersih. Sekitar 68% sumur dangkal di Jakarta sudah tercemar bakteri E-coli. Penyebaran bakteri ini sudah mencapai hampir seluruh wilayah Jakarta, termasuk Jakarta selatan yang tidak sepadat wilayah lainnya. Kedekatan jarak yaitu tidak mencapai 10 meter antara sumur air bersih dan *septic tank* dipermukiman padat menjadi penyebab penyebaran. Umumnya *septic tank* di Jakarta masih mengandalkan sistem peresapan air ke dalam tanah sehingga dapat mencemari sumur dengan mudah. Perusahaan Daerah Air Minum Jakarta hanya mampu melayani kebutuhan air bersih untuk 44-47% warga Jakarta. Sisanya masih menggunakan sumur untuk mendapatkan air bersih. Selain itu, para pelanggan Perusahaan Daerah Air Minum atau PDAM masih menggunakan sumur karena pasokan PDAM tidak teratur dan sering mati.⁸

⁸ Kompas, 4 Maret 2009.

Pengelolaan sumberdaya air yang kompleks ini menjadi tantangan utama dalam upaya pencapaian tujuan Pembangunan Milenium yang dicanangkan di tahun 2000, terutama dalam pencapaian tujuan pertama, memberantas kemiskinan dan kelaparan, serta tujuan ke tujuh dari sepuluh target, mengurangi sampai setengah jumlah penduduk yang tidak memiliki akses kepada air bersih yang layak minum. Indonesia menjadi salah satu negara anggota PBB yang telah menyetujui Deklarasi Millenium tersebut.

Di bidang penyediaan air bersih dan sanitasi, WHO pada tahun 2003 melaporkan bahwa dari 6 miliar penduduk dunia, masih ada 1,1 miliar orang yang tidak mempunyai akses terhadap air bersih, dimana 63% nya berada di Asia. Sedangkan survey WHO yang dilakukan di Indonesia pada tahun 2002 menunjukkan bahwa dari 217 juta penduduk Indonesia, dengan komposisi populasi 44% berada di perkotaan dan sisanya di pedesaan, sebanyak 78% penduduk memiliki akses terhadap air (*improved water*). Namun yang mendapat pelayanan dari PDAM hanya 17% rumah tangga.⁹

*'Access to safe water is a fundamental human need and, therefore, a basic human right. Contaminated water jeopardizes both the physical and social health of all people. It is an affront to human dignity.'*¹⁰ Demikian tegas Kofi Annan, mantan Sekretaris Jenderal PBB. Air adalah kebutuhan esensial manusia. Tidak saja sebagai dasar bagi kesehatan dan kehidupan, tetapi juga memengaruhi produksi pangan dan totalitas kehidupan manusia.

Air bersih menunjang eksistensi kehidupan manusia. Ketersediaan air bersih bagi rakyat merupakan kewajiban pemerintah. Relasi antara hak yang dimiliki rakyat dan kewajiban pemerintah sejatinya membuahkan kualitas manajemen pelayanan publik yang baik. Meminjam istilah

⁹ ADB, 2006.

¹⁰ John Scanlon et.al., *op. cit.*, hlm. 6.

Hamong Santono, Koordinator Koalisi Rakyat untuk Hak atas Air (KruHA), dengan air sebagai hak asasi manusia, menjadikan penyediaan layanan air dikategorikan sebagai *essential services*. Hal itu merupakan pusat dari kontrak sosial antara pemerintah dan masyarakat.¹¹

Pelayanan yang baik inilah yang akan memungkinkan hadirnya perlindungan dan pemenuhan hak-hak mendasar rakyat, tidak terkecuali hak atas air. Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia Tahun 1948 telah menggariskan hal itu dalam Pasal 25 ayat (1) yang menegaskan sebagai berikut:

Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services ... (Setiap orang berhak atas taraf hidup yang menjamin kesehatan dan kesejahteraan untuk dirinya dan keluarganya, termasuk pangan, pakaian, perumahan dan perawatan kesehatannya serta pelayanan sosial yang diperlukan ...).¹²

Instrumen hak asasi manusia internasional memberikan dukungan senada tentang pemenuhan hak atas air. Ketentuan *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)*, khususnya Pasal 11 ayat (1) dan Pasal 12 ayat (1) yang menekankan tentang *the right to an adequate standard of living* jelas sangat berkaitan dengan eksistensi hak atas air. Pemenuhan hak atas air tidak bisa dilepaskan dari upaya pencapaian standar kehidupan yang layak.

Pada ketentuan Pasal 14 ayat (2) huruf d, *Convention on the Elimination all Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)* menyatakan bahwa *States Parties shall take all appropriate measures ... in particular, shall ensure to such women the right: (h) To enjoy adequate*

¹¹ Dapat diakses lebih lanjut pada www.kruha.org.

¹² United Nations, *Human Rights; A Compilation of International Instruments*, vol. I (First Part) *Universal Instrument*, United Nations, New York, 2002, hlm. 11.

living conditions, particularly in relation to housing, sanitation, electricity and water supply, ... Begitu juga pada ketentuan Pasal 24 ayat (2) CRC yang menyatakan, *States Parties shall pursue full implementation of this right and, in particular, shall take appropriate measures: (c) To combat disease and malnutrition, including within the framework of primary health care, through, inter alia, the application of readily available technology and through the provision of adequate nutritious foods and clean drinking-water; taking into consideration the dangers and risks of environmental pollution.*

Secara lebih tegas, melalui Sidang ke-29 tanggal 28 November 2002 Komite Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya memberikan pandangannya tentang hak atas air (*right to water*) sebagaimana ditegaskan dalam *General Comment*¹³ No. 15, yang menegaskan sebagai berikut:

The human right to water entitles everybody to sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses. Realization of the right should be feasible and practicable, according to the text, since all States parties exercise control over a broad range of resources, including water, technology, financial resources and international assistance, as with all other

¹³ *General Comment* berperan untuk “clarify the content of Covenant rights in more detail, may outline potential violations of those rights and offer advice to states parties on how best to comply with their obligations under the treaties.” Tetapi menariknya terjadi perdebatan seputar hadirnya *General Comment* No. 15 “*The Right to Water*.” Hal ini dianggap sebagai upaya pemaksaan penafsiran klausul hak asasi manusia internasional menjadi sebuah “hukum hak asasi manusia baru.” Selengkapnnya pandangan yang ada menyatakan sebagai berikut: “Several states have consistently refused to acknowledge that access to water is a human right, rather than just a basic need. Since 2002, when *General Comment* No. 15 on the right to water was adopted, some critics of the status of water as a human right have argued that the *General Comment* is only an interpretive tool and does not, in itself, constitute legally binding ‘hard law’. This argument rests on the assumption that the *General Comment* is the only UN document in which the right to water has been enumerated. It is clear that *General Comments* cannot create new human rights. They simply provide interpretations of existing human rights. They are often drafted in order to clarify state obligations, as a result of the consistent failure of states to comply with these obligations.” Lihat lebih lanjut http://www.righttowater.org.uk/code/no15_3.asp. Keseluruhan *General Comment* dapat diakses pada www.ohchr.org.

*rights in the Covenant.*¹⁴ (Hak asasi manusia atas air memberikan hak kepada setiap orang atas air yang memadai, aman, bisa diterima, bisa diakses secara fisik dan mudah didapatkan untuk penggunaan personal dan domestik. Jumlah air bersih yang memadai diperlukan untuk mencegah kematian karena dehidrasi, untuk mengurangi resiko penyakit yang berkaitan dengan air, serta digunakan untuk konsumsi, memasak, dan kebutuhan higienis personal dan domestik).

Penegasan ini merefleksikan tiga aspek sebagai elemen dasar hak atas air, yakni ketersediaan (*availability*), kualitas (*quality*); dan mudah dicapai (*accessibility*) termasuk di dalamnya (1) mudah dicapai secara fisik (*physical accessibility*); (2) mudah dicapai secara ekonomis (*affordability*) (*or economic accessibility*); (3) non-diskriminasi (*non-discrimination*); dan (4) kemudahan informasi (*information accessibility*).¹⁵

B. Hak Atas Air dalam Berbagai Konstitusi Di Dunia

Telah ditegaskan sebelumnya, bahwa hak atas air bersih merupakan hak asasi manusia. Air memberikan pengaruh nyata bagi eksistensi manusia. Sebagai hak asasi manusia, maka ketersediaan, kemudahan mendapatkannya dan kualitas air merupakan bagian yang integral dari pemenuhan hak asasi manusia atas air.

Di dalam catatan Dewan Air Dunia (*World Water Council*) Tahun 2006, banyak negara yang dalam realitasnya gagal mengendalikan perlindungan dan pemenuhan air dengan baik. Kelemahan ini lebih disebabkan pada aspek implementasi, pemantauan dan penegakan hak

¹⁴ Lihat *General Comment* No. 15 hlm. 2.

¹⁵ Lihat *The United Nations Department of Public Information*, "International Year of Freshwater 2003," — DPI/2293 F — February 2003 bertajuk "*backgrounder the right to water.*" Lihat lebih lanjut *General Comment* No. 15.

asasi manusia atas air.¹⁶ Dari sinilah *ratio legis* pengaturan hak asasi manusia atas air tertuang dalam hukum dasar negara. Sebagai bahan perbandingan, beberapa konstitusi di dunia mengatur hal itu dengan jelas dan tegas. Konstitusi Guatemala Tahun 1985 menegaskan sebagai berikut:

Water regime. All sources of water are public properties, inalienable and without limit of time. Their exploitation, use and enjoyment, are granted in the form established by law, in agreement with the social interest. A specific law will regulate this matter.” Konstitusi Uganda Tahun 1995 mengatur, “*The State shall endeavor to fulfill the fundamental rights of all Ugandans to social justice and economic development and shall, in particular, ensure that... all Ugandans enjoy rights and opportunities and access to education, health services, clean and safe water, decent shelter, adequate clothing, food, security and pension and retirements benefits.*”

Pada Bab II Pasal 27 Konstitusi Afrika Selatan Tahun 1996 ditegaskan sebagai berikut:

Everyone has the right to have access to (a) health care services, including reproductive health care; (b) sufficient food and water; and (c) social security, including, if they are unable to support themselves and their dependants, appropriate social assistance. The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realization of each of these rights.

¹⁶ Selengkapnya disebutkan, “*As a result, the articulation of the human right to water at the domestic level is lacking in many countries. Its effectiveness will depend on the will and capacity of States to assume responsibility in terms of implementation, monitoring and enforcement. Implementing the concept of access to water as a human right may raise economic and technical problem, and is a political and social issue. It implies identification of the priorities in government policies, despite limited resources.*” Lihat lebih lanjut Celine Dubreuil, *The Right to Water; from Concept to Implementation*, World Water Council, France, 2006, hlm. 13. Dapat juga diakses pada www.worldwater-council.org.

Pada Pasal 112 Konstitusi Zambia Tahun 1996 ditegaskan bahwa *'The State shall endeavour to provide clean and safe water.'* Ethiopia dalam Konstitusinya Tahun 1998 Pasal 90 ayat (1) mengatakan *'Every Ethiopian is entitled, within the limits of the country's resources, to ... clean water.'*

Lalu bagaimana dengan Indonesia? Di dalam UUDNRI Tahun 1945 hanya terdapat satu pasal dan satu ayat yang secara tegas mengatur perihal lingkungan hidup yang sehat, yakni Pasal 28H ayat (1) yang berbunyi, *Setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.* Dari ketentuan inilah bisa ditarik pemaknaan yang luas ke dalam pemenuhan hak atas air. Benar bahwa *right to a healthy environment* mempunyai relasi positif ke dalam upaya *to enforce the right to water.*

Pengaturan yang eksplisit bisa ditemukan pada Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air, selanjutnya disebut sebagai UUSDA.¹⁷ UUSDA ini tidak dengan tegas menyuarakan tiga aspek penting dari pemenuhan hak atas air, sebagaimana diterangkan di atas, justru, yang menjadi penekanan utama dalam UUSDA ini adalah pengelolaan air dalam perspektif sumber daya, bukan dalam kewajiban pemerintah memberikan pelayanan prima bagi rakyat.¹⁸

Penekanan yang terakhir ini sulit ditemukan kecuali hanya dimuat dalam Pasal 5 UUSDA yang bisa dijadikan *entrypoint* melihat relevansi UUSDA dengan hak asasi manusia, yang berbunyi, *Negara menjamin hak setiap orang untuk mendapatkan air bagi kebutuhan pokok minimal*

¹⁷ UUSDA terdiri dari 18 Bab dan 100 pasal. UUSDA disahkan pada 18 Maret 2004, LNRI Tahun 2004 Nomor 32, TLNRI Nomor 4377. Dapat juga dibandingkan dengan ketentuan pelaksanaannya melalui Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum (selanjutnya disebut PP Pengembangan SPAM). PP Pengembangan SPAM ini disahkan pada 21 Maret 2005 terdiri atas 13 Bab dan 79 pasal, LNRI Tahun 2005 Nomor 33, TLNRI Nomor 4490.

¹⁸ Pasal 1 angka 1 menyatakan, "Sumber daya air adalah air, sumber air, dan daya air yang terkandung didalamnya." Yang terkait dengan hak dan kewajiban masyarakat ditegaskan pada Pasal 82 sampai dengan Pasal 84.

sehari-hari guna memenuhi kehidupannya yang sehat, bersih, dan produktif. Dalam Putusannya, MKRI menyatakan sebagai berikut:

Meskipun jaminan negara dalam Pasal 5 UUSDA tersebut tidak dirumuskan kembali dalam bentuk tanggung jawab Pemerintah dan Pemerintah provinsi, sebagaimana disebutkan dalam Pasal 14, Pasal 15 UUSDA, namun tanggung jawab Pemerintah dan Pemerintah Provinsi, sebagaimana dirinci dalam kedua Pasal tersebut harus didasari atas penghormatan, perlindungan dan pemenuhan hak asasi atas air. Ketentuan Pasal 16 huruf h UUSDA yang menentukan bahwa Pemerintah kabupaten/kota mempunyai tanggung jawab memenuhi kebutuhan pokok minimal sehari-hari atas air bagi masyarakat di wilayahnya tidak boleh diartikan sebagai tanggung jawab eksklusif bahwa hanya Pemerintah kabupaten/kota saja yang mempunyai kewajiban untuk memenuhi kebutuhan pokok minimal sehari-hari atas air. Pemerintah dan Pemerintah provinsi melalui program-programnya juga berkewajiban untuk menjamin agar hak asasi atas air dapat terpenuhi. Hal demikian harus tercerminkan dalam peraturan pelaksanaan UUSDA.¹⁹

Hemat penulis, politik hak asasi manusia UUSDA lebih pada konteks *water rights* ketimbang *right to water*. Celine Dubreuil memberikan pembedaan tentang kedua hal tersebut, sebagaimana tegasnya:

The 'right to water' should be distinguished from 'water rights' which generally refers to accessing or using water for specific purposes. Law concerning water rights may define who can use water and under which circumstances. Individuals can be allocated water rights which may consist of a predefined amount of water for specific purposes under specific conditions (e.g. farmers have water

¹⁹ Lihat Putusan MKRI, *op.cit.*, hlm. 490-491.

rights for irrigation purposes). However, these two types of right are interlinked. The HRTW (pen, Human Rights to Water) focuses on the amount of water necessary for basic human needs (about 50 litres per person per day), which is a small amount in comparison to the large quantities used for economic development (1500 litres per person per day in France). The right to drinking water does not broach general issues linked to environmental protection or integrated management of resources. In most cases, the taking of water to implement the human right to water does not affect the other uses which are subjected to general water rights.²⁰

Di dalam peraturan perundang-undangan nasional telah dirumuskan undang-undang terkait dengan pemenuhan hak atas air, antara lain UUD 1945, Peraturan Pemerintah Nomor 82 Tahun 2001 tentang Pengelolaan Kualitas Air dan Pengendalian Pencemaran Air, Keputusan Menteri Kesehatan Nomor: 416 Tahun 1990 tentang Kualitas Air Minum dan Keputusan Menteri Kesehatan Nomor: 907 Tahun 2002 tentang Syarat dan Pengawasan Kualitas Air Minum serta Undang-Undang Nomor 7 tahun 2004 tentang Sumber Daya Air yang menjadi dasar negara untuk memenuhi hak atas air bagi warga negara.

Kebijakan pengelolaan air di Indonesia tidak lepas dari aspek otonomi daerah dimana kewenangan urusan penyelenggaraan public termasuk pengelolaan sumber daya air telah diserahkan kepada daerah. Menurut Undang-Undang Nomor 22 Tahun 2004 tentang Otonomi Daerah, tujuan peletakan kewenangan dalam penyelenggaraan otonomi daerah adalah peningkatan kesejahteraan rakyat, pemerataan, keadilan, dan demokrasi. Kewenangan ini memberi peluang kepada pemerintah daerah khususnya kabupaten/kota agar leluasa mengatur dan melaksanakan kewenangannya atas prakarsa sendiri sesuai dengan

²⁰ Lihat Celine Dubreuil, *op.cit.*, hlm. 5.

kepentingan masyarakat setempat dan potensi setiap daerah.

Pelaksanaan desentralisasi membawa konsekuensi perubahan tugas dan fungsi pemerintah kabupaten/kota dalam penyediaan pelayanan masyarakat dan regulasi. Pemerintah daerah diharapkan lebih banyak mengambil peran mengingat sejumlah kewenangan didelegasikan dan anggaran pembangunan diserahkan berupa dana alokasi umum (DAU) kepada pemerintah daerah, namun kenyataannya anggaran yang disediakan untuk pembangunan air minum yang dialokasikan dalam anggaran belanja negara kurang dari dua persen. Berdasarkan hal tersebut apakah negara telah memenuhi kewajibannya untuk menghormati, melindungi dan memenuhi hak atas air warga negara sesuai amanat yang menjadi kewajibannya?

Kebijakan tentang pengelolaan air di Indonesia belum menjadi prioritas, tercermin pada anggaran pembangunan yang disediakan masih minim, pengawasan terhadap pengelolaan sumber daya air belum memadai serta instrumen kebijakan yang dituangkan dalam berbagai regulasi mengenai sumber daya air belum efektif, bahkan di beberapa daerah belum ada peraturan yang memadai mengatur tentang pengelolaan sumber daya air. Demikian juga kelembagaan sumber daya air masih berada di beberapa instansi dan belum ada keterpaduan dan terkoordinasi dengan baik. Situasi ini umumnya terdapat pada beberapa daerah di Indonesia.

Sebagai gambaran mengenai pelayanan air bersih yang dilakukan oleh PDAM salah satu persoalan saat ini adalah bahwa 61% konsumen belum mampu membayar harga untuk *cost recovery*. Sebelumnya, perhitungan tarif Perusahaan Daerah Air Minum (PDAM) berdasarkan pada Permendagri Nomor 2 Tahun 1998. Melalui revisi Permendagri ini penetapan tarif akan didasarkan pada prinsip keterjangkauan & keadilan, mutu pelayanan, pemulihan biaya (*full cost recovery*), efisiensi pemakaian, transparansi & akuntabilitas, serta perlindungan dan pelestarian fungsi

sumber air. Dengan prinsip ini, PDAM harus dapat menutup seluruh biaya operasi yang ada, dengan beban tingkat kebocoran yang tinggi 30%-50%, serta jaringan distribusi yang kompleks dan tingkat konsumsi yang rendah. Tentunya hal ini dapat meningkatkan besaran tarif, padahal tidak semua masyarakat di daerah memiliki penghasilan yang dapat mencukupi untuk membeli air bersih. Besarnya tarif *full cost recovery* di suatu daerah dapat mencapai Rp 3000/m³.²¹

C. Pengaturan Negara Terhadap Hak Atas Air

Menurut Plato dan Aristoteles, hukum dan perundangan (*nomos* dan *nomoi*) sangat penting untuk menata negara (*polis*). Tatanan atau bangunan negara yang baik tercermin pada peraturan-peraturan hukum yang mengedepankan keadilan. Di dalam *Nicomachean Ethics*, Aristoteles mengungkapkan bahwa hukum hanya dapat diterapkan dalam kaitannya dengan keadilan. Hukum yang benar adalah segala bentuk peraturan yang memberikan kebaikan bagi masyarakat. Tugas negara adalah membuat seluruh lapisan masyarakat merasa bahagia. Kebahagiaan sejati warga negara hanya bisa diwujudkan dalam negara dimana hukum adalah penguasa atas penguasa. Pemerintah hanyalah pelayan hukum.²²

Locke mengemukakan bahwa kekuasaan publik harus digunakan hanya untuk perdamaian, keamanan, dan kesejahteraan umum masyarakat dan bukan yang lain.²³ Setiap orang tunduk terhadap kekuasaan negara ketika negara memberikan kemaslahatan bagi semua orang adalah esensi adanya sebuah negara. Pendapat Locke tersebut dilandasi bahwa manusia, ketika mereka menerima tatanan politik dan meninggalkan kondisi alami, membawa serta otonomi hukum bersama kondisi alami mereka

²¹ B.S. Wignyosukarto, *Pidato Pengukuhan Guru Besar Di Bidang Teknik Sipil*, Fakultas Teknik Sipil, Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 2009, hlm. 35.

²² Carl Joachim Friederich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nusa Media, Bandung, 2010, hlm. 22, 24-25.

²³ *Ibid.*, hlm. 130.

sebelumnya. Sewaktu membentuk masyarakat, manusia memasrahkan kesetaraan, kebebasan dan kekuasaan.²⁴ Negara memperoleh legitimasi kekuasaannya dari rakyat hanya karena kepercayaan bahwa negara akan merealisasikan hak-hak asasi rakyatnya.

Apabila menyimak prinsip negara hukum, pengakuan dan perlindungan terhadap hak asasi manusia mendapat tempat utama dan dapat dikatakan sebagai tujuan daripada negara hukum, sebaliknya dalam negara totaliter tidak ada tempat bagi hak asasi manusia. Salah satu prinsip dasar dari prinsip *Rechtsstaat*, menurut S.W. Couwenberg dalam bukunya "*Westers Staatsrecht als Emancipatieproces*", adalah prinsip perlindungan hukum bagi rakyat terhadap penguasa oleh peradilan yang bebas dan tidak memihak dan berbarengan dengan prinsip-prinsip tersebut diletakkan prinsip tanggung- gugat negara secara yuridis.²⁵

Pada mulanya, konsep perlindungan hak asasi manusia difokuskan pada bidang sipil dan politik (kebebasan klasik), dan pada perkembangannya ternyata hak asasi manusia bidang ekonomi, sosial dan budaya harus berjalan seiring dengan perkembangan hak bidang sipil dan politik. Menurut Sir Humphrey Waldock, dewasa ini diakui bahwa hak-hak serta kebebasan-kebebasan klasik dengan sendirinya tidak cukup tanpa suatu keadilan sosial yang minimal. Tanpa hak-hak ekonomi, sosial dan budaya yang minimum, penikmatan hak-hak dan kebebasan klasik tidak mempunyai arti.²⁶

Menurut Hadjon, kebebasan dan persamaan (*vrijheid en gelijkheid*) dalam konsep liberal (*demokratische rechtsstaat*) ditafsirkan secara riil dalam kehidupan masyarakat bahwa tidak terdapat persamaan mutlak di dalam masyarakat antara individu yang satu dengan yang lain. Di Belanda, hak-hak ekonomi, sosial dan budaya mendapat perhatian utama, seperti

²⁴ *Ibid.*, hlm. 129.

²⁵ Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, PT Bina Ilmu, Surabaya, 1987, hlm. 71-75.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 45.

dalam *Grondwet Nederland* Tahun 1983. Di dalam Konstitusi tersebut, tidak hanya hak klasik (sipil dan politik), tetapi hak ekonomi, sosial dan budaya juga diatur secara khusus seperti masalah perumahan dikaitkan dengan lingkungan yang sehat dan masalah kesehatan.²⁷

Dikaitkan dengan perlindungan hukum bagi rakyat terhadap tindakan pemerintahan, di dalam *sociale rechtstaat*, prinsip perlindungan hukum lebih besar diarahkan kepada perlindungan hak ekonomi, sosial dan budaya. Hak asasi manusia dalam konsep negara demokrasi liberal lebih dikenal dengan istilah “*the rights to do*”, sedangkan dalam konsep negara sosialis, hak asasi manusia lebih dikenal dengan istilah “*the rights to receive*”. Pemenuhan hak asasi manusia membutuhkan sarana yang kompleks, terutama dalam pemenuhan hak ekonomi, sosial dan budaya.

Akses terhadap air bersih untuk kebutuhan pokok sehari-hari merupakan bagian dari persoalan hak asasi manusia dan merupakan elemen penting untuk menikmati hak atas hidup secara menyeluruh. Isu air bersih berpengaruh terhadap kesehatan manusia sehingga terdapat hubungan erat antara pemenuhan air bersih, derajat kesehatan dan hak asasi manusia. Secara filosofis setiap orang memiliki hak atas air bersih yang sehat, dan negara berkewajiban memenuhinya.

Meminjam pendapat dari Aristoteles bahwa hukum merupakan instrumen dalam memenuhi keadilan, maka dalam konteks akses terhadap air bersih, negara berkewajiban menyiapkan instrumen hukum yang memungkinkan terpenuhinya akses tersebut. Lebih lanjut, Aristoteles membedakan konsep keadilan distributif dan keadilan korektif. Keadilan distributif berfokus pada distribusi, honor, kekayaan, dan barang lain yang sama-sama didapatkan oleh anggota masyarakat. Sedangkan keadilan korektif berfokus pada pembedaan sesuatu yang salah. Apabila suatu perjanjian dilanggar atau kesalahan dilakukan, maka keadilan korektif

²⁷ *Ibid.*, hlm. 78.

berupaya memberikan kompensasi yang memadai bagi pihak yang dirugikan.²⁸

D. Hak Atas Air Sebagai Hak Asasi Manusia

Keberadaan Pelapor Khusus PBB untuk hak atas pangan yang digabungkan dalam mandat tunggal tentang hak atas air bersih adalah sangat penting. Air adalah sumber daya alam yang terbatas dan barang publik yang fundamental bagi kehidupan dan kesehatan. Air dilihat sebagai suatu “prasyarat bagi perwujudan hak-hak asasi lainnya” mutlak diperlukan bagi manusia untuk dapat menjalani hidupnya secara bermartabat.²⁹ Hak atas pangan yang layak, sebagian bergantung pada hak atas air bersih. Bila tidak ada air bersih yang tersedia, maka sangat sulit untuk mempertahankan pasokan yang memadai dari produk-produk makanan yang aman. Lebih dari itu, pangan tanpa air tidak akan dapat menopang kehidupan, dan dengan demikian, kegagalan untuk menyediakan air bersih dapat memicu kegagalan untuk mempertahankan hak atas standar kesehatan yang layak, dan bahkan kegagalan pihak negara untuk menghormati hak untuk hidup itu sendiri. Air juga menjadi penting untuk hak dalam mencari nafkah dengan bekerja dan hak untuk menikmati kehidupan budaya. Dalam Pasal 11 ayat (1) Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya merumuskan :

Negara Pihak pada Kovenan ini mengakui hak setiap orang atas standar kehidupan yang layak baginya dan keluarganya, termasuk bahan pangan, pakaian dan tempat tinggal yang layak dan atas perbaikan kondisi hidup terus menerus.

Beberapa hak yang berasal dari, serta tidak bisa ditinggalkan bagi, realisasi hak atas standar kehidupan yang layak, termasuk di dalamnya

²⁸ Carl Joachim Friederich, ... *op. cit.*, hlm. 25.

²⁹ *Ibid.*

bahan pangan, pakaian dan tempat tinggal yang layak. Kumpulan hak tersebut tidak hanya yang disebutkan di atas, hak atas air untuk standar kehidupan yang layak juga merupakan salah satu kondisi yang paling fundamental untuk bertahan hidup.

Di dalam Kovenan tersebut juga diatur penghapusan segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan seperti yang dirumuskan pada Pasal 14 ayat (2) huruf (h). Negara Pihak wajib ... khususnya menjamin kepada perempuan pedesaan, hak untuk menikmati kondisi hidup yang memadai, terutama yang berhubungan dengan perumahan, sanitasi, penyediaan listrik dan air, pengangkutan dan komunikasi. Sedangkan Pasal 24 ayat (2) huruf (c) Konvensi menyebutkan bahwa Negara Pihak wajib mengambil langkah-langkah implementatif untuk membebaskan semua anak dari penyakit dan kurang gizi, dan ... melalui *inter alia* pemberian makanan bergizi yang layak serta air minum yang bersih, dengan mempertimbangkan bahaya dan resiko polusi lingkungan.

Hak atas air di Indonesia diatur dalam Pasal 28H ayat (1) Undang-Undang Dasar 1945 dengan ketentuan bahwa setiap orang berhak hidup sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal dan mendapatkan lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan. Pada Pasal 33 ayat (3) disebutkan bahwa bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Komite Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya menyatakan bahwa hak atas air bermakna memberikan kepada setiap orang, hak atas air yang cukup, aman, dapat diterima, secara fisik dapat diakses dan dapat dibeli menurut kemampuannya untuk penggunaan pribadi maupun rumah tangga. Dengan demikian, penyediaan air bagi pencegahan kelaparan dan penyakit harus lebih diprioritaskan daripada relevansinya dengan hak-hak lainnya. Air harus cukup terus menerus untuk kebutuhan pribadi dan rumah tangga, aman dan bebas dari zat-zat yang merusak kesehatan dan

dapat diakses secara fisik maupun ekonomis dan tanpa diskriminasi.

E. Tanggung Jawab Negara Terhadap Pemenuhan Hak Atas Air

Kewajiban untuk melindungi dan melayani warga negara merupakan konsekuensi dari tujuan dan fungsi keberadaan negara. Hubungan warga negara melahirkan kewajiban-kewajiban tertentu yang harus dipenuhi negara. Kewajiban yang timbul sebagai konsekuensi hubungan antara negara dan warga negara sangat luas dan beragam, salah satunya kewajiban hukum yang lahir dari klaim hak asasi manusia. Tujuan dan fungsi negara dalam hubungan dengan warga negara pada hakikatnya diselenggarakan oleh pemerintah selaku entitas hukum personifikasi negara.

Negara merupakan suatu kesatuan dari wilayah, penduduk dan pemerintah yang diikat dengan suatu kedaulatan. Kedaulatan ini memungkinkan negara untuk membentuk, memberlakukan serta menegakkan hukum dan menuntut kepatuhan dari penduduknya dalam rangka mewujudkan ketertiban. Negara dalam pengertian sebagai subjek hukum merupakan badan hukum atau *legal person* bukan orang alamiah atau *natural person*.

Negara merupakan personifikasi yang abstrak dan pemerintahlah yang berposisi sebagai entitas hukum yang mewakili kepentingan-kepentingan negara. Pemerintah melakukan suatu perbuatan melalui perantaraan orang-orang yang ada di dalamnya, yang bertindak dalam kapasitas sebagai aparat negara. Upaya mempertautkan tindakan yang dilakukan oleh orang-orang dalam kapasitasnya sebagai aparat sehingga memenuhi kapasitas sebagai tindakan pemerintah yang dianggap mewakili kepentingan negara disebut imputasi (*imputation*), imputabilitas (*imputability*) atau atribusi (*attribution*). Secara spesifik, membuat klasifikasi subjek-subjek yang dapat dianggap merepresentasikan negara

untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu dengan konsekuensi negara bertanggung gugat atas apa yang dilakukannya itu. Subjek-subjek yang dianggap dapat melakukan tindakan dalam kapasitas negara tersebut antara lain :

The government; any political sub-division of the state; any organ, agency official employee or other agent of its government or any sub division acting within the scope of their employment.

Menurut Hadjon, konsep rakyat mengandung pengertian sebagai lawan dari konsep pemerintah. Konsep rakyat memiliki pengertian yang diperintah (*the governed; geregeerde*). Pengertian tersebut lebih memiliki konotasi politik, dalam arti lebih spesifik digunakan konsep warga negara. Konsep warga negara memiliki pengertian yang berkonotasi yuridis yaitu setiap orang memiliki hubungan hukum dengan negara tertentu (tanpa adanya suatu keharusan bahwa yang bersangkutan menetap atau berdiam di dalam wilayah negara tertentu tersebut). Salah satu unsur negara adalah penduduk. Pengertian penduduk lebih inklusif dari warga negara karena mencakup setiap orang yang tinggal/berdiam di dalam wilayah negara tertentu terlepas apakah yang bersangkutan merupakan warga negara atau bukan (orang asing/warga negara asing). Meski terdapat perbedaan pengertian, dalam tulisan ini istilah rakyat disamakan dengan warga negara.³⁰ Kewajiban negara atau pemerintah merealisasikan hak atas air bersih dalam pemenuhan derajat kesehatan yang optimal merupakan hakikat dari prinsip-prinsip good governance yang diletakkan pada kewajiban Negara memenuhi hak asasi manusia.

F. Tanggung Gugat Negara Sehubungan dengan Pelanggaran Hak Atas Air

Isu tentang tanggung gugat negara/pemerintah di sini pada

³⁰ Philipus M. Hadjon, *op. cit.*, hlm. 89.

hakikatnya merupakan implikasi dari tugas negara untuk mengurus dan mengatur. Setiap kegagalan melaksanakan tugas-tugas tersebut pada prinsipnya dapat digugat ke pengadilan seiring menguatnya gagasan tentang akuntabilitas pemerintah dalam rangka mewujudkan *good governance*. Hal ini juga sama dengan norma bahwa barang siapa melakukan perbuatan melanggar hukum (bertindak atau tidak bertindak) dan perbuatan itu merugikan pihak lain, yang bersangkutan harus mengganti kerugian yang terjadi (lihat Pasal 1365 KUHPdt.). Doktrin hukum perdata tentang tanggung gugat kurang memadai dalam menjawab isu tanggung gugat negara/pemerintah sebagai realisasi kewajiban hukum hak asasi manusia. Berkaitan dengan hal tersebut tidak berbeda jauh dengan hak atas air, dimana setiap orang atau warga negara mendapat perlindungan terhadap hak atas air bersih demi menjamin kesehatannya. Tanggung gugat berdasarkan hukum hak asasi manusia melampaui batas-batas pengertian tradisional hukum perdata. Negara atau pemerintah sebagai pengatur wajib menjamin ketersediaan air bersih dan menjamin hak-hak warganya untuk mendapatkan air bersih tersebut. Negara juga berkewajiban menjamin pemenuhan hak atas derajat kesehatan yang optimal dan hal itu merupakan turunan dari hak atas air bersih.

Hak asasi manusia adalah norma perilaku bagi negara/pemerintah yang dipersonifikasi melalui aparturnya. Perbuatan negara, baik bertindak atau tidak bertindak, terhadap rakyat/warga negara harus selalu dinilai berdasarkan tolok ukur norma-norma hukum hak asasi manusia (nasional dan internasional) yang menjadi norma perilaku (*primary rules*) negara. Pada hakikatnya, hak atas air bersih merupakan hak yang mempreskripsi negara untuk bertindak atau tidak bertindak demi terpenuhinya hak atas air tersebut. Hingga saat ini, masyarakat masih sangat sulit mengakses derajat kesehatan yang memadai karena hak atas air bersih juga belum terpenuhi. Sub-sistem terhadap pemenuhan hak tersebut mencakup: hak atas layanan air bersih dan hak atas perlindungan bagi warga oleh negara.

Salah satu teori yang mendukung tanggung gugat negara/pemerintah adalah teori hukum dan filsafat hukum. Tugas teori hukum ialah menjelaskan konsep-konsep hukum antara lain subyek hukum, obyek hukum, hak, kewajiban, perbuatan hukum, peristiwa hukum, sanksi dan lain-lain. Sedangkan filsafat hukum membahas masalah-masalah yang paling fundamental yang timbul dalam hukum, yaitu teori tentang dasar-dasar dan batas-batas norma hukum. Secara khusus, konsep tanggung gugat negara/pemerintah berkait erat dengan kewajiban negara/pemerintah memberikan keadilan.

G. Hak dan Konsep Tanggung Gugat

Norma tentang tanggung gugat atas pelanggaran negara terhadap hak tidak selalu disebut secara eksplisit dalam aturan hukum positif. Norma tentang tanggung gugat tersebut dapat selalu dilakukan dengan nalar (*reason*) manusia sekalipun peraturan perundang-undangan tidak mengatakan apapun tentang isu tersebut. Di dalam proses tersebut dapat disebut *legal reasoning* yang dapat berupa interpretasi ataupun konstruksi hukum. Pada proses tersebut, teori hukum berfungsi menjelaskan kejumudan dogmatik hukum yang tidak memberikan preskripsi yang logis.

Teori hukum, sebagai pisau analisis konsep tanggung gugat, bertolak dari konsep '*ubi jus, ibi remedium*'. Konsep hak mempreskripsi kewajiban yang harus ditunaikan oleh penanggung jawab hak. Hohfeld mengatakan bahwa hak korelatif dengan kewajiban. Hak sebagai hak hukum akan kehilangan makna jika kewajiban yang terbit daripadanya dilanggar. Isu utama dari konsep hak sebagai hak hukum adalah *enforceability* atau hal dapat ditegakkannya hak. Dalam rumusan Paton, "*if the right is challenged will the state enforce it, or grant damages for any failure to carry out the corresponding duty; or in some other way recognize the right and attach legal consequences to interference with it?*"

Kewajiban sebagai korelasi hak harus dilaksanakan. Tanggung gugat adalah fungsi hak yang paling fundamental ketika terjadi pelanggaran. Oleh sebab itu, pelanggaran atas hak harus dapat diklaim atau dituntut. Nickel mengemukakan tentang syarat-syarat untuk dapat dijalkannya (*conditions of operability*) suatu hak yaitu kapan suatu hak diterapkan dan apa yang harus dilakukan demi pengoperasian hak. Pada konteks ini dapat dikatakan bahwa tanggung gugat merupakan sebagai operasionalisasi atas klaim atau tuntutan atas hak.

Nickel mengemukakan bahwa klaim atas hak dapat mencakup dua persoalan, yaitu: (1) mencari pengakuan bahwa seseorang memiliki suatu hak atas sesuatu; dan (2) menuntut suatu hak yang sudah diakui sebagai milik seseorang. Pengertian kedua mencakup beberapa hal: (a) menuntut atau mengerakkan suatu hak agar hak itu difungsikan; (b) menuntut kepatuhan atas suatu hak yang sudah diakui di hadapan ancaman pelanggaran hak tersebut; (c) mengambil langkah-langkah untuk menjalankan penegakan, kompensasi atau hukuman ketika hak seseorang sudah dilanggar.

Dari uraian di atas sangat jelas bahwa tanggung gugat negara/pemerintah adalah suatu keharusan yang tidak terhindarkan demi eksistensi dan berfungsinya hak, terutama jika hak itu dilanggar. Uraian tersebut merupakan argumentasi rasional untuk menjustifikasi adanya norma tentang tanggung gugat meskipun aturan hukum positif sama sekali tidak berbicara mengenai hal tersebut.

Membaca uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa pelanggaran terhadap hak atas air bersih belum memiliki mekanisme yang sah untuk penuntutannya. Oleh karena itu, perlu dikembangkan diskursus baru untuk memberi landasan normatif atas tanggung jawab negara dalam memenuhi hak atas air. Masyarakat sebagai warga negara dapat mengugat dan meminta pertanggungjawaban negara/pemerintah dalam hal pemenuhan hak atas air bersih.

Konsep negara hukum memiliki pengertian bahwa negara beserta seluruh aktornya hanya dapat melakukan sesuatu atau tidak melakukan sesuatu berdasarkan peraturan perundang-undangan yang sah. Isu tanggung gugat negara sangat penting tidak hanya untuk keperluan praktis, tetapi juga teoritis. Kranenburg berpandangan bahwa realisasi tanggung gugat negara yang semakin konsekuen, menggambarkan konsep negara itu sendiri. Konsep tanggung gugat negara berkembang dari waktu ke waktu mengikuti perkembangan konsep yang berlaku tentang negara. Gagasan tentang tanggung gugat negara tampak cukup jernih, meskipun tidak disinggung secara eksplisit oleh Locke melalui konsep konstitusionalisme, negara hukum dan hak asasi manusia. Gagasan Locke tentang negara tersebut dilihat dari tujuan negara yang hakiki sebagai sumber legitimasi kekuasaan negara. Locke menggariskan bahwa tujuan negara yang hakiki adalah untuk melindungi hak asasi warga negara. Kekuasaan negara semata-mata bersumber dari kepercayaan yang diberikan oleh warga negara. Kepercayaan yang diberikan oleh warga negara inilah yang menjadi dasar bagi warga negara untuk menggugat negara ke pengadilan atas pelanggaran hukum hak asasi manusia yang dilakukannya.

Tanggung gugat negara lahir karena melanggar hak yang dilindungi oleh peraturan perundang-undangan. Pada pengertian lain, asalkan dapat ditunjuk dasar hukum yang jelas serta terdapat kerugian di pihak warga negara, negara harus bertanggungjawab atas kerugian tersebut. Tanggung gugat negara/pemerintah mendinamisasi prinsip-prinsip negara hukum serta supremasi hukum, persamaan kedudukan di depan hukum dan perlindungan hak asasi manusia. Prinsip-prinsip tersebut akan menjadi statis dan beku jika tidak dioperasionalkan melalui praktik tanggung gugat negara/pemerintah.

Tanggung gugat negara/pemerintah akan memastikan kepatuhan negara/pemerintah terhadap prinsip-prinsip negara hukum tersebut.

Tanggung gugat negara/pemerintah mempunyai dua fungsi dasar dalam rangka prinsip negara hukum yaitu represif dan preventif. Tujuan utama negara hukum ialah pembatasan kekuasaan negara/pemerintah dan perlindungan hak asasi manusia. Dengan fungsi represif dari tanggung gugat negara, penggunaan kekuasaan negara secara sewenang-wenang, penyalahgunaan kekuasaan dan pelanggaran hak asasi manusia warga negara dapat dikoreksi. Hal ini berarti negara tidak dapat berbuat yang sebebas-bebasnya dengan kekuasaannya. Fungsi ini mengaitkan secara langsung dengan fungsi preventif yaitu dengan adanya keharusan tanggung gugat negara/pemerintah karena melakukan perbuatan melanggar hukum. Negara harus menggunakan kekuasaannya secara patut, tidak menyalahgunakannya, dan dengan demikian hak asasi manusia menjadi terjamin dan terlindungi. Dalam fungsi preventif tampak adanya efek penjera dari fungsi represif tanggung gugat negara/pemerintah.

H. Penutup

Hak atas air adalah hak yang ditetapkan oleh Komite Hak Ekonomi Sosial dan Budaya. Di dalam Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya ditegaskan bahwa hak atas air tidak bisa dipisahkan dari hak asasi manusia lainnya. Kualitas air adalah air untuk setiap orang atau rumah tangga yang aman, bebas dari micro-organisme, unsur kimia dan radiologi yang berbahaya yang mengancam kesehatan manusia. Ketersediaan air berarti suplai air untuk setiap orang harus mencukupi dan berkelanjutan untuk kebutuhan individu dan rumah tangganya. Kuantitas ketersediaan air untuk setiap orang harus mengacu pada pedoman yang ada di *World Health Organisation*.

Sanitasi adalah perilaku disengaja dalam pembudayaan hidup bersih dengan maksud mencegah manusia bersentuhan langsung dengan kotoran dan bahan buangan berbahaya lainnya, dengan harapan usaha ini akan menjaga dan meningkatkan kesehatan manusia.

Limbah cair adalah air buangan yang berasal dari rumah tangga atau kegiatan lainnya termasuk tinja manusia dari lingkungan pemukiman. Sampah adalah limbah padat yang terbuang atau dibuang dari sumber aktivitas manusia yang dianggap tidak berguna. Drainase adalah tindakan teknis penanganan kelebihan air yang disebabkan oleh hujan, rembesan, kelebihan air irigasi, maupun air buangan rumah tangga, dengan cara mengalirkan, menguras, membuang, meresapkan, serta usaha-usaha lainnya, dengan tujuan akhir untuk mengembalikan ataupun meningkatkan fungsi kawasan. Secara umum sistem drainase merupakan suatu rangkaian bangunan air yang berfungsi mengurangi dan/atau membuang kelebihan air dari suatu kawasan. Asas desentralisasi pengelolaan sumberdaya air dan sanitasi di daerah adalah tanggung jawab dan kewenangan urusan pemerintahan di bidang sumberdaya air pemerintah daerah provinsi, kabupaten dan kota berdasarkan asas desentralisasi sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah. Kebijakan pengelolaan sumberdaya air dan sanitasi adalah arahan strategis dalam pengelolaan sumberdaya air dan sanitasi. Pola pengelolaan sumberdaya air dan sanitasi adalah kerangka dasar dalam merencanakan, melaksanakan, memantau, dan mengevaluasi kegiatan konservasi sumberdaya air dan sanitasi, pendayagunaan sumberdaya air, dan pengendalian daya rusak air. Konservasi sumberdaya air adalah upaya memelihara keberadaan serta keberlanjutan keadaan, sifat, fungsi sumberdaya air agar senantiasa tersedia dalam kuantitas dan kualitas yang memadai untuk memenuhi kebutuhan makhluk hidup, baik pada waktu sekarang maupun pada waktu yang akan datang. Pengembangan sistem penyediaan air bersih dan sanitasi adalah kegiatan yang bertujuan membangun, memperluas dan/atau meningkatkan sistem fisik (teknik) dan non fisik (kelembagaan, manajemen, keuangan, peran masyarakat, dan hukum) dalam kesatuan yang utuh untuk melaksanakan penyediaan air minum kepada masyarakat menuju keadaan yang lebih baik.

Kerangka peraturan dalam pengelolaan air bersih dan sanitasi adalah yang berkaitan dengan partisipasi aktif masyarakat dalam perencanaan, pelaksanaan dan pengelolaan sarana dan prasarana air minum dan sanitasi. Sanitasi merupakan upaya memperbaiki kualitas pelayanan pada tahap perencanaan, pelaksanaan, operasi, pemeliharaan, dan pengelolaan. Kelembagaan sistem penyediaan air bersih dan sanitasi adalah institusi tempat segenap pemilik kepentingan dalam bidang sumber daya air melakukan koordinasi dalam rangka mengintegrasikan kepentingan berbagai sektor, wilayah, dan para pemilik kepentingan dalam bidang sumber daya air. Air bersih adalah air baku melalui pengolahan atau dapat dikonsumsi oleh manusia untuk keperluan sehari-hari yang dari permukaan, cekungan air tanah dan/atau air hujan yang memenuhi baku mutu.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theory) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-Undang (Legisprudence)*, Kencana Predana Media Group, Jakarta, 2009.
- Achmadi Miru & Sutan Yodo, *Hukum Perlindungan Konsumen*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2004.
- B.S. Wignyosukarto, *Pidato Pengukuhan Guru Besar Di Bidang Teknik Sipil*, Fakultas Teknik Sipil, Universitas Gajah Mada, Yogyakarta, 2009.
- Carl Joachim Friederich, *Filsafat Hukum Perspektif Historis*, Nusa Media, Bandung, 2010.
- Firdaus, *Implikasi Pengaturan HAM dan UUD terhadap Ius Constitutum, Hak Asasi Manusia Hakikat Konsep dalam Perspektif Hukum & Masyarakat*, PT. Rafika Aditama, Jakarta, 2007.
- John Scanlon et.al., *Water as Human Rights?*, International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, United Kingdom, 2004.
- Kevin Watkins, 'Clean Water is a Human Rights' dalam *International Herald Tribune*, edisi 10 November 2006.
- Percik, *Media Informasi Air Minum & Penyehatan Lingkungan*, Februari 2004.
- Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat di Indonesia*, PT. Bina Ilmu, Surabaya, 1987.
- T. Lopez J.G. Sterner and S. Afsah, *Public Disclosure of Industrial Pollution: PROPER Approach for Indonesia*, 2004.

Sumber Lain:

Putusan MKRI No. 058-059-060-063/PUU-II/2004 dan 008/PUU-III/2005, tanggal 13 Juli 2005.

The United Nations Department of Public Information, “International Year of Freshwater 2003,” — DPI/2293 F — February 2003 bertajuk “*backgrounder the right to water*.” Lihat lebih lanjut *General Comment No. 15*.

UNEP, *Challenges of Water Scarcity, A Business Case for Financial Institutions*, Stockholm International Water Institute, 2004.

United Nations, *Human Rights; A Compilation of International Instruments*, vol. I (First Part) Universal Instrument United Nations, New York, 2002.

Indonesian Specialized Training Program III (ISTP III), AUS AID, 2005
Antonie Frerot dalam tulisannya “*Declarations on the Right to Water are not Enough*” *Wave*, Spring/Summer 2006.

Bronwen Morgan, “The Regulatory Face of the Human Right to Water,” dalam *Journal of Water Law*, vol. 15, 2004.

Celine Dubreuil, *The Right to Water; from Concept to Implementation*, World Water Council, France, 2006. Dapat juga diakses pada www.worldwatercouncil.org.

http://www.righttowater.org.uk/code/no15_3.asp. Keseluruhan *General Comment* dapat diakses pada www.ohchr.org.

Purnomo, ‘Bangsa Krisis Kebenaran,’ *Kompas*, 9 November, 2009.

Harian *Kompas*, Jakarta, edisi 16 September 1999.

Yusdiyanto, *Kegiatan Studi Visit dan Refleksi Hak Atas Air dan Perumahan*, Makalah, Yogyakarta, 2009.

PEMBANGUNAN HUKUM BERBASIS AKSES TERHADAP KEADILAN (*ACCES TO JUSTICE*)

*M. Syafi'ie*¹

A. Pendahuluan

Negara Indonesia adalah negara hukum.² Penegasan negara hukum dalam UUD 1945 ini menjelaskan bahwa negara Indonesia bukanlah negara kekuasaan yang orientasinya hanyalah sekedar politik. Negara harus menjamin hukum sebagai kekuatan yang suprematif demi terwujudnya keadilan sosial. Hukum harus dapat mengatur keterjaminan perlindungan (*to protect*), penghormatan (*to respect*) dan pemenuhan (*to fullfil*) hak-hak setiap warganegara tanpa diskriminasi. Hukum sangat fundamental karena pada diri hukum terkonstruksi kepatuhan sosial, kesahihan otoritas dan sanksi bagi yang melanggarnya.

Strategisnya posisi hukum sebagai pengendali dan pengarah kehidupan sosial, keberadaannya menjadi tumpuan suksesnya satu pembangunan yang diterapkan dalam satu negara. Apalagi negara seperti Indonesia yang tergolong sebagai negara berkembang dan menghadapi kekuatan raksasa berupa industrialisme yang tidak sedikit memakan korban, baik mereka yang bekerja pada industri dan/atau dampak keberadaan industri yang seringkali menyingkirkan penduduk asli dan/

¹ M. Syafi'i, S.H., Staf pada Pusat Studi Hak Asasi Manusia, Universitas Islam Indonesia dan Mahasiswa Program Pasca Sarjana, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.

² Pasal 1 ayat 3 UUD 1945

atau dampak rusaknya sumber daya alam.³

Karl Marx mengatakan bahwa keberadaan kelas pekerja awalnya lahir dari sistem kapitalisme yang sangat terbatas di era Dunia Kuno, kemudian berlanjut dengan sistem feodalisme di zaman pertengahan, kemudian berlanjut lagi dengan era industrialisme yang diawali revolusi borjuis sekitar akhir abad 18. Industrialisme disebut beberapa pengamat sosial sebagai puncak kapitalisme kontemporer, dimana strata sosial akan terbangun menjadi dua kutub yaitu kelas borjuis dan kelas proletariat. Kelas borjuis dengan kekuatan produksi, jaringan dan akumulasi modal yang dimilikinya akan mempermudah perampasan hak-hak milik rakyat termasuk hak yang fundamental yaitu tanah. Pada akhirnya rakyat akan tergantung pada satu sumber penghidupan yaitu menjadi pekerja di

³ Pengalaman beberapa daerah akibat hadirnya raksasa industri, yaitu *pertama*, terjadi konflik yang berkepanjangan. Sejarah eksploitasi sumber daya alam (SDA) dalam skala besar yang melibatkan perusahaan besar dan agen kapitalisme global, selalu ada konflik, baik konflik itu terjadi antar masyarakat yang pro dan kontra, antara masyarakat yang dirugikan dengan pihak perusahaan, maupun antara masyarakat dengan pemerintah, seperti orang Papua dengan Freeport, Sumatra Utara dengan Indorayon, warga Sumbawa dengan Newmont Nusa Tenggara, suku Dayak dengan HPH, KKB, KK, dan beberapa lainnya. *Kedua*, mendorong proses pemiskinan. Indonesia adalah negara tropis yang kebanyakan warganya hidup mengandalkan basis ekonomi agraris sehingga tingkat ketergantungan hidup masyarakatnya dari kekayaan agraria dan SDA sekitarnya sangat kuat. Tapi ketika investasi datang meluruhlantakan SDA-nya maka dapat dipastikan terjadi penyingkiran sistematis masyarakat dari sumber penghidupannya. Proses produksi masyarakat asli akan terganggu dan akan tidak berdaya. Kondisi ini terjadi disebabkan salah satunya karena masyarakat sering kehilangan hak atas tanah, kehilangan hak atas hutan dan sumber daya alamnya. *Ketiga*, dampak perusakan lingkungan. Kegiatan eksploitasi yang besar-besaran terhadap sumber daya alam membawa konsekwensi bagi penurunan kualitas ekosistem hutan, sungai, danau, pesisir dan laut yang disebabkan oleh aktivitas pemanfaatan yang tidak melihat akibat jangka panjang, seperti konversi hutan untuk HTI, HPH, Transmigrasi, Perkebunan dan lain-lainnya. Eksploitasi juga berdampak kepada penghancuran dan pemusnahan spesies dan keanekaragaman hayati. Perusahaan pertambangan dan penebangan kayu merupakan kegiatan-kegiatan manusia yang paling merusak. *Keempat*, mendorong pada bencana alam. Konversi lahan hutan kepada berbagai kegiatan industri, membawa dampak kepada kerusakan ekologis dan ekosistem, dan kondisi inilah yang telah mempengaruhi daya dukung lingkungan, sehingga menyebabkan petaka bagi kelestarian keaneka ragaman hayati, bagi ketersediaan air dan bagi kenyamanan iklim tropis. Lihat di http://www.jatam.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=732, diakses pada Kamis, 11 Novemver 2010.

dunia industri.⁴

Di dalam teori pembangunan, era industrialisasi acapkali diposisikan sebagai era transisional menuju negara kesejahteraan (*welfare state*). Erman Rajagukguk mengatakan pembangunan suatu bangsa sedikitnya akan melalui tiga tingkatan, yaitu tingkat mencapai persatuan dan kesatuan nasional (*unifikasi*), tingkat industrialisasi yang ditandai dengan akumulasi modal dan pembentukan manajer-manajer untuk mendorong pertumbuhan ekonomi, dan tingkat negara kesejahteraan, dimana pekerjaan utama pemerintah ialah melindungi mereka yang menderita akibat berkembangnya industrialisasi.⁵

Pemikiran di atas menjelaskan bahwa industrialisasi menyimpan banyak benih-benih persoalan, sekaligus terdapat harapan bahwa dunia industri akan mensejahterakan para pekerja bahkan masyarakat pada umumnya. Situasi dan kondisi tersebut salah satu harapannya terletak pada eksistensi hukum yang semestinya mengendalikan dunia industri sekaligus menjamin perlindungan dan pemenuhan hak-hak pekerja dan masyarakat umum yang lemah. Hukum semestinya berada dalam dunia yang responsif, progresif dan menjamin akses para kelompok rentan, utamanya akses para pekerja terhadap keadilan (*access to justice*). Paradigma pembangunan hukum yang berbasis akses terhadap keadilan (*access to justice*) menjadi satu hal yang sangat fundamental.

B. Konsep Akses Terhadap Keadilan (*Access To Justice*)

Konsep akses terhadap keadilan pada pokoknya berfokus pada dua tujuan dasar dari suatu sistem hukum yaitu, *pertama*, sistem yang seharusnya dapat diakses oleh semua orang dari berbagai kalangan,

⁴ Anthony Giddens, *Kapitalisme dan Teori Sosial Modern* (terjemahan Soeheba Kramadibrata), Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1986, hlm. 29-42.

⁵ Erman Rajagukguk, *Agenda Pembaharuan Hukum Ekonomi Indonesia*, dalam Moh. Mahfud MD, dkk, *Kritik Sosial dalam Wacana Pembangunan*, UII Press, Yogyakarta, 1997.

dan *kedua*, sistem seharusnya dapat menghasilkan ketentuan maupun keputusan yang adil bagi semua kalangan, baik secara individual maupun kelompok. Gagasan pokok yang hendak diutamakan dalam konsep akses terhadap keadilan ialah untuk mencapai suatu keadilan sosial (*social justice*) bagi warga negara dari semua kalangan.⁶ Djohanjah mendefinisikan akses terhadap keadilan sebagai kesempatan atau kemampuan setiap warga negara tanpa membedakan latar belakangnya (ras, agama, keturunan, pendidikan, atau tempat lahirnya) untuk memperoleh keadilan melalui lembaga peradilan.⁷

Konsep akses terhadap keadilan di Indonesia diartikan sebagai keadaan dan proses dimana negara menjamin terpenuhinya hak-hak dasar berdasarkan UUD 1945 dan prinsip-prinsip universal hak asasi manusia, dan menjamin akses bagi bagi setiap warga negara (*claim holder*) agar dapat memiliki kemampuan untuk mengetahui, memahami, menyadari dan menggunakan hak-hak dasar tersebut melalui lembaga-lembaga formal maupun non formal, didukung oleh mekanisme keluhan publik (*public complaint mechanism*) yang baik dan responsif agar dapat memperoleh manfaat yang optimal dan memperbaiki kualitas kehidupannya yang bertujuan adanya pencegahan dan penanggulangan kemiskinan.⁸

Secara terminologis konsepsi akses terhadap keadilan mempunyai tujuan keadilan sosial (*social justice*) serta dapat mencegah dan menanggulangi kemiskinan, sesungguhnya merupakan upaya adanya *affirmatif action*⁹ terhadap kelompok rentan utamanya kaum miskin. Definisi ini mengindikasikan pencapaian keadilan dari perspektif yang lebih luas. Hal ini sesuai dengan definisi keadilan yang disetujui oleh

⁶ Mauro Cappelletti dan Bryant Garth (Eds), *Acces To Justice : Book I*, Supra note 1, hlm. 6-7.

⁷ Djohanjah, *Akses Pada Keadilan*, Makalah pada Pelatihan HAM bagi Jejaring Komisi Yudisial, Bandung, 3 Juli 2010.

⁸ Kelompok Kerja Akses Terhadap keadilan, *Strategi Nasional Akses Terhadap Keadilan*, BAPPENAS Direktorat Hukum dan HAM, Jakarta, 2009, hlm. 5-6.

⁹ *Ibid.*

DK PBB yang menekankan dua poin penting yang bersifat *bottom up* dan *top down*, yaitu, *pertama*, masyarakat harus memiliki kesadaran hukum, kesadaran akan hak-hak mereka, kesadaran akan forum-forum untuk mencari dan memperoleh pemulihan hak mereka, serta kendaraan untuk menerapkan hak mereka; dan *kedua*, pihak yang berwenang (pemerintah) dan pihak-pihak lainnya yang terkait, khususnya dalam upaya penanggulangan kemiskinan, memiliki kewajiban untuk menyadarkan masyarakat akan hak-hak mereka dan menyediakan *effective remedy* bagi pemulihan hak-hak yang dilanggar.¹⁰

Definisi di atas mempertegas bahwa akses terhadap keadilan bagi rakyat berarti adanya pemulihan hak untuk melindungi diri dari kerugian yang mungkin ditimbulkan oleh orang lain ketika terlibat dalam perselisihan atau konflik kepentingan. Pemulihan adalah tindakan yang memberi perbaikan terhadap kerugian yang diderita. Oleh karena itu, dibutuhkan jaminan hukum atau norma-norma kebiasaan. Pemulihan tersebut disebut sebagai pemulihan hukum (*legal remedies*) dan pemulihan peradilan (*justice remedies*).¹¹ Jaminan terhadap akses keadilan di Indonesia cukup banyak ditegaskan dalam pasal-pasal hak asasi manusia seperti dalam UUD 1954, Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (Undang-Undang HAM), Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (KIHESB), Undang-Undang Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHP), serta beberapa undang-undang hak asasi manusia lainnya.

C. Situasi dan Kondisi Kelompok Rentan

Di dalam hukum internasional kelompok rentan meliputi, *refugees*,

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

*internally displaced persons (IDPs), national minorities, migrant workers, indigenous peoples, children, dan women.*¹² Sedangkan dalam Pasal 5 ayat 3 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia, dalam penjelasannya disebutkan bahwa yang dimaksud kelompok rentan antara lain orang lanjut usia, anak-anak, fakir miskin, wanita hamil dan penyandang cacat. Perbedaannya, dalam hukum internasional jelas penyebutan kelompok rentannya, sedangkan di instrumen Undang-Undang HAM menyebut kata “diantaranya” yang berarti adanya kelompok rentan yang lainnya selain yang tercantum.

Situasi dan kondisi kelompok rentan di Indonesia sangatlah memprihatinkan, utamanya para fakir miskin, masyarakat adat serta buruh dan pekerja imigran. Data BPS tahun 2006 menyatakan bahwa penduduk miskin pada tahun 2005 meningkat dari 36, 80 juta menjadi 39, 30 juta tahun 2006, dan pada pada tahun 2007 tujuh menjadi 37, 17 juta. Bank Dunia mengungkapkan bahwa 110 juta penduduk tergolong miskin. Dalam laporan PBB tentang pembangunan manusia (HDR) tahun 2006, negara Indonesia berada di peringkat 110 dari 177 negara atau paling buruk di Asia Tenggara setelah Kamboja. Data BPS juga menyatakan bahwa jumlah penduduk rentan rawan pangan meningkat dari 5, 105 tahun 2005 menjadi 10, 40 juta pada tahun 2006. Demikian juga data LIPI yang mengatakan bahwa jumlah orang miskin pada tahun 2010 akan terus bertambah. Orang-orang miskin akan membengkak dari 32,5 juta jiwa pada 2009 akan membesar menjadi 32,7 juta jiwa pada 2010. Pada tahun 2011, data BPS menyatakan bahwa jumlah penduduk miskin (penduduk dengan pengeluaran per kapita per bulan di bawah Garis Kemiskinan) pada September 2011 mencapai 29,89 juta orang.¹³ Sedangkan pada tahun 2012 sebagaimana diungkap Kepala Badan Pusat Statistik jumlah penduduk miskin di Indonesia pada Maret 2012 mencapai

¹² Willem van Genugten J.M (ed), *Human Rights Reference*, Netherlands ministry of foreignAffairs, The Hague, 1994, hlm. 73.

¹³ <http://www.bps.go.id/?news=901>. Diakses pada Rabu, 25 Juli 2012.

29,13 juta orang.¹⁴

Kondisi menyakitkan juga dialami oleh masyarakat adat. Rikardo Simarmata mengungkapkan bahwa dampak dari sentralisme hukum dan pengakuan yang tidak jelas terhadap masyarakat adat merupakan kondisi yang mendorong marginalisasi hak-hak masyarakat adat. Dampak yang paling tragis ialah cepatnya segelintir pemegang Hak Pengusahaan Hutan (HPH) dan Hak Pengusahaan Hutan Tanaman Industri (HPHTI) menguasai dan memanfaatkan kawasan-kawasan hutan. Sementara kawasan-kawasan deposit tambang diserahkan kepada pemegang kuasa pertambangan dan kontrak karya. Proses penggusuran terhadap hak-hak masyarakat adat dibantu oleh satu ketentuan yang mengatakan bahwa penguasaan masyarakat hukum adat atas kawasan hutan (hak ulayat) dapat dibekukan. Peraturan lain menyebutkan bahwa setiap orang menyerahkan tanahnya bila ada kandungan bahan tambang di dalamnya.¹⁵

Jika masyarakat adat melakukan penolakan terhadap kebijakan tersebut maka yang biasa yang terjadi pada mereka ialah penyiksaan (*torture*), pemerkosaan (*rape*), pembunuhan tanpa proses pengadilan (*extra judicial killing*), militerisasi dan perampasan tanah (*extensive land alienation*), bahkan di antara mereka harus diusir dan menjadi pengungsi di negaranya sendiri. Di dalam kondisi pembuangan, masyarakat adat kemudian dibuatkan program oleh Departemen Sosial yang berupa Program pemukiman kembali (*resettlement*) yang kemudian dikenal dengan program Pembinaan Kesejahteraan Sosial Masyarakat Terasing (PKSMT). Lewat program ini masyarakat adat dianggap terasing dan berdiam di berbagai kawasan hutan yang merupakan tempat-tempat baru.¹⁶

¹⁴ <http://id.berita.yahoo.com/bps-jumlah-penduduk-miskin-29-13-juta-091617858.html>. Diakses pada Rabu, 25 Juli 2012.

¹⁵ Ricardo Simartana, 'Pluralisme Hukum, Mengapa Perlu?' dalam Donny Donardono (Ed), *Wacana Pembaharuan Hukum di Indonesia*, HuMa, 2007, hlm 72-73.

¹⁶ *Ibid.*

Demikian juga, nasib yang dialami para buruh dalam negeri dan buruh migran. Data BPS tahun 2006 menyatakan bahwa tingkat pengangguran terbuka meningkat dari 10,9 juta (10,3%) pada tahun 2005 menjadi 11,1 juta (10,4%) pada Pebruari 2006. Laporan studi ILO tahun 2009 juga menyatakan bahwa biaya peluang dari pekerja yang tereksplotasi mencapai lebih dari 20 milyar dolar pertahun. Selain itu, terlihat adanya peningkatan praktik-praktik penipuan dan kriminal yang mengarahkan orang ke dalam situasi kerja paksa. Studi ini menemukan bahwa kerja paksa umumnya masih ditemukan di negara-negara berkembang, salah satunya Indonesia. Kerap kali terjadi di ekonomi informal dan wilayah-wilayah terpencil dengan kondisi infrastruktur, pengawasan ketenagakerjaan dan penegakan hukum yang buruk.¹⁷ Demikian juga perlindungan terhadap PRT di Indonesia yang masih sangat buruk, bahkan jauh di bawah negara Kenya. Pekerja domestik di negara miskin di kawasan Afrika itu masih lebih dilindungi hukum dan mendapatkan upah yang layak. Pembantu rumah tangga di Indonesia sebagaimana diungkap Koordinator ILO Jatim Mochamad Noer, tidak memiliki jam kerja dan standar gaji, bahkan ada yang mengalami penundaan gaji.¹⁸

Kondisi serupa dialami PRT asal Indonesia yang bekerja di luar negeri. Penyebabnya tidak adanya undang-undang yang mengatur secara tegas tentang perlindungan buruh migran, terutama PRT. ILO mencatat sejak tahun 2005 sampai saat ini terdapat 12,3 juta orang di seluruh dunia mengalami kerja paksa. Di Asia Pasifik rata-rata mencapai 9,5 juta orang yang mengalami kerja paksa dan tereksplotasi secara ekonomi. Eksploitasi seksual pada perempuan muda dan dewasa 98% dan anak-anak 40% hingga 50%. Buruh Migran rata-rata merupakan perempuan dan bekerja di sektor domestik yang miskin perlindungan. Para buruh migran itu 60% dikirim ke luar negeri secara ilegal sehingga menghadapi situasi kondisi

¹⁷ http://republika.co.id/berita/50692/ILO_Penipuan_Tenaga_Kerja_Meningkat, diakses pada 16 Agustus 2010, jam 14.00 WIB.

¹⁸ *Ibid.*

kerja buruk, kerja paksa, diperbudak dan seringkali mendapat ancaman deportasi. Mereka juga rentan terhadap kematian, kekerasan fisik dan seksual, serta ancaman hukuman mati yang terus berulang.¹⁹

Kondisi serupa juga dialami oleh perempuan, anak-anak dan para penyandang cacat (*disability*). Perempuan dan anak seringkali menjadi korban karena eksistensi mereka sangat ditentukan oleh faktor-faktor ekonomi yang bermasalah dan berdampak juga terhadap persoalan pendidikan. Depdiknas tahun 2002 merilis laporan kondisi pendidikan di Indonesia yang menyebutkan bahwa 4,2 juta anak umur 7-15 tahun belum pernah sekolah, 7% penduduk usia 15 tahun ke atas buta huruf, angka putus sekolah SD mencapai 2,66% (1.267.700), sedangkan SMP mencapai 3,5% (638.056, dan 67,7% fasilitas pendidikan rusak. Situasi tersebut juga ditambah dengan intensitas penggusuran yang kemudian berdampak terhadap akses pekerjaan, akses pendidikan anak dan dampak ikutan lainnya. Sedangkan penyandang cacat secara umum terdiskriminasi baik dalam pendidikan, jalan umum, kesehatan dan lainnya.

Secara umum, persoalan yang dihadapi kelompok marjinal ialah tidak terpenuhinya hak-hak ekonomi, sosial dan budaya. Sedangkan dampak pelanggaran yang berdimensi sipil dan politik lebih sebagai ikutan setelah jaminan-jaminan sosial dan ekonomi mengalami kebuntuan dan tertutup aksesnya. Sri Palupi mencatat setidaknya terdapat empat masalah pokok problem akses terhadap hak ekonomi, sosial dan budaya, yaitu:²⁰

1. Berkembangnya pandangan yang menyatakan bahwa hak ekonomi, sosial dan budaya merupakan hak yang tidak *justiciable* (tidak bisa dituntut secara hukum di pengadilan). Secara instrumentalis jaminan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya juga mempunyai kelemahan mendasar yang

¹⁹ Sri Palupi, 'Problem dan Tantangan dalam Akses Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya' dalam Prasetyohadi dan Savitri Wisnuwardhani (Ed), *Penegakan Hak Asasi Manusia dalam 10 Tahun Reformasi*, Komnas HAM, Jakarta, 2008, hlm. 111.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 102-103.

menganggap bahwa hak tersebut pemenuhannya dilakukan secara bertahap (*progresif realisation*).

2. Tingginya kekuatan korporasi dan lembaga-lembaga internasional seperti IMF dan World Bank. Peran pemerintah menjadi mengecil dan rentan terhadap tekanan-tekanan korporasi dan internasional.
3. Penanggulangan kemiskinan dan realisasi hak-hak ekonomi, sosial dan budaya belum menjadi kebijakan dasar oleh pemerintah.
4. Tingginya praktek KKN di tubuh pemerintahan yang nota bene sebagai badan publik.

Analisis Sri Palupi mempertegas perihal lemahnya tanggungjawab negara terhadap perlindungan dan pemenuhan hak-hak warga negaranya, serta hilangnya independensi negara karena tunduk terhadap kekuatan korporasi dan lembaga-lembaga keuangan internasional. Jaminan terhadap hak-hak yang semestinya dinikmati oleh masyarakat sebagaimana dalam konstitusi dan beberapa undang-undang akhirnya harus kandas, baik karena praktik eksploitasi korporasi dan/atau karena korupsi. Tragisnya, di tengah jaminan hukum terhadap perlindungan, penghormatan dan perlindungan hak asasi manusia pasca reformasi, ternyata di sana-sini terjadi tumpang tindih pemberlakuan hukum. Tercatat selama periode 2000 hingga 2006 justru berbagai peraturan perundang-undangan berpotensi menjustifikasi terjadinya pengabaian hak-hak.²¹

Situasi dan kondisi di atas menjadi tanda betapa pemerintah masih belum berkomitmen terhadap penanggulangan para kelompok rentan di Indonesia. Konflik-konflik yang terjadi memperlihatkan bahwa masyarakat kelompok rentan memang sangat lemah. Akses perlindungan, penghormatan dan pemenuhan hak-hak mereka terganjal dari beberapa

²¹ *Ibid.*, hlm. 139.

instrumen dan penegakan hukum yang memaksa mereka harus tunduk pada penindasan dan kekerasan. Negara tidak tampil mengangkat derajat hak-hak kelompok marjinal, dalam banyak hal negara menjadi insitusi yang koruptif ditengah ketundukannya kepada pemodal.

D. Pembangunan Hukum Berbasis Akses Terhadap Keadilan

Pembangunan hukum berbasis akses terhadap keadilan (*access to justice*) menghendaki pemenuhan akses terhadap keadilan bagi kelompok miskin dan kelompok rentan lainnya sebagai *affirmative action*²². Keberadaan afirmatif action bertujuan bukan untuk melakukan diskriminasi pemberlakuan, melainkan sebagai bantuan sementara bagi masyarakat miskin dan kelompok rentan lainnya sampai mereka berada dalam posisi mampu untuk memperoleh akses terhadap keadilan.²³ Kelompok rentan merupakan kelompok masyarakat yang lemah dan tidak dalam posisi sederajat dengan warganegara yang telah mempunyai akses sekian lama dalam struktur dan kultur masyarakat.

Di dalam proses pemenuhan akses terhadap keadilan bagi kelompok rentan terdapat berbagai faktor yang saling berhubungan. Interaksi berbagai faktor tersebut dapat dijelaskan melalui kerangka konseptual yang disarikan dari berbagai temuan dan tulisan para ahli di bidang akses terhadap keadilan serta dokumen organisasi internasional, yaitu.²⁴

1. Kerangka normatif. Kerangka normatif merujuk pada terbentuknya payung hukum yang merumuskan hak dan kewajiban, merefleksikan kebiasaan dan menerima perilaku sosial. Hal ini mencakup hukum negara dan hukum yang hidup dalam masyarakat, meliputi substansi peraturan, proses

²² Lihat Pasal 2, 3 dan 26 KIHSP.

²³ Kerja Akses Terhadap keadilan, *Strategi Nasional Akses ... op. cit.*, hlm. 5.

²⁴ Stephan Golub, *Beyond Rule of Law Orthodoxy : The Legal Empowerment Alternative*, "Rule of Law series, Democracy and Rule of Law Project, Number 41, 2003.

penyusunan dan mekanisme perubahan, serta pelaku dan lembaga yang terlibat dalam proses tersebut.

2. Kesadaran hukum yang berarti terkait peraturan, hak, kewajiban dan cara mengakses berbagai alternatif penyelesaian
3. Akses terhadap lembaga sebagaimana kelompok miskin dan terpinggirkan menerjemahkan kesadaran hukumnya.
4. Administrasi hukum yang efektif baik melalui lembaga formal dan non formal. Elemen yang sangat penting dalam akses terhadap keadilan ialah keberadaan lembaga hukum formal dimana lembaga ini semestinya dipercaya oleh masyarakat sebagai lembaga yang efisien, netral dan profesional. Kepuasan dan kepercayaan publik terhadap lembaga formal sangatlah penting.
5. Pemulihan hak yang memuaskan yang mensyaratkan imparsialitas, tepat waktu, konsistensi norma, bebas korupsi dan intervensi politik, serta adanya standar kesesuaian dengan norma dan standar hak asasi manusia nasional dan internasional.
6. Permasalahan mengenai kelompok miskin dan terpinggirkan merupakan permasalahan yang terdapat pada bagian akses terhadap keadilan yang lain.
7. Monitoring dan pengawasan yang mendukung transparansi dan akuntabilitas pada keenam permasalahan di atas.

Berdasarkan berbagai indikator tersebut maka yang perlu dilakukan ialah perombakan secara paradigmatik terhadap sistem hukum di Indonesia dan kemudian diorientasikan pada pemenuhan hak-hak warga negara kelompok yang mendapatkan hak *affirmatif action*. Mereka harus dijamin baik dalam segi kerangka normatifnya, akses terhadap pengetahuan hukumnya, sarana-prasarana keadilan, pelayanan hukum

ketika terjadi konflik, bantuan hukumnya serta adanya jaminan sistem pemulihan yang memadai. Akses keadilan terhadap kelompok rentan tersebut sangat penting ditengah posisi mereka yang seringkali dilemahkan dalam sistem hukum, prilaku sosial dan kebijakan industrial.

Untuk mewujudkan pembangunan hukum yang berbasis akses terhadap keadilan, pertama-tama yang dilakukan ialah mengubah paradigma pembangunan hukum yang berlaku di Indonesia. Paradigma sistem hukum yang masih positivis harus diubah menjadi tipe yang responsif dan progresif. John Henry Merryman mengatakan terdapat tiga model tradisi hukum yang utama yaitu tradisi hukum kontinental (*civil law*), tradisi hukum adat (*common law*) dan tradisi hukum sosial (*sosialis law*).²⁵ Secara historis keberadaan tradisi hukum tersebut dapat dibagi menjadi dua yaitu tipe pembangunan hukum yang ortodoks dan tradisi hukum yang responsif. Tipe hukum kontinental dan sosial merupakan model pembangunan hukum yang ortodoks karena mempunyai ciri-ciri peranan yang sangat dominan dari lembaga-lembaga negara (pemerintah dan parlemen) dalam menentukan arah hukum dalam suatu masyarakat. Hukum akhirnya bersifat positivis-instrumentalis. Hukum menjadi alat yang ampuh bagi pelaksanaan ideologi dan program negara.²⁶ Bahkan, atas nama program pembangunan negara, pemerintah juga akan sering melakukan pemberangusan kritik yang muncul di masyarakat.²⁷

Kondisi terbalik terjadi pada tipe pembangunan hukum dengan model hukum adat (*common law*) yang responsif. Ciri-ciri dari tradisi model *common law* ialah adanya peranan besar dari lembaga-lembaga peradilan dan partisipasi yang luas kelompok-kelompok sosial atau individu-individu di masyarakat dalam menentukan arah pembangunan

²⁵ John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, California, 1969, hlm. 1-6.

²⁶ Abdul Hakim G. Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1988, hlm. 27.

²⁷ Arif Budiman, *Teori Pembangunan Dunia Ketiga*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2000, hlm. 2.

hukum. Keberadaan pemerintah dan parlemen menjadi lebih relatif, dan adanya tekanan yang timbul dari partisipasi masyarakat luas dan kedudukannya yang relatif bebas mendorong lembaga peradilan lebih kreatif dalam menghadapi masalah yang timbul di masyarakat. Peradilan mempunyai peranan substansial dalam pembangunan hukum.²⁸

Artidjo Alkostar, salah seorang hakim agung Indonesia, mengatakan bahwa pembangunan hukum tidak mungkin hanya dipercayakan dan tergantung kepada penguasa saja, karena eksistensi hukum tidak bisa dilepaskan dari dinamika sosial. Perubahan paradigma hukum merupakan sesuatu asasi sehingga tidak tertinggal dari perkembangan sosial dan teknologi. Menurut Artidjo, hukum Indonesia terbelenggu oleh kapsul positivisme hukum Eropa Kontinental abad 18. Positivisme hukum tidak peduli dengan keadilan, karena keadilan bukan urusan hukum positif. Aliran positivisme hukum menekankan kepastian hukum yang kemudian berakibat pada pertumbuhan hukum Indonesia yang berjalan tanpa visi. Watak hukum Eropa Kontinental bertradisi tanpa paradigma sosiologi, karena memakai metode berfikir deduktif seperti kebiasaan hukum Romawi. Karakter hukum Anglo Amerika lebih realistis karena memberi perhatian kepada yang berkembang dalam dinamikas sosial.²⁹

Mendesaknya perubahan paradigma hukum di Indonesia juga diungkap oleh I Nyoman Nurjaya dengan menegaskan bahwa fenomena konflik yang terjadi secara meluas di Indonesia sampai hari merupakan akibat dari konflik nilai (*conflict of values*), konflik norma (*conflict of norms*), dan atau konflik kepentingan (*conflict of interest*) dari komunitas-komunitas etnik, agama maupun golongan dalam masyarakat. Dilihat dari perspektif hukum dan kebijakan, fenomena konflik di berbagai daerah itu bersumber dari persoalan diskriminasi pengaturan dan perlakuan pemerintah terhadap kehidupan masyarakat di daerah yang cenderung

²⁸ Abdul Hakim G. Nusantara, *Politik Hukum ... op. cit.*, hlm. 27.

²⁹ Artidjo Alkostar, 'Pembangunan Hukum dan Keadilan' dalam Moh. Mahfud MD, dkk (Ed), *Kritik Sosial... op. cit.*, hlm. 335-339.

mengabaikan, menggusur, dan bahkan mematisurikan nilai-nilai, norma-norma hukum rakyat (*customary law/adat law*), termasuk religi dan tradisi-tradisi serta kearifan masyarakat daerah melalui dominasi pemberlakuan dan penegakan hukum negara (*state law*) yang bercorak sentralisme hukum (*legal centralism*). Paradigma pembangunan hukum (*legal development paradigm*) yang dikembangkan oleh pemerintah saat ini harus diganti dengan paradigma yang bercorak pluralisme hukum (*legal pluralisme*).³⁰

Berangkat dari pengubahan paradigma hukum dari tipe positivistik menjadi responsif dan progresif di atas maka konstruksi pembangunan hukum berbasis akses terhadap keadilan mensyaratkan terhadap beberapa hal, yaitu :

Pertama, pembuatan norma-norma hukum harus responsif dan partisipatif. Proses ini mensyaratkan minimal dua hal,³¹ *pertama*, legislatif harus meletakkan dirinya sebagai kekuatan politik formal masyarakat, dan tidak memerankan diri sebagai konseptor undang-undang, apalagi memonopoli proses lahir hingga evaluasi produk perundang-undangan. Pengambilan keputusan politik bukan hanya aparat negara dan wakil rakyat, melainkan juga seluruh warganegara berpartisipasi dalam wacana bersama. *Kedua*, organisasi masyarakat sipil untuk menjadi kekuatan intelektual yang mengkaji dan merumuskan kebutuhan hukum masyarakat. Perpaduan legislatif yang sejatinya adalah representasi rakyat dengan organisasi masyarakat sipil diharapkan mampu merumuskan substansi hukum yang memiliki kekuatan perlindungan (*to protect*), penghormatan (*to respect*) dan pemenuhan (*to fulfill*) terhadap hak-hak kelompok rentan.

³⁰ I Nyoman Nurjaya, 'Pluralisme Hukum Sebagai Instrumen Integrasi Kehidupan Bangsa dan Bernegara' dalam Donny Donardono (Ed), *Wacana Pembaharuan... op. cit.*, hlm. 75-77.

³¹ Suparman Marzuki, *Tragedi Politik Hukum HAM*, Pusham UII-Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2011, hlm. 431-432.

Kebijakan perumusan norma-norma hukum juga harus mensyaratkan, *pertama*, kewajiban negara untuk mempublikasikan perencanaan produk peraturan perundang-undangan yang akan dibuat, dan memberikan kesempatan kepada kelompok strategis berpartisipasi. *Kedua*, tersedianya sistem informasi dan dokumentasi yang sistematis, bebas, dan mudah diakses. *Ketiga*, adanya jaminan prosedur dan forum yang terbuka dan efektif bagi masyarakat untuk terlibat secara efektif. *Keempat*, tersedianya prosedur yang menjamin publik untuk mengajukan inisiatif pembuatan RUU. *Kelima*, adanya pengaturan yang jelas mengenai dokumen yang wajib tersedia dan bebas diakses oleh publik, seperti naskah RUU, notulensi pembahasan dan catatan-catatan.³²

Para ahli yang lain mengatakan bahwa perumusan norma hukum harus memenuhi beberapa syarat nyata lain: *pertama*, adanya lembaga pelayanan hukum, pengaduan dan sengketa yang progresif. Pelayanan hukum dalam konteks ini ialah pelayanan atau penegakan hukum yang submisif terhadap sistem yang ada, tetapi lebih afirmatif (*affirmatif law enforcement*). Afirmatif berarti keberanian untuk melakukan pembebasan dari praktek konvensional dan menegaskan penggunaan satu cara yang lain, yang menerobos terhadap pakem-pakem praktek hukum yang telah lama berlangsung. Aparatur penegak hukum harus bersikap realistis dan tidak bermukim di menara gading. Mereka harus mengasah intuisi dengan dengan turun ke bawah menyerap aspirasi yang berkembang di masyarakat. Mereka harus keluar dari tafsir monolitik karena teks undang-undang hanya memberi ruang penafsiran yang terbatas. Penegakan hukum progresif lebih mengedepankan konteks ketimbang teks-teks aturan semata.³³ Maka dalam konteks pelayanan penyelesaian hukum tidak semata lewat mekanisme pengadilan formal tetapi juga bisa lewat

³² Rival G Ahmad, dkk, 'Dari Parlemen ke Ruang Publik : Menggagas Proses Pembentukan Peraturan Partisipatif', *Jentera*, Edisi 2, Tahun 2003, hlm. 118-119.

³³ Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan: Politik Hukum HAM Era Reformasi*, Pusham UII, Yogyakarta, 2011, hlm. 269-270.

penyelesaian informal. Penyelesaian hukum tidak lagi dimaknai sebagai satu yang formal, sentralistik tetapi juga mengakomodasi penyelesaian hukum yang berlaku dalam kehidupan masyarakat (*living law*).

Kedua, adanya lembaga-lembaga hukum yang melangsungkan pelatihan dan pendidikan hukum bagi kelompok rentan. Pelatihan dan pendidikan hukum merupakan prasyarat untuk lahirnya kesadaran hukum dan hak-hak masyarakat dari kelompok rentan. Maka salah satu program yang harus dilangsungkan oleh pemerintah ialah berkoordinasi dan bekerjasama dengan lembaga-lembaga yang memiliki konsentrasi terhadap pendidikan dan pelatihan hukum. Lembaga-lembaga tersebut hendaknya difungsikan untuk melakukan pendidikan dan pelatihan bagi kelompok rentan sehingga mereka dapat sadar dengan hak-hak hukum dan mendapatkan keadilannya.

Ketiga, adanya sarana prasarana yang memadai bagi terwujudnya akses terhadap keadilan. Sarana prasarana bisa meliputi keberadaan gedung pengadilan yang bisa dijangkau, para penegak hukum yang responsif dan progresif, adanya media yang informatif baik berbentuk online atau cetak, serta pelayanan administrasi yang cepat, komunikatif, efektif dan biaya murah.

Keempat, adanya lembaga komplain dan pengawasan terhadap perlindungan, penghormatan dan pemenuhan kelompok-kelompok rentan yang kuat. Keberadaan lembaga-lembaga ini sangat penting untuk menampung segala keluhan-keluhan kelompok marginal terkait pelayanan yang diberikan oleh pemerintah dan atau industri. Lembaga komplain juga diharapkan mempunyai mekanisme hukum yang dapat merekomendasikan dan memutuskan terhadap penyelesaian kasus yang menimpa kelompok marginal. Selain untuk menampung terhadap permasalahan komplain, lembaga ini juga dibentuk untuk mengawasi secara eksternal terhadap kinerja yang dilakukan oleh aparaturnya lembaga-lembaga publik. Lembaga komplain dan pengawasan merupakan lembaga

yang fundamental sehingga aparatur yang terlibat di dalamnya haruslah berparadigma responsif-progresif, dan kewenangan kelembagaannya harus diperkuat.

Secara keseluruhan pembangunan hukum berbasis keadilan di atas merupakan sarana perlindungan, penghormatan dan pemenuhan hak-hak kelompok rentan yang sangat lemah ketika menghadapi problematika baik akibat kebijakan pembangunan pemerintah dan atau kesewenang-wenangan dunia industri. Di samping itu, kebijakan berbasis akses terhadap keadilan merupakan sarana untuk menyadarkan dan memberdayakan kelompok rentan sehingga mereka tidak sekedar menjadi korban pembangunan pemerintah dan kekuatan industri, tetapi juga dapat merasakan kesejahteraan (*welfare*) dan dampak positif dari kebijakan pembangunan yang berlangsung.

Pada konteks tersebut, pembangunan hukum yang berbasis akses terhadap keadilan akan mendorong terwujudnya indikator-indikator keberhasilan pembangunan pada dimensi ekonomi dan sosial lainnya, meliputi:³⁴

Pertama, kekayaan rata-rata. Pembangunan mula-mula dipakai dalam arti pembangunan ekonomi. Sebuah masyarakat dinilai berhasil melaksanakan pembangunan bila pertumbuhan ekonomi masyarakatnya cukup tinggi. Ukuran keberhasilannya ialah pada produktifitas masyarakat atau produktifitas negara tersebut setiap tahunnya. Bahasa teknis ekonominya ialah produktifitas diukur oleh Produk Nasional Bruto (PNB)/ *Gross National Product* (GNP) dan Produk Domestik Bruto (PDB)/ *Gross Domestic Product* (GDP). Keberhasilan pembangunan diukur dengan jumlah kekayaan keseluruhan sebuah negara.

Kedua, pemerataan. Kekayaan yang dimiliki atau diproduksi oleh satu negara tidak berarti bahwa kekayaan tersebut merata dan

³⁴ Arif Budiman, *Teori Pembangunan Dunia Ketiga*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2000, hlm. 2-9.

dimiliki oleh semua penduduknya. Sangat mungkin terjadi, hanya sebagian kecil orang dan kelompok saja yang memiliki kekayaan, sedangkan mayoritas warganegaranya berada dalam garis kemiskinan. Oleh karena itu, pembangunan semestinya tidak hanya diukur dengan tingginya PNB/kapita dan atau PDB/kapitanya, tetapi juga dinilai dari indikator atau aspek pemerataan harta kekayaan di satu negara. Karena itu, pembangunan dianggap berhasil jika tinggi produktifitasnya, penduduknya makmur dan sejahtera secara merata.

Ketiga, kualitas kehidupan. Salah satu alat untuk mengukur kesejahteraan penduduk sebuah negara ialah dengan menggunakan tolak ukur PQLI (*Physical Quality of Life Index*). Alat ukur ini diperkenalkan oleh Moris yang mengukur tiga indikator, yaitu, *pertama*, rata-rata harapan hidup sesudah umur satu tahun. *Kedua*, rata-rata jumlah kematian bayi. *Ketiga*, rata prosentase buta dan melek huruf. Dengan pendekatan alat analisa ini, maka prestasi PQLI akan tidak selalu sama dengan prestasi PNB/kapita atau PDB/kapita. Alat PQLI akan menjelaskan perihal kompleksitas dari keberhasilan satu pembangunan yang tidak setara. Walaupun, alat ukur PQLI masih perlu diperbaiki karena masih banyak indikator keberhasilan pembangunan yang belum dimasukkan.

Keempat, kerusakan lingkungan. Satu negara yang produktifitasnya tinggi dan merata penduduknya, sangat mungkin penduduknya berada dalam proses menjadi miskin. Produktifitas tinggi yang biasanya digerakkan oleh korporasi besar dan tidak memperhatikan dampak-dampak eksploitatifnya maka yang terjadi ialah kerusakan lingkungan, sumber alamnya terkuras, hilangnya sumber pendapatan warga dan bencana alam. Oleh karena itu, pembangunan wajib juga mengatur perihal daya kelestarian alam dan lingkungan yang memadai.

Kelima, keadilan sosial dan kesinambungan. Pembangunan dianggap berhasil jika mensyaratkan kebijakan pembangunan dengan unsur keadilan sosial dan berdampak berkesinambungan. Keadilan sosial

mensyaratkan adanya pemerataan pendapatan warga negara dengan pertumbuhan ekonomi yang tinggi, sedangkan dampak kesinambungan mensyaratkan bahwa pengelolaan produksi haruslah menjaga terhadap kelestarian lingkungan dan keadilan sosial.

Cita-cita keberhasilan pembangunan yang mampu mengantarkan pada tingkat kesejahteraan (*welfare*) dan keadilan sosial (*social justice*) di atas, keberadaan hukum berbasis akses terhadap keadilan menjadi salah kuncinya yang tentu membutuhkan komitmen, kemauan (*political will*) dan watak kenegarawanan para pemimpin negara. Tanpa itu, kelompok rentan akan terus menjadi korban yang tertindas, dan sumber daya alam akan mengalami kerusakan yang fatal.

E. Penutup

Dari uraian di atas dapat disimpulkan bahwa kebijakan pembangunan hukum berbasis akses terhadap keadilan (*access to justice*) merupakan upaya untuk melindungi, menghormati dan memenuhi secara *affirmative action* terhadap eksistensi kelompok rentan yang sangat lemah ketika menghadapi berbagai konflik di era industrial. Keberadaan hukum yang berorientasi akses terhadap keadilan diharapkan dapat menyadarkan dan memberdayakan kelompok rentan sehingga sadar akan hak-hak hukumnya.

Situasi dan kondisi kelompok rentan di Indonesia sangat memprihatinkan, utamanya kelompok fakir miskin, masyarakat adat dan buruh. Kelompok masyarakat fakir miskin belum bisa diatasi secara serius sehingga angkanya selalu besar, masyarakat adat juga termarginalisasi secara sistemik akibat industrialisasi dan aturan hukum yang sentralistik, demikian juga nasib para buruh dalam negeri dan buruh migran yang rentan terhadap penyalahgunaan, eksploitasi seksual, kerja paksa dan jaminan hidup yang tidak standar. Kondisi serupa juga dialami oleh kaum perempuan, anak-anak yang tidak sekolah dan para penyandang cacat

yang terdiskriminasi dalam pelayanan publik. Kondisi dan situasi tersebut meniscayakan bahwa mereka harus dilindungi dan dipenuhi hak-haknya hukumnya secara *affirmatif action*.

Pembangunan hukum berbasis akses terhadap keadilan menghendaki paradigma hukum yang bertipe responsif dan progresif yang mensyaratkan beberapa hal antara lain: *pertama*, pembuatan hukum yang responsif dan progresif; *kedua*, adanya lembaga pelayanan hukum, pengaduan dan sengketa yang progresif; *ketiga*, adanya lembaga-lembaga hukum yang melangsungkan pelatihan dan pendidikan hukum bagi kelompok rentan; *keempat*, adanya sarana prasarana yang memadai bagi terwujudnya akses terhadap keadilan; dan *kelima*, adanya lembaga complain dan pengawasan terhadap perlindungan, penghormatan dan pemenuhan kelompok-kelompok rentan yang kuat.

Pembangunan hukum berbasis akses terhadap keadilan harapannya akan mendorong terhadap keberhasilan pembangunan di sektor lainnya yang bersifat ekonomi dan sosial, meliputi, *pertama*, adanya kekayaan rata-rata setiap masyarakat; *kedua*, adanya pemerataan pendapatan setiap masyarakat; *ketiga*, adanya kualitas kehidupan yang sejahtera bagi setiap masyarakat; *keempat*, tercegahnya kerusakan lingkungan akibat tingginya produksi industrialisasi; dan *kelima*, adanya keadilan sosial dan berkesinambungan bagi masyarakat.

DAFTAR PUSTAKA

Buku :

- Abdul Hakim G. Nusantara, *Politik Hukum Indonesia*, Yayasan Lembaga Bantuan Hukum Indonesia, Jakarta, 1988.
- Arif Budiman, *Teori Pembangunan Dunia Ketiga*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2000.
- Anthony Giddens, *Kapitalisme dan Teori Sosial Modern* (terjemahan Soeheba Kramadibrata), Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1986.
- Bernard L. Tanya, dkk, *Teori Hukum : Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2010.
- Donny Donardono (Ed), *Wacana Pembaharuan Hukum di Indonesia*, HuMa, Jakarta, 2007.
- Hans Kalsen, *Teori Hukum Murni : Dasar-Dasar Ilmu Hukum Normatif Sebagai Ilmu Empirik-Deskriptif*, Rimdi Press, tt, 1995.
- John Henry Marryman, *The Civil Law Tradition*, Stanford University Press, California, 1969.
- Mauro Cappelletti dan Bryant Garth (Eds), *Acces To Justice : Book I*, Supra note 1
- Moh. Mahfud MD, dkk, *Kritik Sosial dalam Wacana Pembangunan*, UII Press, Yogyakarta, 1997.
- Prasetyohadi dan Savitri Wisnuwardhani (Ed), *Penegakan Hak Asasi Manusia dalam 10 Tahun Reformasi*, Komnas HAM, Jakarta, 2008.
- Stephan Golub, *Beyond Rule of Law Orthodoxy: The Legal Empowerment Alternative*, "Rule of Law series, Democracy and Rule of Law Project, Number 41, 2003
- Satjipto Rahardjo, *Membedah Hukum Progresif*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2006.

- Satjipto Rahardjo, *Sisi Lain dari Hukum di Indonesia*, Penerbit Buku Kompas, Jakarta, 2003.
- Suparman Marzuki, *Tragedi Politik Hukum HAM*, Pusham UII-Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2011.
- Suparman Marzuki, *Robohnya Keadilan: Politik Hukum HAM Era Reformasi*: Pusham UII, Yogyakarta, 2011
- Kelompok Kerja Akses Terhadap keadilan, *Strategi Nasional Akses Terhadap Keadilan*, BAPPENAS Direktorat Hukum dan HAM, Jakarta, 2009.
- Willem van Genugten J.M. (ed), *Human Rights Reference*, Netherlands Ministry of Foreign Affairs, The Hague, 1994.

Jurnal dan Makalah :

- Rival G Ahmad, dkk, 'Dari Parlemen ke Ruang Publik : Menggagas Proses Pembentukan Peraturan Partisipatif', *Jentera*, Edisi 2, Tahun 2003
- Djohanjah, *Akses Pada Keadilan*, Makalah pada Pelatihan HAM bagi Jejaing Komisi Yudisial, Bandung, 3 Juli 2010

Internet :

- http://www.jatam.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=732, diakses pada Kamis, 11 Novemver 2010.
- http://republika.co.id/berita/50692/ILO_Penipuan_Tenaga_Kerja_Meningkat diakses pada 16 Agustus 2010, jam 14. 00 WIB
- <http://www.bps.go.id/?news=901>. Diakses pada Rabu, 25 Juli 2012
- <http://id.berita.yahoo.com/bps-jumlah-penduduk-miskin-29-13-juta-091617858.html>. Diakses pada Rabu, 25 Juli 2012

Hak Asasi Manusia, dan Ide ke-Islam-an

KONSEPSI HAK ASASI MANUSIA BERBASIS SYARIAH PERSPEKTIF ABU EL FADL

Mohammad Sholeh¹

A. Pendahuluan

Perjalanan sejarah agama-agama (*history of relegions*) menunjukkan dua wajah keagamaan yang kontradiktif. Satu sisi agama telah banyak berperan dalam memelopori perdamaian, kasih sayang antar sesama dan hal lain yang bersifat kemanusiaan. Akan tetapi di sisi lain, atas nama agama juga telah tertoreh radikalisme dan kejahatan-kejahalan kemanusiaan yang mengerikan, bisa disebut dalam konteks Islam misalnya serentetan aksi teror dalam berbagai bentuknya yang menelan banyak korban jiwa, klaim-klaim kebenaran pemahaman keagamaan, eksklusifitas dalam bentuk pemurtadan atau *takfir* terhadap kelompok lain, pendegradasian perempuan dan teknis hukuman shari'ah yang tidak manusiawi. Hal tersebut diyakini sebagai imbas pola keberagamaan yang bersifat teosentris dan mengabaikan visi humanistik agama. Hal tersebut kontradiktif dengan klaim bahwa beragama adalah untuk kemaslahatan manusia sebagaimana ia diturunkan untuk merealisasikan *rahmah li al-'alamin*.

Syari'ah sebagai panduan tata laku yang bersifat praktis sering kali dijadikan alat legitimasi eksklusifitas dan radikalisme sebagaimana dilakukan kelompok puritan. Hal ini bersifat kontraproduktif bagi penyemaian dan penyuburan syari'ah (fiqih) sebagai alat transformasi sosial sebagaimana didengungkan oleh proyek reformasi syari'ah (fiqih) (*Islamic legal reform*). Syari'ah (fiqih) sebagai *transformative wol* mengisyaratkan adanya karakter egaliter, humanis dan kosmopolit

¹ Mohammad Soleh, M.Pd.I., Dosen Fakultas Tarbiyah Sekolah Tinggi Agama Islam (STAI) Al Mukmin Kompleks Pesantren Al Mukmin Ngruki Sukoharjo.

pada disiplin ini. Meminjam kerangka ilmu sosial profetik Kuntowijoyo, keilmuan sosial – termasuk di dalamnya keilmuan agama dan hukum – tidak boleh berpuas diri dengan memahami dan menjelaskan realitas sosial-keagamaan kemudian memaafkannya, akan tetapi lebih jauh dari itu, mengemban tugas transformasi menuju cita-cita yang diidealkan masyarakat. Karena itu, Kuntowijoyo membagi wilayah penelitian ilmu sosial profetik menjadi tiga; persoalan humanisme (*al-'amr bi al-ma'ruf*) selain persoalan liberasi (*al-nahy 'an al-munkar*) dan transendensi.² Salah satu persoalan yang menghadang humanisme sebagai bagian dari syari'ah adalah agresivitas dan aksi-aksi yang bersifat dehumanistik dalam segala bentuknya.

Pada kerangka pemikiran di atas, penting untuk mempertautkan disiplin syari'ah (fiqih) dengan wacana humanisme. *Humanism* dalam terminologi *renaissance* sering kali dideskripsikan dalam terma etis; penekanan pada manusia dan martabatnya. Menurut Aulus Genius, humanisme dalam pengertian umum berarti *philantropia*, yakni kecenderungan pada spirit persahabatan dan rasa nyaman terhadap semua manusia tanpa pembedaan.³ Pemaduan antara aspek syari'ah (fiqih) dengan humanisme tersebut telah diprakarsai antara lain oleh sosok Abou El Fadl. Abou El Fadl adalah pemikir dan praktisi yang banyak mendekati hukum Islam dari perspektif moralitas dan *humanity*.

Karenanya, artikel ini akan mencoba menguak bagaimana konsepsi syari'ah (fiqih) humanistik Abou El Fadl berkaitan dengan nilai Hak Asasi manusia (HAM), pluralisme, demokrasi dan keadilan sosial. Setelah itu juga akan ditelusuri lebih jauh bagaimana pengaruh *setting* sosial budaya yang mengitari Abou El Fadl terhadap pemikiran dan konsepsi syari'ahnya. Di dalam wacana sosiologi pengetahuan, pemikiran dan ide

² Lihat Kuntowijoyo, *Islam sebagai Ilmu; Epistemologi, Metodologi dan Etika*, Tiara Wacana, Yogyakarta, 2006, hlm. 99.

³ Peter Levine, *Nietzsche and the Modern Crisis of the Humanities*, State University of New York Press, New York, 1995, hlm. 19.

selalu berkelindan dengan kondisi sosial budaya di mana pemikiran dan ide diproduksi.⁴ Pemikiran dan pengetahuan juga selalu mengisyaratkan kepentingan; kepentingan untuk mendobrak dominasi atau, bahkan melanggengkan dominasi.

B. Mengenal Abou El Fadl

Khaled Abou El Fadl yang disebut-sebut sebagai *an enlightened paragon of liberal Islam*⁵ adalah pemikir sekaligus aktivis terkemuka era modern dalam bidang hukum Islam, imigrasi, hak asasi manusia dan hukum keamanan nasional dan internasional. Abou El Fadl dilahirkan di Kuwait pada tahun 1963 dari kedua orang tua yang berasal dari Mesir. Ia tumbuh besar di Mesir, akan tetapi kemudian ia hijrah ke Amerika bahkan selanjutnya ia dinaturalisasikan menjadi warga negara Amerika. Abou El Fadl kecil dikenal sebagai anak yang cerdas. Usia 12 tahun ia sudah hafal al-Qur'an. Semasa kecil selain aktif mengikuti kelas al-Qur'an dan Shari` di masjid al-Azhar dia juga melahap habis semua koleksi buku orang tuanya yang berprofesi sebagai pengacara. Dia juga tekun belajar kepada para *shaykh*, di antaranya Muhammad al-Ghazali (w.1995). Dalam pengakuannya ia sempat menjadi pengikut setia faham puritan Wahabi semasa di Mesir. Bayang-bayang puritanisme tetap melekat pada dirinya hingga dia menyelesaikan *Bachelor of Art*-nya dengan yudicium *cum laude* di Yale University pada 1986.⁶

Abou El Fadl adalah profesor hukum Islam di UCLA (University of California Los Angeles) School of Law. Ia juga pernah mengajar

⁴ Fuad Baali dan Ali Wardi, *Ibn Khaldun And Islamic Thought-Styles; A Social Perspective*, G.K. Hall and Co. Boston, Massachusetts, 1981, dan Irving M. Zeitlin, *Ideology and Development of Sociological Theory*, Prentice-Hall, London, 1981, hlm. 230.

⁵ Nadirsyah Hosen, 'Pujian dan Kesaksian' dalam Khaled M. Abou El Fadl, *Atas Nama Tuhan; dari Fikih Otoriter ke Fikih Otoritatif*, Pent. R. cecep Lukman Yasin, Serambi, Jakarta, 2004.

⁶ Teresa Watanabe, 'Battling Islamic Puritans' dalam *Los Angeles Times* (2 Januari 2002).

hukum Islam di Texas University, Yale Law School dan selain itu ia adalah *American lawyer*, Dewan Pengurus *Human Right Watch*, dan ditunjuk Presiden Bush sebagai anggota komisi *International Religious Freedom*.⁷ Di sela-sela kesibukannya, Abou El Fadl menyempatkan diri memberikan *fatwa* terkait isu-isu hukum Islam dan Hak Asasi Manusia.⁸

Riwayat akademisnya dimulai dari Yale University (B.A.), University of Pennsylvania Law School (J.D.) dan Princeton University (M.A./Ph. D.). Abou El Fadl adalah mahasiswa berprestasi. Pada program doktor misalnya, ia mendapatkan nilai kumulatif, yang tinggi dan memenangkan disertasi terbaik *Rebellion and Violence in Islamic Law*. Sebelumnya ia juga pernah mendalami studi ke-Islam-an di Mesir dan Kuwait. Pengetahuannya tentang tradisi klasik dan perjumpaannya dengan tradisi intelektual Amerika yang *concern* pada kebebasan, toleransi, hak asasi manusia, dan humanitas menjadikan Abou El Fadl kritis terhadap interpretasi keagamaan yang bersifat dehumanistik. *Grand* wacananya tentang sisi moralitas Islam sebelum peristiwa 11 September dianggap hanya sebagai wacana esoteric Islam belaka. Akan tetapi setelah peristiwa tersebut, lewat artikelnya *What become tolerance in Islam?* ide-idenya mendapat banyak apresiasi.⁹

Senjata utama Abou El Fadl adalah buku. Buku-bukunya¹⁰ menunjukkan betapa luas dan dalam tradisi intelektual Islam,¹¹ dan itu cukup membentuk pribadi Abou El Fadl ketika berhadapan dengan

⁷ *Ibid.*

⁸ Fatwa-fatwa Abou El Fadl secara *on line* bisa ditihai di <http://www.scholarofthehouse.org/oninma.html>, (diakses pada 31 Februari 2007).

⁹ Teresa Watanabe, 'Battling Islamic Puritan' dalam *loc. cit.*

¹⁰ Buku-buku Abou El Fadl menghiasi dinding-dinding rumahnya dan juga mengisi ruangan kosong lantai dua rumahnya. Ia menganggarkan 60 ribu dolar tiap tahunnya untuk buku. Koleksinya lebih dari 40.000 volume, terdiri dari hukum, teologi, sosiologi, filsafat, sejarah dan sastra. Lihal, Teresa Watanabe, "*Battling* "

¹¹ Khususnya berkaitan dengan literatur Islam, Abou El Fadl mempunyai koleksi 10.000 volume tentang hukum Islam dan ia masih merencanakan untuk membeli buku/kتاب klasik lainnya. Di antara koleksinya sebagian berumur 8 abad, termasuk karya-karya dari mazhab hukum Islam Sunni dan Shi'i. Lihad *Ibid.*

persoalan toleransi dan pluralisme. Ia pernah mengatakan bahwa ia tidak jatuh cinta dengan pengetahuan dan pemikiran analitis bahkan setelah tiba di Barat, akan tetapi spiritnya terhadap pengetahuan, buku dan penelitian berasal dari jantung Islam sendiri.¹²

Abou El Fadl juga merupakan penulis yang produktif. Tulisan-tulisannya berkisar tentang tema universal moralitas dan kemanusiaan. Karya-karyanya dalam bentuk buku antara lain *Speaking in Go'd Name: Islamic Law, Authority and Women* (Oneworld Press, Oxford, 2001); *Rebellion and Violence in Islamic Law* (Cambridge University Press, 2001); *And God Knows the Soldiers: The Authoritative and Authoritarianistic in Islamic Discourses* (UPA/ Rowman and Littlefield, 2001); *Islam and the Challenge of Democracy* (Princeton University Press, 2004); *The Place of Tolerance in Islam* (Beacon Press, 2002); *Conference of the Books: The Search for Beauty in Islam* (University Press of Amerika/ Rowman and Littlefield, 2001).¹³

Di dalam tulisan-tulisannya, ia piawai menguraikan nilai-nilai Islam klasik dalam konteks modern. Tulisan-tulisan dan gagasan-gagasan Abou El Fadl yang kritis dan membongkar otoritarianisme tafsir keagamaan membuat kebanyakan *Ayatullah, Shaykh* dan para pengikutnya “gerah” dan menganggapnya sebagai koruptor dari Amerika yang paling berbahaya terhadap Islam. Tidak heran bila buku-bukunya dilarang masuk Saudi Arabia, sebagaimana Mesir, negara asalnya, juga menolak aplikasi visanya.

¹² Lihal *The Daily Texan on Line*.

¹³ Selain dalam bentuk buku, karya-karyanya lebih banyak bertebaran dalam jurnal-jurnal Internasional. Lihat selengkapnya dalam <http://www.scholarofthehouse.org>. Sebagian besar karyanya sudah diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia, antara lain: *Atas Nama Tuhan; Dari Fikih Otoriter ke Fikih Otoritatif* (Penerbit Serambi), *Melawan Tentara Tuhan* (Penerbit Serambi), *Musyawahar Buku* (Penerbit Serambi), *Cita dan Fakta Toleransi Islam; Puritanisme versus Pluralisme* (Penerbit Arsy-Mizan), *Islam dan Tantangan Demokrasi* (Penerbit Ufuk). Selain itu, pikiran-pikiran Abou El Fadl - sebagian besar sama dengan tema-tema buku-bukunya - juga bertebaran di puluhan jurnal akademis internasional.

C. Konsep Humanisme Syari'ah

Humanism secara etimologis mempunyai dua kisaran makna yaitu *pertama*, sistem pemikiran yang bercorak rasional dan lebih berorientasi pada *human being* daripada yang bersifat *divine* atau *supernatural*. *Kedua*, *humanism* juga mengacu pada gerakan budaya *renaissance* yang mempunyai interest pada tradisi pemikiran Yunani dan Romawi dan berseberangan dengan paham Skolastik abad pertengahan.¹⁴ “Humanisme” adalah salah satu konsep dalam sejarah intelektual yang sering digunakan dalam berbagai bidang, khususnya filsafat, pendidikan dan literatur. Berdasar makna etimologis yang longgar di atas dan penerapannya dalam berbagai bidang, ‘humanisme’ mempunyai varian makna sesuai bidang masing-masing, dan konteks historis yang melatarbelakanginya. Pada masa pencerahan (mulai pertengahan pertama abad ke-15) misalnya, humanisme lebih banyak dipahami sebagai proyek membangun kehidupan manusia dan masyarakat berdasar tatanan dan aturan akal budi. Walaupun begitu, variasi makna humanisme disatukan oleh benang merah persamaan, yaitu konsep pada nilai-nilai kemanusiaan dan harkat martabat manusia.¹⁵

Humanisme biasanya dipertentangkan dengan skolastisisme. Paham yang terakhir ini lebih mengarah pada ajaran positivism-Aristotelian abad pertengahan. Sementara humanisme adalah gerakan literer dan program budaya, bukan sebuah sistem filosofis. Walaupun program ini pada akhirnya mempunyai implikasi dan paham filosofis. Titik tekan kajian filsafat kaum humanis era *renaissance* adalah etika.¹⁶

Dari uraian di atas dapat dipahami bahwa humanisme tidaklah bertentangan dengan agama sebagaimana klaim kelompok puritan Islam.

¹⁴ Lihat Tony Smith, *Concise Oxford English Dictionary Eleventh Edition, Software* atau *digital dictionary* berdasar *text: Oxford University Press, 2004*.

¹⁵ Thomas Hidy Tjaya, *Humanisme dan skolastisisme; sebuah Debat*, Kanisius, Yogyakarta, 2004, hlm. 17.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 20-21.

Humanisme tidak bersifat religius atau antireligius, melainkan sebuah orientasi literer dan akademik yang dipelajari untuk menyokong keyakinan dan agenda religius. Dalam konteks Islam, humanisme juga dicurigai sebagai bias Barat dan ditiupkan untuk menggoyahkan keyakinan Islam, karena humanisme dianggap menafikan agama. Ini tidak berbeda dalam konteks Kristen. Giovanni Dominici, seorang Imam Dominikan, pernah mengecam studi yang dilakukan oleh orang-orang Kristen terhadap literatur kuno atau filsafat karena hal tersebut dianggap sebagai kemerosotan ruhani. Sebaliknya, Jacques Letevre dan Desiderius melihat studi humanistik sebagai bagian dari pembaharuan religius yang terfokus pada karya-karya klasik sebagai inspirasi.¹⁷ Agama tidak selalu bertentangan dengan humanisme. Ajaran keagamaan yang dimaknai secara humanis dan rasional akan melapangkan citra positif bagi peran agama yang apresiatif dengan konteks kemanusiaan. Demikian halnya hubungan antara Islam dan humanisme. Ali Shari'ati memasukkan agama (termasuk Islam) sebagai salah satu mazhab atau aliran humanisme.¹⁸

John L. Kraemer menuliskan bahwa sejarah Islam mengalami *renaissance* lebih awal, yakni abad ke-9 sampai ke-10 M. *Renaissance* dalam masyarakat Islam juga memunculkan gerakan humanisme dan skolastisisme. Pada masa ini, nilai-nilai humanisme belum diintrodusir sebagai konsep hak asasi manusia. Mirip dengan humanisme di Barat, humanisme Islam mempunyai karakter-karakter sebagai berikut.¹⁹

1. Pengadopsian filsafat klasik sebagai cita-cita pendidikan dan kebudayaan.
2. Konsepsi tentang persaudaraan dan kesatuan seluruh umat manusia

¹⁷ *Ibid.*, hlm. 70-71.

¹⁸ <http://www.sinarharapan.co.id/berita/0310/15/opi0l.html>, (diakses pada 13 Januari 2008).

¹⁹ John L. Kraemer, *Renaissance Islam*, Terj. Asep Saifullah, Mizan, Bandung, 2003, hlm. 32.

3. Keramahan dan cinta kasih sesama umat.

Kuntowijoyo menegaskan bahwa humanisme merupakan perspektif di mana seseorang dihormati sebagai persona, sebagai manusia seutuhnya. Humanisme berkeyakinan bahwa “hal paling buruk yang kita lakukan terhadap orang lain adalah kekejaman”. Kekejaman dalam bentuk apapun tak pernah dibenarkan oleh agama. Dus, inti sikap humanis adalah menolak untuk bertindak kejam atas nama apapun, termasuk atas nama agama. Seorang yang humanis adalah seorang yang solider dengan orang-orang miskin, lemah dan tertindas dan ia menentang segala bentuk ketidakadilan.²⁰ Inti sikap humanis tersebut sebenarnya bukan sesuatu yang baru dalam Islam. Banyak teks-teks keagamaan dalam Islam yang mempunyai spirit humanistik sebagaimana dinyatakan Kuntowijoyo. Semua agama tentu mempunyai klaim menyuarakan nilai humanisme. Akan tetapi kelemahannya adalah bahwa spirit moralitas dalam agama belum ditarik dalam wacana filsafat etik sehingga spirit tersebut terkesan mandeg *vis a vis* dinamika kehidupan manusia yang kompleks. Etika menurut Kuntowijoyo sangat diperlukan oleh tokoh keagamaan untuk merespon peristiwa-peristiwa hukum baru yang belum ter-cover dalam teks yang membutuhkan solusi hukum. Di sisi yang lain ia menegaskan perlunya obyektifikasi Islam, yakni penerjemahan nilai-nilai internal ke dalam kategori-kategori obyektif. Obyektifikasi tambahnya, adalah perbuatan rasional-nilai yang diwujudkan dalam bentuk perbuatan rasional sehingga orang luar pun (non-muslim) dapat menikmatinya tanpa harus setuju dengan nilai-nilai asal. Kesetiakawanan nasional misalnya, merupakan obyektifikasi dari nilai *ukhuwwah*.²¹

Humanisme pada akhirnya menawarkan kesalehan yang bersifat

²⁰ Franz Magnis-Suseno, *Etika Kebangsaan, Etika Kemanusiaan* Kanisius, Yogyakarta, 2008, hlm. 10.

²¹ Lebih lengkap uraian tentang obyektifikasi Islam silahkan lihat Kuntowijoyo, *Islam sebagai Ilmu ... op. cit., hlm.* 62.

universal, tidak bersifat formal akan tetapi kosong. Tindakan dan simbol-simbol keagamaan harus mempunyai koherensi dengan realitas batin dan ruhani. Hal ini paralel dengan Abou El Fadl ketika mengkaji tema “otoritatif” dan “authoritarianism” dengan menyatakan bahwa ketaatan dan kesalahan bukan bagian dari kriteria otoritas dalam bidang hukum Islam.²² Ia menyatakan bahwa kriteria otoritas dalam penelitian hukum Islam meng-cover unsur-unsur moralitas seperti kejujuran (*honesty*),²³ kesungguhan (*diligence*),²⁴ kemenyeluruhan (*comprehensiveness*),²⁵ rasionalitas (*reasonableness*),²⁶ dan pengendalian diri (*self-restraint*).²⁷ Inilah basis dari humanisme syari’ah.

D. Mempertautkan Syari’ah (Fiqih) dan Humanisme; Belajar dari Abou El Fadl

Nilai-nilai humanisme *par-excellence* paling tidak dapat dikodifikasikan menjadi tiga yaitu pluralisme, demokrasi dan penghormatan

²² Bukannya dua hal ini tidak penting, akan tetapi karena tingkat pengetahuan dan kesalahan tidak terkait dengan dinamika penelitian. Dua hal ini bisa untuk mengevaluasi sebuah tindakan yang berada di luar batas kewenangannya. Tegasnya dua hal tersebut tidak menjamin pemegang otoritas bisa bersifat humanis. Bahkan, menurut Abou El Fadl, kesalahan bisa saja mendorong seseorang untuk melakukan hal yang tidak patut dalam upaya mempertahankan apa yang ia yakini sebagai kehendak Tuhan. Khaled M. Abou El Fadl, *Atas Nama Tuhan; dari Fikih Otoriter ke Fikih Otoritatif*, Pent. R. Cecep Lukman Yasin, Serambi, Jakarta, 2004, 108.

²³ Kejujuran tidak berkaitan dengan penafsiran, tapi penjelasan. Prinsip ini mengasumsikan bahwa pemegang otoritas tidak membatasi, menyembunyikan, dan merekayasa pesan teks untuk maksud berbohong dan menipu. *Ibid.*, hlm. 100.

²⁴ Kesungguhan artinya pemegang otoritas telah berusaha semaksimal mungkin memahami, menyelidiki dan merenungkan pesan teks. *Ibid.*

²⁵ Artinya bahwa pemegang otoritas telah menyelidiki pesan teks secara menyeluruh dan mempertimbangkan semua pesan teks yang relevan. *Ibid.*, hlm. 101.

²⁶ Artinya pemegang otoritas sebagai pembaca teks telah melakukan penafsiran dan interpretasi secara rasional dengan menggunakan penalaran yang diakui absah secara umum. *Ibid.*

²⁷ Artinya pemegang otoritas menunjukkan tingkat kerendahan hati dan pengendalian diri yang layak dalam menjelaskan maksud dan kehendak Tuhan yang terbingkai dalam teks. Konkritnya tidak ada arogansi intelektual bahwa tafsirannya yang paling benar. *Ibid.*, hlm. 103.

pada hak asasi manusia.²⁸ Tiga nilai ini menurut penulis relevan untuk ditarik dalam konteks pemikiran syari'ah (fiqih) Abou El Fadl. Izetbegovic mengatakan bahwa humanisme pada intinya merupakan pengakuan terhadap eksistensi dan kebebasan orang lain.²⁹ Pluralisme, demokrasi dan keadilan sosial ketiganya merupakan ekspresi dari pengakuan terhadap eksistensi dan kebebasan tersebut.

(1) Pluralisme

Pluralisme adalah kesediaan untuk menjunjung pluralitas, yakni kesediaan untuk menerima kenyataan bahwa dalam masyarakat ada cara hidup, budaya, dan keyakinan yang berbeda serta kesediaan untuk hidup dan bergaul bersama (ko-eksistensi) serta bekerja sama (ko-operasi). Pluralisme sering kali hanya diwacanakan dalam sikap dan konsepsi teologis dan belum beranjak ke arah tataran praktis,³⁰ karena itu gap antara idealita dan realita tetap menganga. Dalam konteks ini, maka kajian pluralisme dari aspek syari'ah (fiqih) menemukan relevansinya.

Mengembangkan nilai pluralisme tradisi syari'ah (fiqih) bagaimanapun mengisyaratkan kesediaan untuk melakukan interpretasi ulang terhadap khazanah fiqih klasik yang dirumuskan dalam *setting* sosial budaya yang sama sekali berlainan dengan konteks kekinian. Batu sandungan penerapan nilai pluralisme yang utama adalah berkaitan dengan fiqih interaksi dengan pemeluk agama lain (non-muslim),

²⁸ Ini sebagaimana dilakukan oleh Frans Magnis-Suseno ketika berbicara tentang humanisme dalam konteks etika kebangsaan. Lihat Frans Magnis-Suseno, *Etika Kebangsaan... op. cit.*, hlm. 27.

²⁹ 'Alija 'Ali Izetbegovic, 'The Meaning of Humanism' dalam Marcel A. Boisard, *Humanism in Islam*, Islamic Book Trust, Kuala Lumpur, 2003, hlm. xvi.

³⁰ Teologi/aqidah adalah prinsip yang mendasari hukum/syari'ah. Keduanya tidak bisa dipisahkan. Mengabaikan aspek syari'ah dan hanya bergelut pada persoalan teologi adalah visi yang tidak bisa dipertanggungjawabkan. Lihat, Mustafa Muhammad Husnain, *al-Siyasah al-Jinayah fi at-Tashri' al-Islami*, Jami'ah al-Imam Muhammad b. Sa'ud al-Islarniyah, Mekah, 1984, hlm. 12.

utamanya konsep (syari'ah) fiqih tentang *jizyah* dan jihad.³¹ Dalam wacana global, bagaimana Islam seringkali dicitrakan sebagai ideology yang keras dan tidak menghargai eksistensi pemeluk agama lain dengan konsepsi syari'ah tradisionalnya yang cenderung mensubordinasikan kelompok agama lain. Menurut Ebrahim Moosa, konsepsi tradisional syari'ah (fiqih) berkaitan dengan interaksi muslim dan non-muslim memang tidak dijadikan hukum positif di kebanyakan Negara Islam kontemporer, akan tetapi pandangan bahwa non-muslim merupakan warga negara kelas dua telah menjadi praktik kebudayaan tak tertulis.³² Syari'ah (fiqih) tradisional bagaimanapun telah menjadi *mindset* para ulama tradisional dan kelompok puritan kontemporer.

Menurut Abou El Fadl, kebanyakan yuris memilah wilayah menjadi dua kategori yaitu wilayah Islam (*dar al-Islam*) dan wilayah perang (*dar al-harb/ dar al-kufr*).³³ Pembagian ini menunjuk pada teritori atau yurisdiksi kekuasaan muslim berhadapan dengan teritori dan yurisdiksi non-muslim. Pembagian yang bersifat dikotomis ini membawa pada konsekuensi psikologis; perasaan perang dan bermusuhan dengan kelompok agama lain. Tiga opsi yang diberikan para Yuris klasik - dan ini menjadi pegangan erat kelompok puritan kontemporer terhadap non muslim berkisar pada tiga hal yaitu masuk Islam, membayar pajak (*jizyah*) dengan status *ahl al-dhimmah*, atau perang.³⁴

³¹ Khalid Abou El Fadl, *The Place of Tolerance in Islam; on Reading the Qur'an and - Misreading it*. Originally Published in December 2001/Jan at <http://bostonreview.mit.edu/BR26.6/elfadl.html>

³² Ebrahim Moosa dalam bukunya, *Islam Progresif; Refleksi Dilematis tentang HAM, Modernitas dan Hak-hak Perempuan di dalam Hukum Islam*, LMS, Yogyakarta, 2004, hlm. 43.

³³ Dalam perkembangannya, khususnya setelah abad ke-10, muncul status wilayah yang disebut dengan *dar al-sulk* atau *dar al-'and*, yakni wilayah non muslim yang mengikat perjanjian damai dengan wilayah Islam. Perang terhadap wilayah ini tidak saja dipandang berdosa, akan tetapi diharuskan mengganti segala kerugian material. Lihat Abou El Fadl, *Selamatkan Islam dari Muslim Puritan*, terj. Helmi Mustofa, Serambi, Jakarta, 2006, hlm. 272.

³⁴ *Ibid.*, hlm. 269 - 270.

Tiga opsi tersebut jelas merupakan implikasi dari perasaan superior dan arogansi teologis kelompok puritan yang membawa pada sikap intoleran dan eksklusif. *Jizyah* yang menurut Paul Heck dikembangkan dari tradisi pajak masyarakat. *Sassanian* bagi muslim puritan merupakan bukti material ketundukan non muslim terhadap mereka.³⁵ Menurut mereka “jalan lurus” (*sirat al-mustaqim*) menuju Tuhan sudah fix dengan sistem shari’ah (*divine law*) sebagaimana diinterpretasikan para Yuris klasik. Sistem syari’ah tersebut dipedomani tanpa menghiraukan *impact*-nya terhadap “yang lain”, termasuk dalam hal ini aplikasi *jizyah*.³⁶

Kritik Abou El Fadl terhadap konsepsi *jizyah* tidak hanya terbatas pada penerapannya yang bersifat spesifik terhadap non muslim, akan tetapi juga karena pada dasarnya konsepsi tersebut merendahkan kemanusiaan dan hukum alam. Jelas ia secara demonstratif merupakan wujud pelembagaan inferioritas dan *humiliasi* satu kelompok terhadap kelompok yang lain. *Jizyah* secara kondusif gampang melahirkan sikap arogan dan tidak respek terhadap potensi kemanusiaan non muslim. Sikap arogan ini bila ‘dibumbui’ dengan pesan normatif teks bisa melahirkan radikalisme dan agresifitas.³⁷ Menurut Abou El Fadl, konsepsi *ahl al-dzimmah* dengan kewajiban membayar pajak adalah bersifat ahistoris bila diterapkan pada era kontemporer yang umumnya banyak wilayah menganut sistem negara bangsa. Konsep *ahl al-dzimmah* hanya relevan pada saat konsepsi ini dirumuskan yaitu era pertengahan. Pada era pertengahan ini, galibnya minoritas agama atau etnis membayar *jizyah* atas biaya administrasi, penerapan adat istiadat dan undang-undang

³⁵ Lihal “Jizya” dalam <http://en.wikipedia.org/wiki/Jizya> (diakses pada 3 Juni 2008)

³⁶ Khalid Abou El Fadl, *The Place of Tolerance in Islam; on Reading the Qur’an and – Misreading it*. Originally Published in December 2001/Jan at <http://bostonreview.mit.edu/BR26.6ielfadl.html>

³⁷ Lihal “Jizya” dalam <http://en.wikipedia.org/wiki/Jizya> (diakses pada 3 Juni 2008)

mereka.³⁸ *Jizyah* juga merupakan konsesi yang diberikan pihak minoritas yang berdiam di teritori Islam atas perlindungan yang diberikan oleh Pemerintah Islam.³⁹ Sebagai justifikasinya mereka mengutip makna literal dan temporal Al-Qur'an yang memerintahkan untuk memerangi non muslim hingga mereka membayar *jizyah* sebagai simbol ketundukan.⁴⁰ Padahal menurut Abou El Fadl konsepsi *jizyah* Al-Qur'an hanya bisa dipahami dengan melibatkan sisi historis yang mengelilingi revelasi teks dan tentunya pesan moralitas Al-Qur'an.

Hal di atas dikuatkan, menurut Abou El Fadl, sinyalemen Al-Qur'an bahwa *jizyah* bukanlah institusi yang harus dimainkan secara absolut. Al-Qur'an mengabsahkan *jizyah* sebagai respon terhadap sebagian kecil kelompok masyarakat Arab yang bersikap *hostile* terhadap masyarakat muslim awal.⁴¹ Pada kenyataannya Nabi Muhammad SAW tidak menerapkan *jizyah* terhadap setiap non muslim yang mengakui eksistensi dan kedaulatan masyarakat Islam, dan bahkan Nabi kadang kala memberikan sejumlah uang atau bingkisan kepada mereka. Nabi menyebut mereka dengan "mereka yang hatinya telah tunduk". Lebih jauh, 'Umar ketika mengikat perdamaian dengan suku Kristen Arab mengizinkan mereka membayar pajak tahunan (zakat) dan bukan *jizyah*. Walaupun mereka menolak memeluk Islam, akan tetapi mereka lebih memilih membayar zakat karena merasakan bahwa *jizyah* mendegradasikan mereka, dan kenyataannya 'Umar mengakomodasi

³⁸ Khalid Abou El Fadl, *Selamatkan Islam ... op. cit.*, hlm. 257.

³⁹ Jikalau pemerintahan Islam dianggap tidak mampu melakukan proteksi terhadap mereka, maka *jizyah* harus dikembalikan. Hal ini sebagaimana dilakukan Khalifah 'Umar yang mengembalikan *jizyah* kepada suku Kristen Arab ketika 'Umar tidak sanggup memproteksinya dari agresi Bizantium. Lihat Khalid Abou El Fadl, *The Place of Tolerance in Islam, on Reading the Qur'an and – Misreading it*. Originally Published in December 2001/Jan at <http://bostonreview.mit.edu/BP26.6/etfadi.html>

⁴⁰ Al-Qur'an surat Al-Tawbah: 29.

⁴¹ Pada masa Nabi Muhammad SAW, legalisasi *jizyah* diawali dari penghianatan Suku Yahudi Madinah terhadap kesepakatan damai sebagaimana terumuskan dalam Piagam Madinah. Hal ini mengawali perubahan *policy* Nabi terhadap kelompok Yahudi dan Kristen dengan memberikan penawaran proteksi dengan imbalan *jizyah*.

permintaan mereka.⁴²

Opsi yang ketiga terhadap non muslim – setelah menolak untuk masuk Islam atau membayar *jizyah* – adalah perang (*fight*) atau jihad dalam bahasa muslim puritan. Jihad lebih menunjuk pada doktrin yang bersifat legal (fiqih). Dalam kitab-kitab fiqih klasik biasanya ada bab khusus tentang *Book of Jihad*, atau dengan term lain *Book of Siyar (law of war)* atau *Book of Jizyah*. Subtansi dari bab-bab ini umumnya sama.⁴³ Karenanya berbicara tentang jihad adalah berbicara tentang doktrin fiqih.

Jihad menurut Abou El Fadl adalah doktrin yang paling banyak disalahpahami baik oleh umat Islam sendiri ataupun *the other* dan sering kali mencederai ide pluralisme. Jihad sebagaimana dapat dipahami dari Abou El Fadl sejatinya kaya makna. Jihad yang secara etimologis bermakna “bekerja keras”, “tekun bekerja”, “berjuang” dan “mempertahankan” pada dasarnya lebih merujuk pada etika kerja yang kuat secara spiritual dan material. Karena itu tidak bisa dipahami adanya kesalehan, pengetahuan, kebenaran, kesejahteraan dan keadilan tanpa adanya spirit jihad. Jida dalam hal ini mirip dengan etika kerja Protestan.⁴⁴ Akan tetapi menurut Abou El Fadl, jihad utamanya bagi kelompok puritan lebih dipahami sebagai ide “perang suci” (*holy war*), walaupun memang perang adalah salah satu makna dari konsep jihad.

Persoalannya, menurut Abou El Fadl, ide perang suci tidak dikenal dalam Islam. Tidak ada otoritas kelembagaan dalam Islam yang bisa memberikan justifikasi bahwa sebuah perang bernilai suci atau tidak.

⁴² Lihal Khalid Abou El Fadl, *The Place of Tolerance in Islam; on Reading the Qur'an and – Misreading it*. Originally Published in December 2001/Jan at <http://bostonreview.mit.edu./BP26.6/If.di.html>. Suku Kristen Arabia Utara lebih memilih membayar zakat/shadaqah yang bermakna *charity* walaupun jumlahnya dua kali lipat. Sebaliknya Fred Donner mengungkapkan bahwa sadaqah adalah retribusi untuk suku nomad Arab, sementara *jizyah* untuk non muslim. Karena sadaqah mengindikasikan status rendah suku nomad, suku Kristen Arab lebih memilih *jizyah*. Lihal “Jizya” dalam <http://en.wikipedia.org/wiki/Jizya> (diakses pada 3 Juni 2008).

⁴³ Michael Bonner, *Jihad in Islamic History*, Princeton University Press, Princeton, 2006, hlm. 3.

⁴⁴ Khalid Abou El Fadl, *Selamatkan Islam... op. cit.*, hlm. 265.

Dalam teologi Islam, perang tidak pernah bernilai suci secara mutlak – ia bisa dibenarkan atau tidak – dan bila dibenarkan, mereka yang terbunuh dianggap sebagai *syuhada'*. Akan tetapi, penentuan status *syuhada'* berada dalam wilayah eksklusif Tuhan. Manusia sama sekali tidak bisa mengukur kedalaman motif dan niat seseorang.⁴⁵ Ibn Khaldun sebagaimana dikutip oleh Bonner, mengklasifikasikan perang menjadi empat macam antara lain *pertama*, perang antar suku dan famili yang bertetangga; *kedua*, perang yang dipicu karena kejahatan dan kedengkian sebagaimana suku-suku padang pasir memerangi suku lain untuk motif properti; *ketiga*, perang yang dalam fiqh disebut dengan jihad; *keempat*; perang Dinasti terhadap para pembelot dan penghianat. Dari keempat model perang ini, dua yang pertama bukan perang yang absah dan legal, sementara dua yang terakhir adalah perang jihad dan keadilan (*hurub al jihad wa al-'adl*)⁴⁶

Oleh karena itu, dalam Al-Qur'an ada pembedaan antara *jihad* dan *qital*. Berbeda dengan *qital* yang lebih bermakna fisik, jihad lebih berorientasi pada spirit dan nilai etis sebagaimana ia dipararelkan dengan etika Protestan. Nuansa fisik jihad terbentuk karena *setting* sejarah para Yuris abad pertengahan, khususnya abad ke-9 dan ke-10. Sejarah pada era ini mempengaruhi cara baca dan tafsir para Yuris terhadap teks. Sebagaimana penuturan sejarah, pada abad-abad ini – dengan tidak adanya pakta perdamaian – bangsa-bangsa dan dinasti diselimuti perasaan dan situasi perang terus menerus. Untuk menghindari invasi, bangsa yang lemah secara militer biasanya melakukan kontrak damai dengan bangsa yang kuat dengan membayar upeti. Seandainya ada kontrak perdamaianpun, ia dengan mudah bisa dilanggar oleh penguasa yang ambisius.⁴⁷ Intinya, perang adalah bagian dari kehidupan era itu dan berpengaruh terhadap pemaknaan mereka pada konsep jihad.

⁴⁵ *Ibid.*, 267.

⁴⁶ Bonner, *Jihad... op. cit.*, hlm. 6.

⁴⁷ Abou El Fadl, *Selamatkan Islam ... op. cit.*, hlm. 268-269.

Menurut Abou El fadl, jihad tidak pernah bermakna jihad dalam artian yang sesungguhnya bila tidak dikaitkan dengan “sebab moral”. Sebab moral tersebut adalah “menghalangi orang lain melakukan korupsi terhadap agama kita”.⁴⁸ Agama adalah eksistensi yang bersifat asasi bagi manusia dan karenanya tidak boleh untuk dilecehkan. Karena itulah Abou El Fadl memaknai wilayah Islam (*dar al-Islam*) sebagai wilayah manapun di mana keadilan ditegakkan (*dar al-'adl*) atau wilayah manapun umat Islam bisa dengan merdeka menjalankan agama mereka. Karena itu menurutnya, sejumlah Yuris Klasik telah membagi wilayah Islam yang sifatnya formal dengan wilayah Islam yang sebenarnya. Wilayah formal Islam menunjuk pada wilayah Islam yang dikendalikan oleh pemimpin yang tidak adil, sedang wilayah Islam sebenarnya menunjuk pada wilayah yang terbebas dari kontrol penguasa zalim dan masyarakat bisa melakukan praktik keagamaan dengan bebas.⁴⁹

(2) Demokrasi

Demokrasi selama ini diyakini sebagai sistem politik dan pemerintahan yang elegan dibandingkan dengan sistem yang lain. Ideologi-ideologi politik yang bersifat totaliter --baik itu yang sekuler maupun yang religius-- terbukti telah mendiskreditkan sisi-sisi kemanusiaan manusia. Ada dua unsur khas yang dikandung ideologi totaliter yaitu *pertama*, ketaatan tanpa *reserve*; dan *kedua*, mesin psikologi ideologi, yakni yang mendorong pengikut ideologi tersebut adalah kebencian sebagaimana tercermin dalam ideologi Komunisme dan Nazisme dan ideologi agamis yang mewujud dalam fundamentalisme. Ideologi yang terakhir ini telah menyerobot hak dan kebebasan orang lain karena kebenaran menurut mereka harus ditaati secara mutlak dan merekalah pemilik kebenaran

⁴⁸ Lihal ht4)://www.mother ones.com/mojoblog/archives/2007/11/6173_tancre-do_go_boo.html

⁴⁹ Abou El Facit, *Selamatkan Islam ... op. cit.*, hlm. 274.

karena klaim bahwa mereka berbicara atas nama Tuhan.⁵⁰

Sementara itu kekuatan moral demokrasi terletak pada ide bahwa penduduk suatu bangsa atau masyarakatlah pemilik kedaulatan yang dalam konteks negara modern, mereka mengekspresikan kedaulatan tersebut dengan memilih wakil-wakil yang duduk di dewan atau pemerintahan. Dalam sistem demokrasi, masyarakat adalah sumber hukum. Hukum yang dimaksud adalah yang menyokong hak-hak yang bersifat fundamental yang menjamin eksistensi dan kepentingan individu sebagai bagian dari masyarakat pemilik kedaulatan. Isu kedaulatan inilah, menurut Abou El Fadl, yang bersifat sentral dalam wacana demokrasi. Yuris klasik sebagaimana kelompok puritan berkeyakinan bahwa prinsip kedaulatan dalam sistem demokrasi adalah tidak *legitimate*, karena Tuhan-lah satu-satunya pemilik kedaulatan dan sumber hukum. Demokrasi dalam hal ini dianggap telah menduakan Tuhan.⁵¹ Menghadapi *tension* kedaulatan dalam sistem demokrasi dan Islam ini, Abou El Fadl menampilkan beberapa pendapat yang bersifat rekonsiliatif. *Pertama*, benar bahwa kedaulatan adalah milik Tuhan, akan tetapi kedaulatan tersebut telah didelegasikan kepada manusia secara total. *Kedua*, kedaulatan adalah di tangan manusia sepanjang berkaitan dengan masalah-masalah kemanusiaan. *Ketiga*, manusia adalah pemegang kedaulatan, karena urusan-urusan manusia diserahkan pada manusia dan urusan-urusan Tuhan diserahkan pada Tuhan. Pendapat yang terakhir ini menurut Abou El Fadl, lebih dekat dengan pandangan sekuler.⁵²

Demokrasi adalah tantangan dan obyek perdebatan, tidak saja antara dunia Islam dan Barat, akan tetapi internal dunia Islam sendiri. Menurut Esposito, paling tidak ada tiga kelompok yang saling berhadapan terkait dengan wacana demokrasi ini, yakni kelompok sekular, rejeksionis

⁵⁰ Frans Magnis-Suseno, *Etika Kebangsaan ... op. cit.*, hlm. 24.

⁵¹ Abou El Fadl, *Islam and the Challenge of Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2004, hlm. 4.

⁵² Khalid Abou El Fadl, *Selamatkan Islam ... op. cit.*, hlm. 234.

dan kelompok pembaharu. Kelompok sekular menuntut pemisahan agama dan persoalan negara, kelompok rejeksionis (baik moderat atau puritan) menyatakan bahwa bentuk pemerintahan Islam tidak sesuai dengan sistem demokrasi, sementara kelompok pembaharu mencoba merekonsiliasikan Islam dan demokrasi dengan melakukan reinterpretasi terhadap konsep-konsep kunci dalam tradisi Islam, seperti *syura* (lembaga konsultasi antara rakyat dan pemerintah), *Ijma'* (konsensus masyarakat), *ijtihad* (reinterpretasi) dan *maslahah* (kesejahteraan publik).⁵³

Konsep *syura* misalnya, adalah konsep yang terbuka untuk dipikirkan dan dikembangkan ke arah konsep demokrasi dalam pengertian sekarang ini sesuai dengan kebutuhan masyarakat muslim kontemporer.⁵⁴ Perintah shura dalam al-Qur'an menurut Abou El Fadl merupakan bentuk penekanan tentang tidak dibenarkannya penindasan dan kesewenangan oleh elit despotik. Keputusan yang mengacu pada konsep ini merupakan hasil interaksi demokratis di antara banyak orang.⁵⁵ Dalam sejarah yurisprudensi Islam konsep *shura* (konsultasi) ini dilembagakan dalam bentuk *ahl al-halli wa al-'Aqdi*. Embrio lembaga ini bermula dari kreasi 'Umar bin Khaltab ketika memilih beberapa tokoh yang berasal dari varian kelompok untuk duduk dalam suatu lembaga khusus. Lembaga ini berfungsi sebagai pemerintahan sementara pada masa transisi pasca 'Umar dan selanjutnya memilih Khalifah ke-3. Pada perkembangan selanjutnya, lembaga ini berfungsi sebagai lembaga konsultatif bagi khalifah.⁵⁶ Sedangkan konsep *ijma'* lebih diorientasikan pada upaya menopang ide demokrasi. Selama ini Yuris klasik banyak menggunakan konsep ini dalam konteks yurisprudensi yang eksistensinyapun secara detail masih diperselisihkan. Menurut kaum moderat sebagaimana diamini Abou El

⁵³ Lihal John L. Esposito, *A Respon to The Place of Tolerance in Islam* (Originally published in the February/March issue of *Boston Reuiew*).

⁵⁴ Al-Jabiri, *Syuro; Tradisi, Partikularitas dan Universalitas*, LkiS, Yogyakarta, 2003, hlm. xii.

⁵⁵ Khalid Abou El Fadl, *Selamatkan Islam ... op. cit.*, hlm. 230.

⁵⁶ *Ibid.*, hlm. 231.

Fadl, *ijma'* seharusnya tidak dimaknai sebagai konsensus (kebulatan suara), akan tetapi diartikan adanya kelompok mayoritas dalam pengertian yang sederhana.⁵⁷ Sedang konsep *ijtihad* dan *maslahah* (kesejahteraan publik) lebih bersifat umum. Konsep dan aplikasi ijtihad serta kemaslahatan ini menjadi basis cita-cita demokrasi dalam Islam.

Menurutnya Abou El Fadl, persoalan demokrasi dan Islam pada dasarnya adalah persoalan nilai dan moralitas. Jika fokusnya adalah nilai dan moralitas, tegas Abou El Fadl, tradisi pemikiran politik Islam kaya akan potensi praktis dan interpretatif bagi pengembangan sistem demokrasi. Akan tetapi, tanpa adanya komitmen moral potensi tersebut tidak akan tersentuh atau tidak akan pernah ada sistem demokrasi dalam Islam. Demokrasi hendaknya dipandang sebagai seperangkat etika kebaikan dan untuk menggapai etika yang baik tersebut tidak harus menafikan Islam.⁵⁸

Al-Qur'an tidak pernah menentukan secara spesifik bentuk pemerintahan, walaupun para Yuris masih saja berdebat tentang bentuk sistem politik Islam. Tetapi Al-Qur'an memberikan seperangkat nilai dalam bidang politik dan kemasyarakatan yang bersifat sentral bagi umat Islam. Nilai-nilai tersebut adalah: menggapai keadilan dengan kerjasama sosial dan tolong menolong (Al-Hujurat: 13; Hud: 119). Menegakkan pemerintahan yang non-autokratik dan pelebagaan rasa kasih sayang, simpati dan empati dalam interaksi sosial (Al-An'am: 12 dan 54; Al-Anbiya': 107; Al-Naml: 77; Al-Qasas: 51; Al-Jaathiyah: 20).⁵⁹

Pada intinya, menurut Abou El Fadl, Islam dan demokrasi bisa berkoeksistensi. Akan tetapi hal tersebut tergantung bagaimana umat Islam menginterpretasikan teks keagamaan. Partai Demokrat Kristen di Jerman misalnya, dengan interpretasi teks yang bersifat progresif dengan basis moralitas, menyatakan bahwa konsep demokrasi paralel

⁵⁷ *Ibid.*, hlm. 233.

⁵⁸ Abou El Fadl, *Islam and the Challenge... op. cit.*, hlm. 5.

⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 5.

dengan nitai Kristiani. Akan tetapi bila umat mengatakan kedaulatan ada di tangan Tuhan dan kami memerintah atas nama Tuhan, maka demokrasi hanya akan menjadi utopia. Bila seseorang berpretensi menjadi Tuhan, maka demokrasi akan terkebirikan. Demokrasi dalam Islam mengandaikan bahwa tak seorang pun yang bisa merepresentasikan diri sebagai Tuhan.⁶⁰

Pertanyaannya kemudian adalah, apa peran yang dimainkan oleh syari'ah dalam sistem demokrasi. Syari'ah dalam konteks negara demokratis menurut Abou El Fadl sebatas menjadi panduan moral dan etika. Abou El Fadl berkeyakinan bahwa bimbingan Tuhan kepada manusia tidak diwujudkan dalam bentuk simbol-simbol dan institusi yang tidak tersentuh oleh akuntabilitas dan perubahan. Sapaan Tuhan kepada manusia, tambah Abou El Fadl, lebih ditujukan pada hati manusia, bukan institusi mereka yang justru institusi tersebut terkadang bisa melukai Tuhan.⁶¹

(3) Keadilan Sosial

Keadilan merupakan salah satu ekspresi dan tujuan hak-hak asasi manusia. Oleh karena itu berbicara tentang keadilan sosial berarti berbicara tentang pemenuhan hak-hak fundamental manusia secara individual tanpa pembedaan. Menurut Abou El Fadl, wacana dan penerapan hak asasi manusia dalam masyarakat muslim mempunyai tantangan yang serupa dengan demokrasi. Sistem demokrasi menurutnya mengandaikan perlindungan dan penguatan hak asasi manusia.

Di dalam wacana al-Qur'an, adil merupakan sifat wajib Tuhan dan kewajiban manusia dalam berinteraksi dengan sesamanya. Keragaman penciptaan manusia dari sisi jenis kelamin, ras, agama dan kebangsaan dimaksudkan agar manusia membutuhkan kerja sama sosial dalam rangka

⁶⁰ Lihat, http://www.moethedones.comVmojoblog/archives/2007/11/6173tancredo_go_boo.html

⁶¹ Abou El Fadl, *Selamatkan Islam ... op. cit.*, hlm. 234-236.

menegakkan dan memperoleh keadilan. Kemajemukan dalam penciptaan bukan untuk saling mendominasi dan menyatakan diri sebagai superior atas yang lain.⁶²

Persoalan mendasar dalam wacana keadilan dan fiqh adalah apakah hukum yang mendefinisikan keadilan atau sebaliknya keadilan yang mendefinisikan hukum. Jika yang pertama, maka apapun yang dianggap sebagai hukum Tuhan adalah bernilai dan bersubstansikan keadilan. Dan jika yang kedua, maka apapun tuntutan keadilan, itulah hukum Tuhan. Pada kenyataannya, masyarakat muslim mempunyai cita-cita menerapkan hukum Tuhan.⁶³

Menurut Abou El Fadl, mengimplementasikan aturan hukum yang bersifat legal, walaupun aturan tersebut merupakan produk dari interpretasi terhadap teks yang bersifat *divine*, tidaklah cukup, untuk memperoleh persepsi yang *genuine* terhadap *the other*, terhadap kasih sayang atau terhadap keadilan. Karenanya diperlukan perubahan paradigma, bahwa prinsip-prinsip kasih sayang dan keadilan seharusnya menjadi substansi primer aturan hukum yang diderivasi dari teks. Menurut paradigma ini, Tuhan adalah pemilik kedaulatan yang merupakan sumber dan pusat otoritas, akan tetapi kemudian dalam konteks kemanusiaan, Tuhan mendelegasikannya kepada manusia untuk menggali cita keadilan Tuhan untuk diterapkan dalam realitas kebumian.⁶⁴

Menurut wacana para Yuris, tidak mungkin untuk memperoleh keadilan kecuali setiap pemilik hak (haqq) diberi jaminan atas haknya tersebut. Pada prinsipnya Tuhan mempunyai hak tertentu, manusia juga mempunyai hak dan keduanya sharing dalam beberapa hak tertentu. Karena itu penting dalam hal ini mengakui akan adanya hak (eksistensi hak), memahami siapa pemilik hak tersebut dan akhirnya memberi

⁶² Abou El Fadl, 'The Human Rights Commitment in Modern Islam' dalam Runzo et.al., *Human Rights and Responsibilities in the World Religions ... op. cit.*, hlm. 328.

⁶³ *Ibid.*, hlm. 329.

⁶⁴ *Ibid.*, hlm. 331.

kebebasan kepada pemilik hak untuk menikmati dan mendayagunakan haknya tersebut.⁶⁵

Di antara isu sensitif terkait dengan permasalahan keadilan sosial dalam tradisi Islam adalah tentang hak-hak minoritas dan perempuan. Berkaitan dengan yang pertama, Abou El Fadl menegaskan bahwa tidak boleh ada tirani mayoritas terhadap minoritas, baik minoritas agama, etnis dan yang lainnya. Ketika berbicara tentang demokrasi dan hak asasi manusia, ia mengatakan bahwa harus ada sistem konstitusi sebagai parameter tidak adanya tirani. Suara mayoritas dihormati sejauh tidak melanggar sistem konstitusi. Sistem konstitusi yang menjamin hak minoritas ini hendaknya dikembalikan pada prinsip-prinsip etis dan moral Islam.⁶⁶

Abou El Fadl juga mempunyai *concern* terhadap ketimpangan relasi laki-laki dan perempuan, khususnya dalam budaya masyarakat puritan. Ia secara khusus menjadikan persoalan penafsiran bias gender dalam fatwa-fatwa keagamaan yang dikeluarkan oleh CRLO (*Council for Scientific Research and Legal Opinion*), lembaga resmi Arab Saudi yang diberi mandat mengeluarkan fatwa sebagai obyek studinya. Fatwa-fatwa terkait dengan persoalan wanita⁶⁷ dinilai mendegradasikan harkat wanita dan diklaim sebagai kehendak teks. Karena itulah dalam studinya tersebut Abou El Fadl merasa berkepentingan untuk mengkaji dan mensosialisasikan signifikansi hermeneutika dalam studi keislaman. Syari'ah (fiqih) pada dasarnya adalah upaya menemukan dan menetapkan makna teks dan hermeneutika bermaksud melakukan humanistik terhadap penetapan makna teks dengan membuat konstruksi yang berimbang antara pengarang, teks dan pembaca serta lebih mempertimbangkan moralitas.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Abou El Fadl, *Selamatkan Islam ... op. cit.*, hlm. 233.

⁶⁷ Fatwa-fatwa tersebut antara lain berisi; larangan perempuan mengemudikan mobil, pembatasan wanita bekerja, ketaatan tanpa *reserve* kepada suami dan anjuran kepada istri untuk bersabar menghadapi perlakuan buruk suami serta fatwa-fatwa lain yang merendahkan. Lihat Abou El Fadl, *Atas Nama Tuhan ... op. cit.*, hlm. 385.

Sebagaimana pembedaan antara shari'ah yang bersifat ideal abadi dan fiqh sebagai upaya menggapai yang ideal tersebut, relasi laki-laki dan wanita dalam cita-cita shari'ah adalah bercorak moralitas, yakni keadilan. Keadilan menuntut kesederajatan dalam hal nilai, kelayakan dan kesempatan.⁶⁸

E. Menimbang Konsepsi Syari'ah Humanistik Abou El Fadl

Ibn Khaldun, lewat teori sosiologinya menyatakan bahwa *al-Rajul ibn bi'atih* yang artinya "Seseorang adalah anak zaman dari lingkungannya". Itu maknanya bahwa karakteristik pemikiran manusia tak terlepas dari kondisi sosial budaya yang melingkupinya, ia menjadi *background* bagi lahirnya *frame* pemikiran seseorang. Pikiran manusia selalu dipengaruhi oleh sikap dan emosi personal, pada level pertama, afiliasi kelas dan internalisasi budaya sekitar pada level kedua dan ketiga.⁶⁹

Sebagaimana terpotret dalam biografinya, Abou El Fadl besar dan mengenyam pendidikan tingginya, meniti karir dan berdomisili di Amerika Serikat, sebuah negara yang konsen terhadap kebebasan, demokrasi dan hak asasi manusia. Basis sosial dan budaya tersebut berpengaruh terhadap *mental production* Abou El Fadl, dalam hal ini pemikiran fiqihnya yang bersifat humanistik. Pengalaman budaya, perjalanan intelektual dan riwayat kehidupan personalnya mempunyai relasi yang bersifat kausal dengan pemikirannya. Karena itu sebagian pihak memberikan klaim bahwa pemikirannya "bias" budaya dan nilai Barat. Persoalan yang substansial sebenarnya tidak terletak pada apakah pemikirannya bias Barat atau tidak, karena dalam konteks sosiologi pengetahuan, semua ide, pemikiran, keyakinan, dan dogma tidak terlepas dari bias. Barry Barnes

⁶⁸ Abou El Fadl, *Selamatkan Islam ... op. cit.*, hlm. 313.

⁶⁹ Dikutip oleh M. Ridwan Hambali 'Hasan Hanafi ; Dari Islam "kiri", Revitalisasi *Turath* hingga Oksidentalisme' dalam *Islam Garda Depan; Mosaik Pemikiran Timur Tengah*, Mizan, Bandung, 2001, hlm. 218. Lihat juga Fuad Baali dan Ali Wardi, *Ibn Khaldun and Islamic Thought-Style; a Social Perspective*, G.K. Hall and Co. Boston, America, 1981, hlm. viii.

dan David Bloor menyatakan: *there are no context-free or super-cultural norms of rationality*.⁷⁰ Dalam hal ini konteks sosial dan rasionalitas tidak perlu untuk dipertentangkan.

Pertanyaan yang substansial terhadap pemikiran keagamaan dan syari'ah (fiqih) era kontemporer adalah apakah ia pro-*human* atau tidak. Ketika pemikiran dan doktrin keagamaan dalam aplikasinya dinilai tidak manusiawi dipastikan telah terjadi deviasi dari cita ideal agama. Abou El Fadl gelisah dengan deviasi tersebut yang mewujud dalam fenomena fundamentalisme dan radikalisme kelompok Puritan. Kelompok ini dipenuhi dengan perasaan utopis tentang kelompok terbaik dan klaim mewakili otoritas Tuhan justru dengan melakukan praktik kekerasan dan menindas hak asasi manusia.

Konsepsi-konsepsi syari'ah (fiqih) humanistik Abou El Fadl pada dasarnya juga usaha harmonisasi doktrin dan praktik *fiqhiyah* dengan tuntutan era global. Sebagaimana pengakuannya sendiri, pendekatan Abou El Fadl terhadap hukum lebih ditekankan pada dinamik antara hukum dan masyarakat, fokus bahwa hukum merefleksikan pencarian identitas dan definisi ke-diri-an.⁷¹ Era kontemporer yang sering kali disebut dengan *global village* menuntut adanya perubahan paradigma fiqih ke arah yang lebih progresif. Pola ber-syari'ah (fiqih) yang hanya mengidealisasikan masa lalu akan bersifat a-historis dan tidak peka terhadap problem kemanusiaan kontemporer. *Global village* adalah realitas yang tak bisa dihindari. Ketika kehidupan manusia sudah tidak lagi tersekat-sekat dalam bingkai geografis, kebangsaan, ras dan agama, maka konsekuensinya muncul fenomena *global ethic*. Etika global dianggap lebih bisa menyatukan manusia dan mengayomi persona manusia di tengah iklim kemajemukan dan pluralisme. Etika model inilah yang

⁷⁰ Lihat "Sosial Epistemology" dalam <http://plato.stanford.edu/entries/epistemology-social> (diakses pada 14 April 2008).

⁷¹ "The Law and Beyond" dalam *UDA School Of Law, The Magazine of School of Law* (Vol. 25, NO. 1, Fall 2001), 24.

penulis sebut dengan humanisme. Ia bukan agama baru, tapi ia bisa bersandar pada nilai, moralitas, dan tradisi Islam. Hal ini merupakan titik temu (*kalimatun sawa'*) agama-agama. Humanisme berusaha menarik konsep kemaslahatan dalam konteks yang lebih luas dan tidak terjebak pada internal komunitas agama Islam saja. Dalam tradisi syari'ah (fiqih) dikenal konsep *al-adami*, yakni konsep kesatuan manusia yang dirujuk pada Nabi Adam. *Al-Adami* adalah manusia baik dalam pengertian *insan*, *bashar* dan *sakhs*. Menariknya adalah bahwa para Yuris berkonsensus terhadap wajibnya penghormatan kepada *al-adami* dalam kapasitasnya sebagai manusia tanpa melihai perbedaan jenis kelamin, agama dan yang lainnya sebagaimana teks menyatakan "*wa laqad karramna bani adam*".⁷²

Sebagaimana pemikiran tidak bersifat value-free, ide-ide Abou El Fadl mempunyai fungsi-fungsi baik yang bersifat manifest atau *latent*. Sebagaimana yang dinyatakan secara lantang, apa yang dilakukan adalah *counter-jihad* terhadap praktik-praktik dehumanistik kelompok puritan. *Counter-jihad* tersebut dilakukan untuk merebut kembali dimensi Islam yang hilang dalam kekuatan dan gerakan kelompok puritan. Kelompok puritan menurutnya telah kehilangan otentisitas dan mereduksi kekayaan khazanah intelektual Islam klasik demi kepentingan-kepentingan yang bersifat ideologis. Otentisitas dan kekayaan tradisi tersebut menurutnya adalah dinamika intelektual, pengakuan terhadap *ikhtilaf* dalam fiqih, dan kedalaman spiritualitas yang bersenyawa dengan praktik-praktik ritual. Abou El Fadl mengajak *harkening back to tradition* untuk selanjutnya menuju pada nilai-nilai moderat dalam Islam.⁷³ Khazanah tradisi pada masa-masa lalu terbukti telah memarjinalkan kelompok puritan. Pada dasarnya fiqih mempunyai etos yang progresif, dinamis dan egaliter.

⁷² Lihat, 'Adami' dalam *al-Mawsu'ah al-Fiqhiyah al-Kuwaytiah*, Kuwayt: t.n.p., t.t., hlm. 8-9.

⁷³ Dialog Mother Jones dengan Abou El Fadl dalam http://www.motherjones.com/mojoblog/archives/2007/11/6173_rancredogo_boo.html

Akan tetapi etos yang sebelumnya dimediasi oleh ahli fiqih klasik mandeg karena direbut oleh kaum puritan yang lebih mengedepankan kemapanan (status *quo*), stabilitas dan kesatuan. Ini terjadi karena, menurut Abou El Fadl, semakin terpusatnya kekuasaan negara⁷⁴ dengan diadopsinya sistem hukum perdata *civil law*,⁷⁵ birokrasi negara yang hegemonik⁷⁶ dan pengalaman kolonialisme yang tidak mengenakan.⁷⁷

Jadi yang dikampanyekan Abou El Fadl adalah pola berfiqih yang moderat tanpa tercerabut dari akar tradisi fiqih masa lalu. Abou El Fadl sendiri dipercaya mempunyai otoritas dalam bidang fiqih karena penguasaannya pada tradisi dan literatur klasik. Ia belajar teks dan tradisi ke-Islam-an selama 30 tahun, dan hari-harinya dipakai untuk membaca koleksi literatur dan manuskrip Islam klasiknya yang berjumlah 20.000 judul.⁷⁸ Selain itu ia ingin mendobrak dominasi kelompok puritan dengan pola ber-fiqih yang tekstual. Mereka memang minoritas dari sisi kuantitas, tetapi suara mereka terbukti lebih menggema dan dominan dari kelompok *silent majority*.

Pemikiran fiqih Abou El fadl sebagaimana terbaca, dalam tulisan-tulisannya memang tidak memberikan alternatif baru metodologi *istinbath* hukum baru. Akan tetapi paradigmanya yang bersifat humanistik

⁷⁴ Terpusatnya kekuasaan negara antara lain bisa dilihat dari semakin sentral dan despotiknya negara dalam mengontrol kehidupan beragama, nasionalisasi wakaf dan kontrol ketat pendidikan adalah sebagian contohnya.

⁷⁵ *Civil law* adalah sistem hukum Prancis yang bersandar pada struktur hirarkis yang terpusat yang secara tegas dan teoritis menerapkan sebuah sistem hukum yang padu. Perangkat dasar sistem *civil law* adalah aturan-aturan hukum yang dikodifikasikan secara sistematis. Sistem ini memojokkan fiqh sebagai tradisi keragaman pandangan hukum.

⁷⁶ Birokrasi yang hegemonik mengontrol para ahli hukum dan menjadikan sebagian dari mereka --dengan pola rekrutmen yang tidak transparan-- sebagai pegawai-pegawai yang dibayar.

⁷⁷ Kolonialisme mengeluarkan kebijakan pengadministrasian lembaga tradisi untuk menjinakkannya. Pengalaman tersebut masih dirasakan sampai sekarang dan digantikan perannya oleh pemerintahan negara-negara muslim yang despotik. Lihat M. Abou El Fadl, *Atas Nama Tuhan ... op. cit.*, hlm. 5.

⁷⁸ Bandingkan dengan Teresa Watanabe, 'Battling Islamic Puritans' dalam *Los Angeles Times* (2 Januari 2002).

dalam mengkaji syari'ah (fiqih) patut mendapatkan apresiasi tersendiri. Komitmen terhadap moralitas dalam studi syari'ah (fiqih) bagaimanapun lebih signifikan dari pada sekedar terjebak dalam mekanisme dan teknikalisme perangkat metodologi hukum, bukankah pepatah mengatakan *the man behind the gun*?

F. Penutup

Syari'ah adalah *the epitome of Islamic sciences*. Pengaruh keilmuan ini terhadap perilaku umat tidak bisa diragukan lagi. Sebagaimana poros keilmuan syari'ah disandarkan pada teks, maka studi terhadap keilmuan ini dengan melibatkan keilmuan yang relevan adalah kebutuhan yang sangat mendasar, termasuk dalam hal ini adalah hermeneutika. Syari'ah sebagai bagian dari ilmu sosial tidak bisa didekati secara positivistik, karena itu selain dukungan keilmuan yang relevan terhadap studi syari'ah, paradigma humanis perlu dikembangkan. Ini dilakukan dalam rangka merespon tuntutan perkembangan dunia yang semakin menglobal dengan realitas kemanusiaan yang majemuk.

Humanisme sebagai sebuah gerakan literer dan program budaya sangat relevan sebagai perspektif dalam studi syari'ah sebagaimana Islam juga tidak bisa lepas dari teks dan program budaya humanisme yang bersifat etis sesuai dengan ideal-moral Islam.

Humanisme dalam pemaknaan di atas telah dengan cerdas dicangkokkan oleh Abou El Fadl dalam kajian syari'ahnya. Kajian syari'ah perspektif Abou Fadl bermuara pada ide pluralisme, demokrasi dan keadilan sosial sebagaimana ide-ide ini secara *par excellence* diusung oleh proyek humanisme. Kerja Abou El Fadl dalam hal ini menunggu *follow up* dari sarjana-sarjana lain dalam rangka menyemaikan dan merawat harmoni kehidupan. *Wallahu A'lam*

DAFTAR PUSTAKA

Buku dan Majalah

- 'Abid al-Jabiri, *Syuro; Tradisi, Partikularitas dan Universalitas*, LKiS, Yogyakarta, 2003.
- Ebrahim Moosa, *Islam Progresif; Refleksi Dilematis tentang HAM, Modernitas dan Hak-Hak Perempuan di dalam Hukum Islam*, LKiS, Yogyakarta, 2004.
- Franz Magnis-Suseno, *Etika Kebangsaan Etika Kemanusiaan*, Kanisius, Yogyakarta, 2008.
- Fuad Baah dan Ali Wardi. *Ibn Khaldun And Islamic Thought-Styles; A Social Perspective*. G.K. Hall and Co. Boston, Massachusetts, 1981.
- Irving M. Zeitlin, *Ideology and Development of Sociological Theory*, Prentice-Hall, London, 1981.
- John L. Esposito, *a respon to The Place of Tolerance in Islam* (Originally published in the February/ March 2002 issue of *Boston Review*).
- John L. Kraemer, *Renaissance Islam*. Terj. Asep Saifullah, Mizan, Bandung: 2003.
- Khalid Abou El Fadl, *Atas Nama Tuhan; dari Fikih Otoriter ke Fikih Otoritatif*. Pent, R. Cecep Lukman Yasin, Serambi, Jakarta, 2004.
- , *Cita dan Fakta Toleransi Islam*, terj. Heru Prasetya, Mizan, Bandung, 2003.
- , *Islam and the Challenge of Democracy*, Princeton University Press, Princeton, 2004.
- , *Selamatkan Islam dari Muslim Puritan*. terj. Helmi Mustofa, Serambi, Jakarta, 2006.
- Kuntowijoyo, *Islam sebagai Ilmu; Epistemologi, Metodologi dan Etika*, Tiara Wacana, Yogyakarta, 2006.

- M. Ridwan Hambali, 'Hasan Hanafi ; Dari Islam "kiri", Revitalisasi Turath_ hingga Oksidentalisme' dalam *Islam Garda Depan; Mosaik Pemikiran Timur Tengah*. Mizan, Bandung, 2001
- Marcel A. Boisard, *Humanism in Islam*, Islamic Book Trust, Kuala Lumpur, 2003.
- Michael Bonner, *Jihad in Islamic History*, Princeton University Press, Princeton, 2006.
- Mustafa Muhammad Husnayn, *al-Siyasah ol-Jindiyahjfi al-Tashni' al-Islami*, Jami'ah al-Imam Muhammad b. Saud at-Islamiyah, Mekah, 1984.
- Peter Levine, *Nietzsche and the Modern Crisis of the Humanities*, State University of New York Press, New York, 1995.
- Teresa Watanabe, Battling Islamic Puritans' dalam *Los Angeles Times* (2 Januari 2002).
- Thomas Hidyta Tjaya, *Humanisme dan Skolatisisme; Sebuah Debat*, Kanisius, Yogyakarta, 2004.
- Tony Smith, *Concise Oxford English Dictionary Eleventh Edition. Software* atau *digital dictionary* berdasar *text: Oxford University Press, 2004*
- UCLA School of Law, The Magazine of School of Law* (Vol. 25, NO. 1, Fall 2001).

Sumber Web:

- <http://en.wikipedia.org/wiki/Jizya> (akses 3 Juni 2008)
- <http://www.motherjones.com/mojoblog/archives/2007/11/6173-tancredo-go-boo.html>
- <http://bostonreview.mit.edu/BR26.6/elfadt.html>
- <http://www.scholarofthehouse.org/oninma.html>, (akses 31/12/2007).
- The Daily Texan on Line.*

<http://www.sinarharapan.co.idiberita/0310/15/opi0l.html>, (Akses 13 Jan 2008).

<http://plato.stanford.edu/entries/epistemology-social/> (akses 14 April 2008).

Al-Mostafa.com. al-Mawsu'ah al-Fiqhiyyah al-Kuwaytiyyah. Kuwayt: t.n.p., t.t.

SYARI'AT ISLAM DAN MASALAH HAK ASASI: STUDI RELASIONAL SYARI'AT ISLAM DAN HAK ASASI MANUSIA DARI PERSPEKTIF USHUL FIQH

Zuhri Humaidi¹

A. Pendahuluan

Syari'at Islam dalam perjalanannya dituntut untuk selalu mengalami gerak dan metamorfosa. Perkembangan sejarah dan ilmu pengetahuan memunculkan kosa kata dan terminologi baru. Demokrasi, *civil society*, hak asasi manusia dan sederet istilah yang tidak ditemui pada perkembangan sebelumnya. Syari'at² dalam hal ini harus selalu diperbaharui dan disesuaikan dengan tuntutan-tuntutan zaman. Adakalanya wacana-wacana baru yang telah “di-Islam-kan “ terkesan dipaksakan. Misalnya term *Civil Society* dipadankan dengan masyarakat madani, Demokrasi dengan prinsip musyawarah dan tak terkecuali term hak asasi manusia. Hak asasi manusia tidak disamakan dengan prinsip-prinsip tertentu, akan tetapi dengan klaim bahwa syari'at mengakui eksistensi manusia berikut hak asasinya dengan perbedaan mendasar dari wacana hak asasi yang berkembang di Barat.

Hak asasi manusia dideklarasikan dalam beberapa kali konvensi, namun yang paling monumental dan menjadi tonggak penting penegakan hak asasi manusia di era modern adalah kesepakatan internasional yang dikumandangkan oleh Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada tanggal

¹ Zuhri Humaidi, M.Si. Dosen Hukum Islam Sekolah Tinggi Agama Islam (STAI) Zainul Hasan Genggong Probolinggo.

² Pemakaian term syari'at di sini dalam pengertiannya sebagai hukum Islam, baik secara eksplisit tertera dalam Al-Qur'an dan Hadits maupun sebagai wujud interpretasi. Syari'at, dengan begitu, identik dengan fiqh yang merupakan penafsiran terhadap Islam (baca; pesan Tuhan). Lihat Fathurrahman Jamil, *Filsafat hukum Islam*, Logos Wacana Ilmu, Jakarta, 1999, hlm. 7-12.

10 Desember 1948 dan dikenal sebagai Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) atau (*Universal Declaration of Human Rights/ UDHR*).³ Peristiwa ini bertolak dari pergeseran masyarakat dari feodal ke modern yang membawa konsekuensi dan tuntutan akan undang-undang hak asasi. Terlebih ketika kekuasaan tidak mampu memberikan harapan akan perlindungan, justru Deklarasi tersebut mirip dengan mekanisme kontrol terhadap kewenangan penguasa.

Kebutuhan akan perlindungan hak-hak asasi individu didasarkan pada sejarah kelam kemanusiaan yang kerap diwarnai dengan penindasan, pembantaian dan segenap proses yang berada di luar batas kemanusiaan. Munculnya ide “Deklarasi Bersama” tentang hak asasi, di samping sebab-sebab yang telah diurai, secara historis barangkali amat dipengaruhi oleh semangat Revolusi Perancis pada tahun 1789 M. Runtuhnya penjara Bastille menandai berakhirnya hierarki feodal di bawah Raja Louis XVI. *Liberte* (kebebasan), *Egalite* (persamaan) dan *Fraternite* (persaudaraan) adalah semboyan Revolusi Perancis yang mempengaruhi kehidupan Eropa dengan kebebasan individu, kesamaan derajat dan pola interaksi dengan landasan persaudaraan dan kasih sayang antar sesama. Semangat itulah yang menjiwai DUHAM, paling tidak sebagai kategori normatif yang diperjuangkan oleh negara-negara penganutnya.

Persoalannya mengapa tragedi kemanusiaan tersebut selalu terjadi di pelbagai tempat, baik di timur maupun Barat, dan mewarnai sejarah manusia pada setiap zaman. Pertanyaan itu bisa dijelaskan dengan sederet jawaban. Akan tetapi secara ringkas jawabannya terletak pada konstruksi masyarakat sendiri. Masyarakat paling tidak terpilah menjadi dua, yaitu lapisan atas dan lapisan bawah. Lapisan atas dengan segenap kuasa dan otoritas sepertinya memiliki hak untuk menekan dan sewenang-wenang terhadap lapisan bawah. Sebaliknya lapisan bawah tidak punya kuasa

³ Allabukhsh K. Brohi, ‘Hak dan kewajiban manusia dalam Islam (Suatu Pendekatan Filsafat)’ dalam *Hak Asasi Manusia dalam Islam*, Harun Nasution dan Bahtiar Effendy (editor), Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1987, hlm. 54.

melawan represi dan penindasan, dan bahkan cenderung untuk ”nerimo” terhadap posisi kemanusiaannya yang kurang sempurna. Hal itulah yang mendorong lahirnya “pernyataan bersama” yang memposisikan individu secara layak dan melindungi hak-haknya sebagai manusia. Maka anggapan sementara kalangan bahwa wacana hak asasi manusia di Barat tidaklah universal, dengan asumsi bahwa Timur (termasuk Islam) punya perspektif tersendiri akan hak asasi, sama sekali tidak beralasan. Betul bahwa kelahirannya sangatlah kontekstual⁴ dan masing-masing “komunitas” mempunyai perbedaan tradisi dan sejarah, akan tetapi substansi yang diemban tetaplah sama yaitu agenda kemanusiaan⁵.

Agenda setiap komunitas saat ini adalah merumuskan bentuk hukum dengan acuan hak asasi manusia universal. Syari’at, dalam hal ini, harus direkonstruksi dan tugas pemikir muslim adalah mencetuskan formulasi hukum yang berangkat dari akar tradisi dimana syari’at diterapkan. Paling tidak, agenda itu harus menjadikan dua hal sebagai acuan, yaitu: *pertama*, prinsip-prinsip dasar Islam dan *kedua*, pernyataan universal hak asasi manusia. Untuk tujuan tersebut, secara sederhana tulisan ini dipilah menjadi dua, bagian pertama menyangkut pengertian masing-masing dari syari’at dan hak asasi manusia, sedangkan bagian kedua mengenai jalinan relasi antar keduanya.

B. Syari’at dan Pencarian Wajah Baru

Sebagaimana telah diurai sebelumnya, syari’at adalah rumusan hukum Islam berdasarkan interpretasi atas Al-Qur’an dan Hadits sebagai sumber dasar. Syari’at merupakan bagian terpenting, di samping kalam dan tasawuf, yang menentukan eksistensi Islam. Begitu kuatnya posisi syari’at dalam masyarakat muslim sehingga komunitas yang dibentuknya

⁴ Lebih lanjut baca Francois Furet dan Denis Richet, *Revolusi Perancis*, terj. Lembaga Indonesia Perancis, Gajah Mada Press, Yogyakarta, 1989.

⁵ Frans Magnis Suseno, ‘Hak-Hak Asasi Manusia Kontekstual atau Universal’ dalam *Prisma* No. 4, 1994.

adalah komunitas yang menjunjung tinggi peradaban hukum (*hadlrat -fiqh*), berbeda halnya dengan masyarakat Yunani yang begitu memuja filsafat (*hadlarah falsafah*) dan Barat yang menjunjung tinggi ilmu pengetahuan dan teknologi (*hadlarah 'ilmin wa teqniyah*)⁶.

Pemeluknya meyakini bahwa syari'at adalah sesuatu yang komprehensif dan dinamis dalam menjawab tantangan-tantangan zaman. Akan tetapi secara riil syari'at kerap kali menjadi kendala modernitas, misalkan dalam kasus hak asasi manusia. Perspektif historis, syari'at bukanlah wahyu langsung dari Tuhan, akan tetapi merupakan produk penafsiran dan penjabaran logis dari teks Alqur'an dan Hadist.

Masa Nabi merupakan masa kelahiran syari'at awal dan secara nyata mulai diterapkan pada fase Madinah. Pada fase sebelumnya, yakni fase Makkah, wahyu masih berbicara pada tataran abstrak dan belum merambah dunia politis serta aturan-aturan hukum. Masa setelahnya sampai periode Dinasti Abbasiyah (kira-kira abad ke IX M) adalah tahap pembentukan dan pembakuan syari'at. Tahap ini merupakan determinan pembentukannya yang mencakup wilayah teritorial dan demografis⁷. Ekspansi umat Islam ke berbagai daerah membawa konsekuensi persilangan tradisi antara budaya Arab dan non Arab. Akibatnya rumusan hukum mau tidak mau mengadopsi tradisi-tradisi yang berkembang. Fase ini, teknik-teknik perumusan syari'at juga dibakukan dalam kerangka yang membedakannya dengan tradisi-tradisi pemikiran lain. Imam Syafi'i, Salah seorang ahli hukum terkemuka, membentuk *Ushul Fiqh* sebagai kerangka metodologis syari'at.⁸

⁶ Muhammad Abed al-Jabiri, *Takwin al-'Aql al-'Arabi*, Markaz Dirasat al-Wahdah al-'Arabiyah, Beirut, 1989, hlm. 97.

⁷ Lihat Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Dekonstruksi Syari'at*, terj Ahmad Suaedy dan Amiruddin ar-Rany, LKiS, Yogyakarta, 2001, hlm 25–38.

⁸ Mengenai Ushul Fiqh dan peranannya dalam pemikiran Islam baca Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories; An Introdoction to Sunni Ushul Fiqh*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, dan Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih*, Dar al-fikr al-Arabi, Beirut, 1958, hlm. 11-20.

Dalam perjalanannya syari'at mengalami pasang surut. Kira-kira pada abad ke-3 Hijriyah, yakni pasca munculnya pemikir dan pendiri mazhab-mazhab besar, syari'at mulai menjadi sesuatu yang tertutup dan enggan menerima kreatifitas baru. Aktifitas berfikir diyakini hanya mampu dilakukan oleh orang-orang terpilih dengan kapasitas khusus. Tidak ada lagi pemikir genial yang mampu melakukan lompatan perstisius dalam pemikiran hukum Islam.

Konsekuensinya, syari'at yang notabene merupakan produk pemikiran dan tentu saja baur di dalamnya intrik-intrik kekuasaan, kemudian didaulat menjadi 'hukum Tuhan'. Di samping itu ia lahir dalam konteks masyarakat dimana kekerasan dan peperangan antar suku menjadi bagian hidup sehari-hari, dan kekuasaan sentralistik yang memungkinkan bagi setiap penguasa untuk bertindak sewenang-wenang. Maka tidak heran jika rumusan-rumusan hukumnya terasa janggal dan kehilangan semangat kemanusiaan untuk dipraktikkan saat ini. Hukum seperti inilah yang selama berabad-abad mempengaruhi nalar dan kesadaran umat muslim.

Kebekuan ini pecah ketika pada abad ke-14 M muncul Ibn Taimiyyah dengan semangat *Tajdid* (pembaharuan) dan mendengungkan terbukanya kembali pintu ijtihad. Ibn Taimiyyah mengajak ummat Islam untuk menghargai setiap kreatifitas berfikir sambil tetap apresiatif terhadap pemikiran-pemikiran masa lalu..Seruan ini baru bersambut beberapa abad kemudian setelah munculnya Jamaluddin al-Afghani (1839 M-1897 M), Mohammad Abduh (1849 M-1905 M), dan diabad ini dengan sederet pemikir seperti Fazlur Rahman (1919 M-1988 M), Mohammad Arkoun (lahir 1928 M), Mohammad Syahrur (lahir 1938 M), 'Abid al-Jabiri (lahir 1936 M), An-Na'im dan sejumlah nama besar lainnya. Para pemikir itu disatukan oleh keinginan menjadikan Islam, khususnya syari'at, sebagai *korpus* terbuka yang menerima segala ide dan gagasan baru. Apalagi gelombang modernisasi dan globalisasi

memaksanya untuk tanggap dengan perubahan zaman. Kini syari'at, dalam batas-batas tertentu, telah menjadi lahan persemaian bagi pelbagai diskursus pemikiran. Bahkan Ulil Abshar Abdalla, intelektual muda NU, memberikan metafor bahwa diskursus pemikiran syari'at saat ini ibaratkan pasar raya. Di dalamnya terdapat sejumlah kios yang menawarkan produk penafsiran dari berbagai orang yang layak dikonsumsi masyarakat muslim, dan terkadang juga membingungkan.⁹ Gambaran ini menerangkan bagaimana hidupnya pemikiran ke-Islam-an dan beragamnya versi tentang syari'at. Dulu ketika Rasul masih hidup, syari'at hanyalah satu. Ketika Rasul wafat sumber pengaduan beralih kepada teks yang ditinggalkan. Masalahnya setiap teks cenderung membuka terhadap berbagai penafsiran. Dari sinilah embrio munculnya "pasar raya Islam".

Akan tetapi tidak berarti masalahnya berakhir begitu saja. Hidupnya dirkursus mengenai syari'at adalah satu soal, sedangkan rumusan hukum yang dipraktikkan dan menjadi bagian integral dari kehidupan masyarakat sehari-hari adalah soal yang lain. Konstruksi nalar dan kesadaran mayoritas muslim terlanjur dibentuk kukuh oleh aturan-aturan fiqh klasik. Sebab itu tidak heran jika kemudian lahir stereotip mengenai syari'at yang kaku dan barbarian. Terlebih dalam beberapa tahun terakhir telah muncul serangkaian tragedi yang menguatkan citra tersebut. Peristiwa 11 September 2001, bom bunuh diri yang kerap kali terjadi di daerah-daerah konflik seperti Palestina, peledakan beberapa kafe di Kuta-Bali, perusakan tempat-tempat hiburan di Jakarta oleh sejumlah muslim militan dan peristiwa lainnya menjadi indikasi kuat ke arah itu. Islam (baca; syari'at) lebih sering tampil dengan wajah seram dan menakutkan.

Fenomena tersebut memang tidak bisa dilepaskan dari konflik global. Kampanye Barat (terutama Amerika) dalam memberangus

⁹ Ulil Abshar Abdalla, *Pasar Raya Tafsir dan Perahu Nuh*, Harian Jawa Pos, 05 Mei 2002.

kekuatan Islam ideologis, sejalan dengan tesis Samuel P. Huntington tentang benturan antar peradaban (*clash of civilization*), merupakan bagian tak terpisahkan dari pembentukan citra tersebut. Namun tidaklah arif jika selalu mengkambinghitamkan orang lain. Sebagaimana diurai sebelumnya, syari'at sendiri inkoheren dengan tata kehidupan yang dianut umat manusia saat ini.

Problem penerapan syari'at pada masyarakat modern adalah sulitnya menetapkan tipe ideal dari sebuah negara yang menerapkan syari'at Islam secara konsisten dan bisa menjadi model bagi negara-negara muslim yang lain. Andree Feillard (indonesianis Perancis) menyebutkan sedikit sekali negara muslim yang menerapkan syari'at secara penuh dan konsisten.¹⁰ Negara-negara muslim kebanyakan menganut model hukum Eropa dan menempatkan hukum Islam sebatas hukum waris dan hukum keluarga. Bahkan menurut Al-Jabiri, sepanjang sejarah, pemberlakuan syari'at tidak pernah "sempurna", tidak di zaman Rasulullah dan tidak juga di masa sahabatnya.¹¹ Problem penerapan syari'at juga terjadi di Indonesia. Pemberlakuan syari'at Islam senantiasa menjadi diskursus menarik. Meskipun beberapa daerah menuntut pemberlakuan syari'at sebagai aturan hukum bahkan di Aceh nampaknya sudah mulai berjalan, namun formalisasi syari'at sebagai ideologi negara masih kontroversial. Hal ini terlihat dari isu amendemen UUD 45 dengan pemberlakuan Piagam Jakarta. Ketakutan masyarakat terhadap pemberlakuan hukum Islam

¹⁰ Kasus yang diangkat Andree Feillard adalah Pakistan. Pada tahun 1947, hanya sekitar 20% penduduk yang menuntut pemberlakuan syari'at Islam. Pemberlakuan dapat dilaksanakan pada masa pamerintahan Ali Bhutto dengan tendensi politik. Setelah Ali Bhutto tumbang dilanjutkan oleh lawan politiknya Ziaul Haq. Harian Jawa Pos, 05 Mei 2002.

¹¹ ¹⁰ 'Abid mendasarkan tesisnya pada tiga hal, yaitu: *pertama*, Rasulullah tidak menerima wahyu sekaligus, melainkan berangsur-angsur, jadi mustahil menerapkannya dengan "sempurna"; *kedua*, masa sahabat diwarnai dengan kontroversi dan perdebatan mengenai hal-hal baru; dan *ketiga*, dari masa kemasa syari'at selalu mengalami penyempurnaan. Sia-sialah klaim bahwa pada masa tertentu, syari'at diterapkan secara sempurna. Lihat "Abid al-Jabiri, *Agama, Negara dan Penerapan Syari'at*, terj. Mujiburrahman, LKiS, Yogyakarta, 2001, hlm. 192 – 2001.

terjadi karena citra kaku dan barbarian. Imaji tentang syari'at biasanya identik dengan rajam, potong tangan, penempatan perempuan dan non muslim di wilayah-wilayah marjinal serta citra negatif lainnya. Untuk itulah, selama syari'at tetap diam dan beku maka selama itu pula ia akan menjadi monster. Maka setiap upaya menempatkannya dalam konjungtur sejarah dan kebudayaan menjadi suatu keniscayaan.

C. Hak Asasi Manusia, Kontekstual Ataukah Universal

Hak asasi manusia pertama kali dideklarasikan pada tanggal 10 Desember 1948.¹² Hak asasi manusia dicitrakan sebagai *universal* (menyeluruh), *inalienable* (tak dapat dilenyapkan) dan *indivisible* (tak dapat dibagi). Pemikiran tersebut mencuat pasca Perang Dunia II, ketika kekerasan dan kekejaman melanda sejarah manusia. Perang mengabsahkan pembunuhan dan pemusnahan satu etnik ataupun satu negeri terhadap negeri lain. Hal tersebut meyakinkan betapa berbahayanya jika hak asasi diserahkan kepada sekelompok komunitas ataupun kepada hukum sebagaimana sinyalemen Jeremy Bentham bahwa *right is the child of law* (hak adalah anak hukum). Hukum tidak hanya mediasi dari keadilan dan kemanusiaan, akan tetapi terkadang merupakan produk politik dan kekuasaan. Deklarasi bersama diperlukan sebagai standar minimal penghargaan hukum terhadap hak asasi. Pelanggaran hak asasi dikenai sanksi tegas oleh badan “di atas” negara, yaitu PBB. Peran yang dimainkan PBB dalam kasus hak asasi manusia setidaknya ada tiga, pembentukan norma (*standard setting*), penyebar luasan informasi (*dissemination*) dan pola pelaksanaan (*enforcement*).¹³

¹² Dalam pembentukan norma, PBB telah berhasil memperkaya khasanah hukum hak asasi manusia. Pada kurun waktu 45 tahun, telah lahir 50 deklarasi, kovenan dan konvensi tentang hak asasi manusia. Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008. Lihat juga Todung Mulya Lubis, 'Hak-Hak Asasi Yang Tidak Bisa Dilanggar Dalam Negara Hukum', dalam *Majalah Prisma*, No 11, 1994.

¹³ Frans Magnis Suseno, *loc. cit.*

Sejatinya tidak pernah muncul sejenis kriteria objektif mengenai hak asasi, misalkan sabda seorang nabi ataupun pernyataan resmi PBB. Kriteria ditentukan melalui diskursus tanpa pamrih tentang persoalan perlakuan mana yang wajib ditimpakan dan harus diterima manusia. Kadangkala melalui perjalanan waktu dan ketidakwajaran. Tuntutan penghapusan perbudakan bukan hanya penilaian hukum dan ketidakadilan, akan tetapi tidak wajarlah manusia diperlakukan demikian.¹⁴ Pendasaran hak asasi manusia bisa dihubungkan pada dua motivasi utama, yaitu keinginan bebas dan kehendak untuk hidup. Dari sinilah kira-kira Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) berangkat.¹⁵ Namun demikian, hak asasi manusia bertolak dari fakta bahwa dia termasuk *species homo sapiens* karena itu perlakuan yang ditimpakan harus sesuai dengan kediriannya sebagai manusia. Perbedaan kelamin, ras, agama, warna kulit bukan dasar perbedaan perlakuan hak asasi. Hal ini tercermin dari Pasal 2 DUHAM.

“Setiap manusia berhak atas segala hak dan kebebasan tersebut dalam deklarasi ini, dengan tanpa membedakan apapun juga, seperti ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik atau perbedaan pendapat, kebangsaan atau asal golongan masyarakat, kekayaan, kelahiran atau status lainnya.

Selanjutnya tidak akan diadakan perbedaan menurut status politik, status yurisdiksi dan status internasional dari negara atau wilayah tempat asal seseorang, baik itu negara yang merdeka, perwalian, wilayah yang tidak berpemerintah sendiri, atau wilayah yang berkedaulatan terbatas lainnya.”

Saat ini paham hak asasi sudah disepakati secara internasional, meskipun sejak penetapannya tidak pernah sepi dari polemik. Penolakan

¹⁴ Abdullahi Ahmed an-Na'im, *op. cit.*, hlm. 313.

¹⁵ Maulana Abul A'la Maududi, *Hak Asasi Manusia Dalam Islam*, tej. Bambang Iriana Djajaatmadja, Bumi Aksara, Jakarta, 1995, hlm. 50.

terhadapnya biasanya dilandaskan pada satu argumentai yang khas, yakni bahwa setiap kebudayaan memiliki sejarah dan nilai tersendiri dalam perumusan hukum masing-masing. Hak asasi manusia diyakini sebagai aksentuasi dari dominasi Amerika dan Barat (baca; kristen) terhadap umat muslim. Individualisme dan pemuasan kepentingan pribadi adalah nilai dasar yang melandasi kelahiran hak asasi manusia, sebaliknya Islam sendiri memahami bahwa kebersamaan adalah sendi utama kehidupan.

Dalam soal ini hendaknya diketahui bahwa hak asasi sebagaimana ditetapkan dalam DUHAM kebetulan berasal dari dunia Barat dan didukung oleh suatu kelas sosial tertentu, namun kenyataannya sekarang sudah diakui oleh banyak negara. Hal ini dipengaruhi oleh pengandaian dasar hak asasi manusia sendiri, yaitu bahwa setiap orang harus dihormati sebagai pribadi yang utuh dan mandiri dalam dirinya dengan segenap hak asasi yang tidak boleh dilanggar, seperti hak hidup, mendapat perlindungan, pekerjaan dan kebahagiaan.

Menghadapi persoalan perbedaan konteks sejarah dan kebudayaan agaknya perlu dinyatakan disini, bersetuju dengan Ignas Kleden, bahwa hak asasi manusia adalah suatu kategori *das sollen* (apa yang seharusnya) dan bukan kategori *das sein* (apa yang senyatanya). Sebab itu rumusan hak asasi manusia pertama-tama patutlah dipandang sebagai cita-cita ideal yang wajib dipenuhi dan dijalankan, bukan kenyataan yang dipraktikkan sehari-hari. Hak asasi manusia adalah tolok ukur bagaimana manusia diperlakukan dan dilindungi, terutama pihak-pihak lemah yang selama ini rentan terhadap kuasa dan penindasan pihak kuat. Pada konteks ini, maka tidak beralasan menolak hak asasi manusia dengan dasar kekhasan budaya dan identitas, karena penerimaan masyarakat terhadap nilai-nilai budaya tertentu, termasuk juga benda-benda budayanya, bukan ditentukan asal-usul, melainkan karena sesuai tidaknya nilai-nilai itu dengan kebutuhan masyarakat. Siapakah kini yang masih mempertanyakan bahwa mesin yang digunakan untuk mencetak Mushaf Al-Qur'an, Hadits dan buku-

buku ke-Islam-an lainnya dalam jutaan eksemplar adalah hasil kreasi yang ditemukan dan dikembangkan dalam kebudayaan Barat?

Dengan begitu asal-usul suatu nilai budaya tidak bisa menjadi landasan menolak nilai tersebut. Hak asasi manusia seharusnya menjadi salah satu pijakan Islam untuk merumuskan ketentuan-ketentuan hukum yang lebih menjamin cita-cita kemanusiaan.

Saat ini paham hak asasi sudah disepakati secara internasional. Hampir tidak pernah muncul polemik terhadap pernyataan tersebut. Kritik terhadapnya biasanya seputar persoalan individualisme dan pemuasan kepentingan pribadi, padahal kebersamaan adalah sendi utama kehidupan. Hak asasi mengandaikan egoisme pribadi berada di atas kepentingan masyarakat. Jawaban yang dapat diajukan bahwa hak asasi manusia secara efektif melindungi individu, kelompok, masyarakat dari kekerasan dan perlakuan tidak manusiawi. Perlindungan ini terutama harus diberikan kepada “pihak-pihak lemah” yang rentan terhadap kuasa dan penindasan ‘pihak kuat”. Hak asasi manusia adalah tolok ukur bagaimana manusia diperlakukan dan dilindungi. Tidakkah beralasan menganggap hak asasi manusia sebagai paham individualisme. Justru paham tersebut merupakan simbol solidaritas masyarakat serta jaminan harkat kemanusiaan pihak lemah.

D. Relasi Syari’at dan Hak Asasi Manusia

Perdebatan yang selama ini berkembang di sementara pemikir Islam adalah persoalan “superioritas” antara model hak asasi Islam dan Barat. Sebagian mengatakan bahwa Islam jauh sebelumnya sudah mendengungkan hak asasi melalui serangkaian sabda nabi dan firman Tuhan. Sebagian lain mencoba membangun argumen dengan justifikasi bahwa keadilan, kejujuran dan penghormatan terhadap hak asasi tidaklah lepas dari frame ketuhanan. Semua itu terangkum dalam visi dan agenda Islam untuk mewujudkan keadilan di muka bumi. Hak asasi manusia

sebetulnya lebih merupakan kewajiban manusia terhadap Tuhan daripada sebagai hak. Tidak seperti di Barat, kepentingan umat tetap berada di atas kepentingan individu karena berangkat dari asumsi bahwa manusia berada di bawah kuasa Tuhan dan bukan subjek otonom yang menjadi tuan dari nasibnya sendiri.¹⁶ Menurut penulis, wacana tentang mana yang “paling bagus,” “paling baik” dan lebih dahulu adalah perdebatan di luar perkara substansial dan jauh dari penting, justru cenderung konfrontatif dan sulit menemukan titik temu. Idealnya perbincangan harus mencairkan kebekuan antara Islam dan hak asasi manusia universal.

Barangkali benar apa yang selama ini dituduhkan bahwa hak asasi manusia muncul di atas landasan filsafat individualisme dan kepercayaan terhadap otonomi manusia. Pandangan itu jelas berseberangan dengan sifat hakiki Islam yang dilandaskan pada kodrat Tuhan dan kepentingan bersama. Namun demikian, salah kaprah jika dikatakan bahwa mengakui hak asasi manusia berarti menerima pandangan filosofis yang pernah melatar belaknginya. Hak asasi manusia bukan persoalan filsafat melainkan masalah perlakuan mana yang dianggap wajar terhadap manusia lain. Hak asasi manusia dapat diterima dan ditempatkan dalam kerangka pandangan yang berbeda-beda. Penekanannya pada perlindungan hak-hak kemanusiaan tidak berarti tanda individualisme. Jaminan akan hak-hak semua pihak, terutama masyarakat yang lemah, berarti pengakuan akan eksistensi segenap warga masyarakat. Inilah sebetulnya yang menjadi misi kemunculan Islam. Peristiwa kekejaman selama beberapa abad kiranya menambah keyakinan bahwa manusia diciptakan dengan martabat luhur yang harus dihormati.

Pada prinsipnya di dalam kaidah dan rumusan teoritik *ushul fiqh*, syari'at sudah menjamin hak-hak kemanusiaan. Visi tersebut tercantum jelas dalam lima prinsip *maqasid al-syari'at* (tujuan-tujuan syari'at).

¹⁶ Ivan A Hadar, 'Islam dan HAM' dalam *Halaqah*, Edisi XVI/2002. Lihat juga Marcel A. Boisard, *Humanisme Dalam Islam*, terj. M. Rasjidi, Bulan Bintang, Jakarta, 1980.

Rumusan hukum Islam sejatinya harus mendasarkan diri pada kelima prinsip tersebut antara lain memelihara agama (*hifzh al-din*), memelihara jiwa (*hifzh al-nafs*), memelihara akal (*hifzh al-'aql*), memelihara keturunan (*hifzh al-nasl*) dan memelihara harta (*hifzh al-mal*).¹⁷ Beberapa ayat al-Qur'an juga berbicara perihal visi kemanusiaan dan perlindungan terhadapnya, antara lain:

a. *al-Nisa'*, ayat 4

“Hai sekalian manusia, bertakwalah kepada tuhanmu yang telah menciptakan kamu dari diri yang satu, dan daripadanya Allah menciptakan istrinya; dan daripadanya Allah memperkembangbiakkan laki-laki dan perempuan yang banyak.”

b. *al-Hujurat*, ayat 13

“Hai manusia, sesungguhnya kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling kenal-mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia diantaramu disisi Allah ialah orang yang paling bertaqwa.”¹⁸

Menyangkut piranti dasar, syari'at ternyata mengemban visi kemanusiaan yang sama dengan perkembangan hak asasi manusia di Barat. Akan tetapi dalam beberapa hal yang lebih praktis, standar hak asasi manusia kemudian bertolak belakang dengan praktik penerapan syari'at. Misalnya dalam kasus perbudakan, diskriminasi berdasarkan gender dan diskriminasi berdasarkan agama. Penjelasan akan beberapa isu tersebut adalah sebagai berikut:

¹⁷ Fathurrahman Jamil, *op. cit.*, hal 123 – 131.

¹⁸ Departemen Agama RI, *Al-Qur'an Dan Terjemahnya*, Mahkota Surabaya, Surabaya, 1989.

(1) Kasus Perbudakan

Meskipun perbudakan bukan “ciptaan” syari’at, akan tetapi jelas sistem tersebut memperoleh legalisasi dari al-Qur’an dan Sunnah. Walaupun juga harus diakui bahwa saat itu sistem perbudakan berlaku universal dan syari’at sedikit demi sedikit berusaha mengeliminir. Persoalannya sampai saat ini syari’at masih mengakui keabsahannya dan tidak tertutup kemungkinan terulang kembali seperti pengalaman masa lampau. Penafsiran terhadap al-Qur’an dan Hadits dengan konsekuensi menerima institusi perbudakan dapat dibenarkan dalam konteks historis saat itu. Penafsiran berbeda dapat dilakukan berdasarkan perubahan konteks dan situasi, seperti ketika negara-negara muslim modern menghapus perbudakan. Akan tetapi selama syari’at belum “serius” menghapusnya, isu tersebut tetap menjadi pertentangan fundamental antara syari’at dan hak asasi manusia.

(2) Diskriminasi Berdasar Agama dan Gender

Menurut syari’at, non muslim yang hidup di negara Islam berhak dilindungi dari gangguan terhadapnya sebanding dengan gangguan terhadap Nabi. Namun ketika terlibat persoalan hukum dengan non Islam, mereka harus meninggalkan hukum yang selama ini mereka anut. Dalam beberapa kasus, diskriminasi tampaknya lebih kentara. Lelaki “ahlul kitab” dilarang keras mengawini perempuan muslim dan hal ini tidak berlaku sebaliknya. Bahkan diluar kategori “ahlul kitab”, hubungan perkawinan sama sekali tidak diperbolehkan. Perbedaan agama juga menjadi faktor terhalangnya hak mewariskan dan mewarisi.

Terhadap perempuan, hukum Islam juga amat diskriminatif. Laki-laki berhak mengawini empat perempuan dalam waktu bersamaan, menerima warisan dengan dua kelipatan dari hak perempuan dan menceraikan perempuan tanpa alasan pembenar yang kuat. Perempuan seakan-akan menjadi makhluk kurang sempurna dibanding laki-laki.

Alasan historis dapat dikemukakan disini sebagai alasan pembenar, akan tetapi sampai sekarang diskriminasi berdasar gender dan agama secara nyata belum dihapuskan.

Penjelasan di atas menunjukkan bahwa syari'at kini berbanding terbalik dengan semangat moderen, terutama dengan konsep hak asasi manusia. Rekonstruksi dan revisi syari'at harus terus dilakukan dengan mengacu pada semangat hak asasi manusia universal. Tentu saja tanpa menghilangkan kediriannya sebagai hukum Islam. Pendekatan efektif dalam pembaharuan syari'at adalah memberikan konteks historis pada ayat-ayat al-Qur'an dan Hadits yang tidak sesuai dengan semangat hak asasi manusia, sembari melampirkan prinsip-prinsip dasar hukum yang mendukung hak asasi manusia.¹⁹

Dengan begitu tidak ada lagi alasan pembenar yang menolak ke universalitas hak asasi manusia. Betul bahwa setiap tradisi kebudayaan dan agama mempunyai kultur masing-masing. Penyatuan dimungkinkan berdasar kesamaan prinsip, yaitu seseorang harus memperlakukan orang lain sebagaimana ia mengharapkan demikian. Pemahaman terhadap hak asasi manusia perlu dibedakan dengan pendasaran filosofisnya. Latar belakang filsafat tersebut adalah Rasionalisme *Aufklarung* yang percaya dengan otonomi manusia dan asosial. Menerima hak asasi manusia tidaklah sama dengan menerima dasar filsafatnya. Masalah hak asasi manusia bukanlah masalah filsafat, melainkan bagaimana seharusnya bersikap terhadap orang lain.

E. Penutup

Uraian di atas menunjukkan bahwa syari'ah telah kehilangan elan kemanusiaan yang pada awalnya menjadi roh kelahirannya. Maka dalam konteks itulah rekonstruksi perlu dilakukan melalui berbagai diskusi dan polemik. Sumber perumusan hukum kini tidak lagi melulu al-Qur'an,

¹⁹ Abdullahi Ahmed An-Na'im, *op. cit.*, hlm. 325 – 343.

Hadits dan khazanah intelektual Islam klasik, tetapi juga nilai-nilai hak asasi manusia yang telah disepakati oleh banyak negara. Anggapan bahwa selama ini syari'ah diam dan beku sedangkan hak asasi manusia memperoleh berbagai rekaan negatif kiranya dapat dimentahkan dengan upaya tersebut. Di masa yang akan datang Syari'ah Islam dan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia dapat "berjalan beriring" mewujudkan kehidupan yang lebih manusiawi dan bermakna. Betul bahwa setiap tradisi kebudayaan dan agama mempunyai kultur masing-masing. Penyatuan dimungkinkan berdasar kesamaan prinsip, yaitu seseorang harus memperlakukan orang lain sebagaimana ia mengharapkan demikian. Penindasan dan perlakuan semena-mena bukan hanya masalah bagi PBB, akan tetapi lebih merupakan keprihatinan yang harus diperjuangkan oleh setiap agama.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullahi Ahmed An-Na'im, *Dekonstruksi Syariat*, terj. Ahmad Suaedy dan Amiruddin ar-Rany, LKiS, Yogyakarta, 2001.
- Allabukhsh K. Brohi, 'Hak dan Kewajiban Manusia dalam Islam (Suatu Pendekatan Filsafat)' dalam *Hak Asasi Manusia dalam Islam*, editor: Harun Nasution dan Bahtiar Effendy, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1987.
- Fathurrahman Jamil, *Filsafat Hukum Islam*, Logos Wacana Ilmu, Jakarta, 1999.
- Francois Furet dan Denis Richet, *Revolusi Perancis*, terj. Lembaga Indonesia Perancis, Gajah Mada Press, Yogyakarta, 1989.
- Frans Magnis-Suseno, 'Hak-Hak Asasi Manusia Kontekstual atau Universal' dalam *Prisma*, No. 4, 1994.
- Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008.
- Marcel A. Boisard, *Humanisme Dalam Islam*, terj. M. Rasjidi, Bulan Bintang, Jakarta, 1980.
- Maulana Abul A'la Maududi, *Hak Asasi Manusia Dalam Islam*, terj. Bambang Iriana Djajaatmadja, Bumi Aksara, Jakarta, 1995.
- Muhammad Abed al-Jabiri, *Agama, Negara dan Penerapan Syariat*, terj. Mujiburrahman, LKiS, Yogyakarta, 2001.
- Muhammad Abed al-Jabiri, *Takwin al-'Aql al-'Arabi*, Markaz Dirasat al-Wahdah al-'Arabiyah, Beirut, 1989.
- Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories; An Introduction to Sunni Ushul Fiqh*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.

Jurnal dan Media Massa

- Andree Feillard, *Banyak Pendapat tentang Syariat*, Jawa Pos, 5/5/2002.
- Ivan A Hadar, 'Islam dan HAM' dalam *Halqah*, Edisi XVI/2002

Muhammad Abu Zahrah, *Ushul Fiqih*, Dar al-fikr al-Arabi, Beirut, 1958.

Todung Mulya Lubis, 'Hak-Hak Asasi yang Tidak Bisa Dilanggar dalam Negara Hukum' dalam *Prisma*, No 11, 1994

Ulil Abshar Abdalla, *Pasar Raya Tafsir dan Perahu Nuh*, Jawa Pos, 5/5/2002.

Zuly Qodir, *Visi Kemanusiaan Dalam Pemberlakuan Syariat Islam*, dalam *Tashwirul Afkar* No 12, Tahun 2002.

TANTANGAN PENERAPAN HAK ASASI MANUSIA BAGI MASYARAKAT MUSLIM (KEBEBASAN BERAGAMA DAN POSISI PEREMPUAN)

*Syukron Affani*¹

A. Pendahuluan

“Rights doctrines challenge powerful religions, tribes, and authoritarian state”, kata Michael Ignatieff tentang doktrin hak asasi manusia sebagai tantangan yang serius bagi agama, komunitas tradisional, dan negara otoriter.² Sejak dikumandangkan, poin-poin Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia/DUHAM (*Universal Declaration of Human Rights/UDHR*) langsung mengundang kritik dan perdebatan terutama dalam masalah hak untuk kehidupan beragama.

Beberapa pemikir hak asasi manusia berpaham sekuler, dari awal memandang agama akan menjadi faktor serius penghalang hak asasi manusia sehingga mereka merekomendasikan untuk ‘mengabaikan’ agamawan dalam mematangkan konsep hak asasi manusia.³ Bagi Michael

¹ Syukron Affani, M.S.I. Dosen pada Fakultas Tarbiyah Institut Ilmu Keislaman Annuqayah, Madura.

² Michael Ignatieff, *Human Rights as Politics and Idolatry*, Foreign Affairs 80, No. 6 Nopember-Desember, 2001, hlm. 109.

³ Saat Konferensi Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-Bangsa (*The United Nation Human Rights Conference*) di Wina pada bulan Juni 1993, delegasi negara berpenduduk muslim seperti Iran, Arab Saudi dan Sudan termasuk yang paling gigih mengkritik universalitas hak asasi manusia internasional. Delegasi Arab Saudi melalui menteri luar negerinya menekankan bahwa bagi muslim, hak asasi manusia hanya dapat dirancang dari syariah. Bassam Tibi, ‘Islamic Law/Shari’a, Human Rights, Universal Morality and International Relations’, *The John Hopkins University Press Human Rights Quarterly*, Vol. 16, No. 2, May, 1994, hlm. 277.

Ignatieff, kehadiran agama yang minim dalam konseptualisasi hak asasi manusia universal justru bertujuan positif untuk tercapainya kesepakatan-kesepakatan umum lintas keyakinan. Pencapaian terbaik penerapan hak asasi manusia dapat dilakukan bila semua orang yang berbeda-beda keyakinannya fokus pada aspek praksis, politik, dan konsep hukum positif hak asasi manusia.⁴

Di dalam Islam sendiri terdapat tiga kelompok yang orientasinya berbeda dalam menyikapi hak asasi manusia internasional. *Pertama*, kelompok konservatif yang sulit “beramah tamah” dengan konsep apapun yang ekstra-Qur’ani (di luar ajaran Al-Qur’an). Tidak berguna berdiskusi dengan kelompok ini karena tipikalitasnya yang eksklusif. *Kedua*, kelompok liberal yang selalu positif terhadap niat pembebasan manusia dalam bentuk apapun dan dari manapun diperjuangkan. Kelompok ini minoritas namun selalu hadir sebagai garda depan Islam ramah kepada orang lain tetapi berubah menjadi Islam marah saat berjumpa dengan kelompok pertama. *Ketiga*, kelompok moderat yang bertahan dengan identitas tradisionalnya sekaligus menyerap sebaik mungkin semangat jaman. Kelompok ketiga ini mayoritas dan potensial menerima serta menerapkan hak asasi manusia bila didekati dengan cara yang tepat.⁵

Sesungguhnya keliru menganggap bahwa dalam Islam tidak ada pengakuan terhadap hak manusia dikarenakan semuanya adalah hak Tuhan (*privileges of God*). Islam, sebagaimana juga dalam Kristen dan Yahudi, mengenal konsep teologi *imago dei/the imprint of God* (citra Tuhan). Kualitas hubungan dengan-Nya, ditentukan oleh kualitas

⁴ Irene Oh, *The Rights of God: Islam, Human Rights, and Comparative Ethics*, Georgetown University Press, Washington, 2007, hlm. 22. Sebenarnya menurut Michael Ignatieff, justru keberhasilan konseptualisasi hak asasi manusia universal merupakan hasil keterlibatan kompromis yang tidak mudah dari semua kelompok termasuk Islam dan juga Kristen Arab. Tak dapat dipungkiri bahwa pengalaman Barat memang menjadi inspirasi dan inisiasi dari konseptualisasi hak asasi manusia tetapi finalisasinya menurut Ignatieff melibatkan banyak pihak. Michael Ignatieff, *Human Rights... op. cit.*, hlm. 106.

⁵ Mohamad Hudaeri, ‘Islam dan Hak Asasi Manusia: Respon Intelektual Muslim’ *Jurnal al-Qalam*: Vol. 24 No. 3 September-Desember, 2007, hlm. 363.

hubungan dengan makhluk-Nya karena manusia dan alam lingkungan merupakan jejak-jejak ruh-Nya. Justru, dengan begitu, pelanggaran terhadap hak kemanusiaan juga pelanggaran terhadap *privilege* Tuhan.⁶

Tidak ada pertentangan antara Islam dengan rumusan hak asasi manusia internasional.⁷ Perbedaan yang dinampakkan sebagai pertentangan karena orientasi agama yang transenden sedangkan hak asasi manusia yang merupakan bagian dari paket demokrasi bersifat antroposentris. Pada dasarnya penghargaan terhadap kemanusiaan adalah niat seluruh agama. Namun dari sisi teknis dan detail konsep, hak asasi manusia internasional memang memunculkan pro dan kontra di kalangan umat beragama terutama umat Islam.⁸ Sehingga seringkali, bahkan hingga saat ini, persoalan yang mengemuka masih seputar perdebatan epistemologis dan terminologis-ideologis. Upaya mengabaikan asal muasal rumusan hak asasi manusia internasional di kalangan umat Islam selain masih terkendala masalah ideologis dan menghambat dialog kesepahaman yang lebih substantif dan operasional juga disebabkan

⁶ Irene Oh, *The Rights of God ... op.cit.*, hlm. 28.

⁷ Pada 25 September 1969 di Rabat Maroko, negara-negara yang berpenduduk muslim membentuk organisasi yang dinamakan Konferensi Islam (*Organisation of the Islamic Conference*) atau di Indonesia dikenal dengan OKI (Organisasi Konferensi Islam). Hingga Maret 2006, jumlah negara di seluruh dunia yang bergabung dengan OKI sebanyak 57 negara. Di dalam mukaddimah Statuta OKI (*Preamble Charter of the Organisation of the Islamic Conference*), secara tegas dinyatakan bahwa negara-negara yang tergabung dalam OKI menyatakan komitmennya untuk berkesesuaian dengan Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) dan memberikan perlindungan pada hak-hak asasi manusia. Inkorporasi OKI dengan PBB dapat dilihat dari tindaklanjut Dekade Dunia untuk Pembangunan Kebudayaan yang ditetapkan UNESCO pada tahun 1988 yang mendorong OKI mendirikan perguruan-perguruan tinggi dan pusat-pusat kebudayaan. Adnan Buyung Nasution dan A. Patra M. Zein (ed.), *Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia*, YOI-YLBHI-KK, Jakarta, 2006, hlm. 71.

⁸ Di samping sejarah masa lalu kolonialisasi yang buram sulit dilupakan umat Islam, ketegangan Islam v Barat merupakan tema yang selalu diulang-ulang oleh beberapa sarjana muslim. Segala hal yang bersinggungan dengan Barat pasti mendapatkan pandangan kritis yang keras dan apologetik dari umat Islam. Kenyataan ini akan terus terjadi di masa-masa mendatang. Ishtiaq Ahmed, 'Western and Muslim Perceptions of Universal Human Rights', *Afrika Focus*, Vol. 10, No. 1-2, 1994, hlm. 32.

perbedaan konseptual.⁹

Oleh karena itu menarik mempertimbangkan tawaran Irene Oh agar menggunakan pendekatan umum yang sederhana dan minimalis (*minimalist approaches*) untuk menyamakan persepsi umat Islam mengenai hak asasi manusia daripada pendekatan komprehensif yang detail dan hanya memunculkan reaksi yang kontraproduktif. Pendekatan minimalis fokus pada beberapa poin hak pokok utama manusia. Sedangkan pendekatan komprehensif yang detail akan melahirkan perdebatan panjang karena akan menjadi ajang refleksi norma-norma kultural partikular yang dapat berujung pada kegagalan dialog.¹⁰

Pendekatan evasif (menghindar) yang dilakukan sarjana muslim saat membicarakan isu hak asasi manusia internasional dengan alasan Islam tidak terikat dengan hak asasi manusia universal, dirasakan sebagai problem.¹¹ Yang paling umum ditemui adalah sikap yang menyuarakan bahwa Islam memiliki standar hak asasi manusia sendiri. Situasi ini bukan keadaan terbaik tetapi semangatnya sudah sejalan¹² sehingga ada harapan besar di masa-masa datang terjadi dialog konstruktif untuk menyamakan

⁹ Secara eksternal umat Islam masih diliputi kecurigaan besar terhadap Barat dan secara internal, umat Islam berkeyakinan bahwa Al-Qur'an mengandung konsep yang lebih dari cukup untuk menjawab problem-problem kontemporer. Oleh karena itu, umat Islam selalu menghadirkan konsep tandingan terhadap konsep kemanusiaan yang dinilai berasal dari luar termasuk rumusan hak asasi manusia. Misal, Izzat Qarni, *al-Islam wa Huqûq al-Insân*, al-Majlis al-Wathani li al-Tsaqafah wa al-Funun wa al-Adab, Kuwait, 1985, yang berpendapat bahwa konsep hak asasi manusia internasional mengabaikan integrasi hak dengan kewajiban; hak individu dengan hak masyarakat; hak manusia dan hak Sang Pencipta yang dalam Islam telah dirumuskan sebagai satu kesatuan. Terlepas dari ketegangan ini, respon melalui konsep tandingan harus disikapi positif untuk memperkaya wacana dan perspektif isu yang dibicarakan.

¹⁰ Irene Oh, *The Rights of God... op. cit.*, hlm. 32.

¹¹ Problem karena populasi umat Islam tidak sedikit sedangkan hak asasi manusia universal berkepentingan kepada seluruh umat manusia. *Ibid.*, hlm. 1.

¹² Di dalam resolusi *Organisation of the Islamic Conference* No. 41/21 P dinyatakan: "Believing that the respect of human rights is an integral part of Islam" dan "Stresses the necessity of achieving universality, objectivity, and non-selectivity in the application of human rights standards and instruments. United Nation, *Contribution of the Organisation of the Islamic Conference*, World Conference on Human Rights, Geneva, 1993, hlm. 11-12.

perspektif. Muhammad Imarah, misal, memilih menggunakan istilah kebutuhan dasar (*al-dharûrah*) daripada hak-hak (*al-huqûq*).¹³

Istilah kebutuhan dasar (*al-dharûrah*) dalam literatur Islam awal ekuivalen dengan hak asasi manusia. Ahli-ahli hukum Islam menandakan empat macam hak pilar manusia, yaitu hak hidup (*hifd an-nafs*), beragama (*hifd ad-dîn*), mencari nafkah dan memiliki harta kekayaan (*hifd al-mâl*), dan mempertahankan harga diri (*hifd al-aql*).¹⁴ Ditambah satu lagi, hak memiliki keturunan (*hifd an-nasl*). Kelima hak tersebut terumuskan sebagai tujuan-tujuan dari ketentuan syara' (*maqâsid al-syar'iyyah*) yang dalam kategori al-Syatibi merupakan bagian dari perkara *dharûriyât* (hal-hal pokok menyangkut kebutuhan mendasar manusia).¹⁵ Hal *dharûriyât* dalam Islam berkenaan dengan hajat (*hajjiyât*) yaitu hal-hal yang bila tidak dipenuhi akan berdampak pada eksistensi kemanusiaan seseorang. Semua yang terlarang menjadi diperbolehkan demi eksistensi kemanusiaan ini. Islam sangat melindungi persoalan eksistensi manusia ini.

Apapun, tumbuh kesadaran positif di kalangan sarjana muslim bahwa hak asasi manusia universal adalah isu bersama peradaban umat manusia yang telah lelah dengan konflik dan penderitaan.¹⁶ Organisasi Konferensi Islam (*Organisation of the Islamic Conference*) melalui sidang yang digelar pada 05 Agustus 1990, merilis Deklarasi Kairo (*Cairo Declaration on Human Rights in Islam*). Deklarasi ini merupakan wujud

¹³ Imarah menegaskan sebagai kebutuhan dasar yang niscaya (*dharûrât wâjibât*). Lihat Muhammad Imarah, *al-Islam wa Huquq al-Insan: Dharurat La Huquq*, Alam al-Ma'rifah, Kuwait, 1985, hlm. 15-18.

¹⁴ Fazlurrahman, *Tema-Tema Pokok al-Qur'an*, Pustaka, Bandung, 1996, hlm. 67.

¹⁵ Abu Ishaq al-Syathibiy, *al-Muwâfaqât fi Ushûl al-Syari'ah*, Juz II, Ed. Abd al-'Aziz Darraz, Maktabah al-Tijariyah al-Kubra, Mesir, tth, hlm. 8.

¹⁶ Sikap kompromistik ditunjukkan oleh beberapa sarjana muslim yang menyambut positif konsep hak asasi manusia internasional melalui upaya akademik untuk menunjukkan keselarasan Islam dengan konsep hak asasi manusia internasional. Lihat Nasr Hamid Abu Zaid, Sholah al-Din al-Jursyi, dan al-Baqir al-'Afif, *al-Haqq Qadim: Watsâiq Huqûq al-Insân fi al-Tsaqâfah al-Islâmiyah*, Cairo Studies of Human Rights, Kairo, 2000. Dalam karya ini, isu yang dikupas cukup lengkap, aktual, dan tidak apologetik.

partisipasi negara-negara muslim anggota Organisasi Konferensi Islam dalam mendukung hak asasi manusia dari perspektif syariah Islam.¹⁷ Namun bagi Abdullah Ahmed al-Naim, sarjana muslim Sudan-Amerika dan juga penggiat hak asasi manusia internasional, tidak cukup sekedar Deklarasi tetapi juga rekontekstualisasi terhadap poin-poin dasar hukum syariah agar umat Islam dapat memberi kontribusi bagi penerapan hak asasi manusia internasional. Syariah harus mulai diperbarui, demikian tegas al-Naim, dengan catatan pembaharuan yang bersumber kepada al-Qur'an dan hadits agar memberi efek positif bagi penerimaan umat Islam terhadap semangat kemanusiaan dalam hak asasi manusia universal tersebut.¹⁸

Di antara beberapa isu pokok hak asasi manusia yang mendapatkan perhatian luas yaitu masalah kebebasan beragama dan kesetaraan perempuan. Banyak tulisan sarjana muslim berkenaan dengan hak asasi manusia terutama berkaitan dengan kedua isu tersebut. Dua isu ini mendapatkan perhatian besar karena konsep dan pandangan hukum Islam klasik terhadap kebebasan beragama dan status perempuan memerlukan pemaknaan kembali agar memenuhi standar hak asasi manusia. Para sarjana muslim progresif telah berupaya dengan keras menjembatani penyelesaian masalah ini dan menunjukkan bahwa yang diperlukan adalah, sebagaimana al-Naim, pemahaman kembali terhadap sumber ajaran Islam yaitu al-Qur'an dan Hadits.¹⁹

¹⁷ United Nation, *Contribution of the Organisation of the Islamic Conference, World Conference on Human Rights, Geneva, 1993*, hlm. 1/A.

¹⁸ Abdullahi Ahmed al-Naim, 'Syariah dan Isu-Isu HAM' dalam Charlez Kurzman (ed.), *Wacana Islam Liberal: Pemikiran Islam Kontemporer tentang Isu-isu Global*, Paramadina, Jakarta, 2003, hlm. 380-381. Syari'ah yang dimaksud al-Naim adalah produk hukum atau yurisprudensi Islam (*fiqh*) para ahli hukum Islam (*fuqaha'*) bukan al-Qur'an atau Hadits itu sendiri.

¹⁹ Sebelum tahun 1900-an tidak ada satupun literatur dalam Islam yang memperbincangkan hak asasi manusia (*huqûq al-insân*) secara khusus. Maklum saja mengingat perbincangan mengenai hak selalu bersifat teosentrisme. Hak-hak Tuhan dan kewajiban manusia kepada-Nya masih dominan, namun seiring perkembangan jaman dan dinamika peradaban, hak-hak manusia mulai dapat dibicarakan secara terpisah dengan hak-hak Tuhan (*huqûq al-ilah*). Haitsam Manna', *al-Ushûliyyat al-Islâmiyyah wa Huqûq al-Insân*, Cairo Studies of Human Rights, Kairo, 1999, hlm. 9.

Tema kebebasan beragama menjadi krusial dalam Islam bukan dalam pengertian umum yakni bebas menentukan keyakinan secara natural. Kebebasan dengan pengertian ini sudah jelas dalam Islam bahkan mendahului instrumen internasional hak asasi manusia manapun.²⁰ Hal yang menjadi persoalan adalah ketika kebebasan diartikan lebih luas, yaitu kebebasan untuk menentukan cara pandang terhadap agama yang dianutnya yang barangkali berbeda dengan cara pandang kelompok utama (ortodoksi) dan kebebasan atau hak seseorang berpindah keyakinan (apostasi/*riddah*).

Keabsahan beragama dalam Islam harus mengikuti pemahaman umum. Di luar pemahaman umum, tidak dibenarkan eksis sebagaimana yang terjadi pada Ahmadiyah. Begitu juga, seseorang yang menyatakan dirinya masuk Islam maka ia harus mengikuti doktrin *mainstream*. Penyimpangan terhadapnya adalah penodaan dan pelecehan. Begitu seseorang yang telah menyatakan masuk Islam, maka reorientasi keyakinannya pada agama atau keyakinan yang lain adalah pelecehan terhadap supremasi Islam. Reaksi umat Islam sangat antagonis terhadap pernyataan kebebasan dan hak atas dua persoalan ini.

Posisi dan status perempuan dalam masyarakat muslim mengalami domestifikasi berdasarkan ketentuan yurisprudensi ulama klasik yang mendasarkan pada ayat al-Qur'an dan hadits Nabi yang bernada misoginis (anti-perempuan).²¹ Laki-laki adalah imam (penuntun) dan perempuan adalah makmum (pengikut) yang harus tunduk pada otoritas suami

²⁰ Lihat Q.S. *al-Baqarah*: 256 yang berbunyi "*lâ ikrâha fi al-dîn*" (tidak ada paksaan dalam beragama)

²¹ Pengalaman ketidakadilan perempuan merupakan produk kebudayaan yang menyebar di berbagai tradisi agama. Marginalisasi perempuan bukan monopoli tradisi muslim semata. Dalam tradisi agama Kristen, misalnya, perempuan lama menjadi korban stereotip dan disubordinat oleh budaya maskulin patriarki gereja. Sekularisme Barat mengkoreksi ketimpangan itu dan memaksa gereja menerapkan semangat ekuualitas. Dalam masyarakat muslim, pandangan tentang kesetaraan ini masih menemui kendala walaupun dalam praktik sudah menunjukkan perkembangan menggembirakan. Lihat Mary A. Kassian, *Women, Creation, and The Fall*, Crossway Book, Illinois, 1990, hlm. 43.

dan ayah. Produk sosio-kultural yang dibentuk dalam ruang sejarah ini, dipandang oleh masyarakat muslim sebagai nilai teologis (*ta'abbudi*) daripada norma rasionalitas (*ta'aqquli*).

Benturan yurisprudensi Islam dengan hak asasi manusia universal terkait dua hal di atas akan terus terjadi bila tidak ada upaya menggali semangat substansial-historis dalam ayat al-Qur'an dan Hadits Nabi. Tulisan ini akan memaparkan bahwa sumber utama Islam tersebut sudah sejak awal memiliki visi dan misi kemanusiaan yang mendasar, yaitu kebebasan dan kesetaraan. Dua hal yang diperjuangkan oleh hak asasi manusia universal.

B. Kemuliaan Manusia dalam Islam

Semua manusia itu mulia. Karenanya, manusia memiliki hak yang setara di antara dan di dalam sesamanya untuk mempertahankan kemuliaan itu. Dalam konteks teologi Islam, kemuliaan itu pemberian Tuhan (Q.S *al-Isrâ':* 70): "*Dan sesungguhnya telah Kami (Tuhan) muliakan anak adam...*"²² Kemuliaan ini tidak natural (alami) lebih-lebih dalam pemahaman ateistik yang menghindari bahkan menolak

²² Marcel A. Boisard, pakar Islamologi dari Prancis berpandangan, secara abstrak hak manusia adalah terberi (*given*) dari Tuhan. Oleh karena itu kemuliaan bagi setiap manusia tidak boleh dicerai oleh siapapun di antara mereka. Menurut Marcel A. Boisard, dalam Islam, individu-individu terkait erat dengan basis-basis kolektif yang nilai-nilainya disandarkan kepada norma-norma ketuhanan. Basis-basis kolektif suatu komunitas terbentuk dari kesepakatan-kesepakatan dalam kontrak sosial yang disemangati oleh tuntunan Tuhan. Inilah ciri Islam dalam asumsi Boisard. Berbeda dengan semangat dari kontrak sosial masyarakat yang berlaku di Barat di mana dasar untuk berpegang kepada kontrak sosial yang akan menjelaskan kewajiban dan menjamin hak masing-masing, dapat diekspresikan hanya melalui persetujuan individu-individu semata. Marcel A. Boisard, *Humanisme dalam Islam*, terj. H.M Rasjidi, Bulan Bintang, Jakarta, 1980, hlm. 110 dan 160. Namun dalam konsep hak asasi manusia internasional, faktor Tuhan ini absen dalam strukturnya karena saat perumusannya, pihak komunis (diwakili oleh Soviet) berkeberatan dengan istilah: "diciptakan" (*created*) yang menandakan eksistensi Tuhan dan sepakat dengan istilah "dilahirkan" karena natural. Michael Ignatieff, 'Human Rights as Politics and Idolatry' dalam *Foreign Affairs* 80, No.6, N/D 2001, hlm. 106. Bandingkan dengan pernyataan dalam dokumen pembukaan Deklarasi Kairo yang menyebutkan: "...which God made the best nation that has given mankind a universal and well-balanced civilization..." Dipertegas oleh artikel 1 ayat a dan b. Lihat United Nation, *Contribution of the Organisation of the Islamic Conference*, World Conference on Human Rights, Geneva, 1993, hlm. 3.

faktor Tuhan.²³ Indonesia sebagai negara yang Berketuhanan Yang Maha Esa menegaskan Tuhan sebagai faktor klausa prima hak asasi manusia melalui Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.²⁴

Secara epistemologis, anugerah kemuliaan tidak semata menunjukkan kebaikan Tuhan akan tetapi juga berkenaan dengan tugas manusia memikul tanggungjawab kosmik (*al-amânah*) yang berat (Q.S *al-Ahzâb*: 72).²⁵ Semua agama mengandung ajaran yang sepenuhnya bermuara pada transendensi Tuhan dan imanensi makhluk. Tuhan Yang Kuasa dan manusia yang tak berdaya. Tuhan Yang Mutlak dan manusia yang relatif. Namun yang terpenting Tuhan mendeklarasikan kemuliaan semua manusia tanpa kecuali selama ia dapat disebut manusia. Artinya, kemuliaan itu milik setiap manusia yang tidak boleh dilanggar oleh manusia yang lain.

Melalui Q.S. *al-Hujurât*: 13²⁶ Allah SWT menyatakan bahwa kemuliaan itu memiliki gradasi dan yang tertinggi adalah yang paling patuh kepada-Nya. Inilah bahasa teologi sebagaimana mestinya. Toh wujud kepatuhan tertinggi kepada-Nya melibatkan kriteria yang tidak

²³ Hak asasi manusia adalah hal-hal mendasar yang telah dimiliki dan diperoleh manusia sejak lahir tanpa memandang perbedaan apapun baik atas dasar jenis kelamin, bangsa, ras, dan agama. Oleh karena itu hak asasi manusia harus berlaku secara universal sebagai hak moril dan hak positif (yang harus dilaksanakan). Dalam pandangan masyarakat Barat, hak asasi manusia bukan berasal dari suatu kedudukan atau kewajiban tertentu. Hak asasi manusia merupakan murni sebagai hak yang otonom dari persyaratan apapun bagi seseorang yang disebut manusia. Pringgogidgo, *Ensiklopedi Umum*, Kanisius, Yogyakarta, 1993, hlm. 392.

²⁴ "Hak asasi manusia adalah seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara hukum, pemerintahan dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia". (cetak tebal oleh penulis).

²⁵ *Sesungguhnya Kami telah mengemukakan amanah kepada langit, bumi dan gunung-gunung, maka semuanya enggan untuk memikul amanah itu dan mereka khawatir akan mengkhianatinya, dan dipikullah amanah itu oleh manusia.* (cetak tebal oleh penulis)

²⁶ *Hai manusia, sesungguhnya Kami menciptakan kamu dari seorang laki-laki dan seorang perempuan dan menjadikan kamu berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya kamu saling mengenal. Sesungguhnya orang yang paling mulia di antara kamu di sisi Allah ialah orang yang paling bertakwa di antara kamu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal.* (cetak tebal oleh penulis)

saja berkenaan dengan-Nya (*al-imân*) tetapi juga perbuatan baik (*amal shâlih*) kepada sesama makhluk-Nya (Q.S. *al-Baqarah*: 3-4 dan Q.S. *al-Tîn*: 4-6). Dalam Islam, kualitas hubungan dengan-Nya, ditentukan oleh kualitas hubungan dengan makhluk-Nya.

Melalui Q.S. *al-Tîn*: 4-6, Allah SWT telah jelas menyampaikan sekian hak kemuliaan manusia. Akan tetapi hak-hak itu harus dipertahankan sendiri oleh individu. Artinya, yang dapat merenggut hak dasar seseorang adalah tindakan individu itu sendiri.²⁷ Islam melarang keras pelanggaran hak manusia oleh manusia yang lain.²⁸ Bahkan apresiasi Tuhan terhadap hak manusia dapat dilihat dari bagaimana pelanggaran terhadap hak manusia (*hak adamiy*) hanya dapat diselesaikan melalui pengampunan orang yang terlanggar haknya dan Tuhan enggan ikut campur di dalamnya. Hak itu dapat terus melekat pada diri seseorang bila ia sebagai manusia melaksanakan kewajibannya untuk berbuat baik kepada Tuhan dan sesama. Pada posisi ini, semua agama lebih banyak memberikan penekanan terhadap kewajiban yang kemudian diikuti dengan hak (seperti pahala dan surga).

Islam menegaskan bahwa pelanggaran hak asasi manusia²⁹ tidak akan diampuni kecuali oleh orang yang bersangkutan (Q.S. *al-Mâidah*: 45 dan Q.S. *al-Isrâ'*: 33) serta kesadaran diri pelanggar (Q.S. *al-Mâidah*: 34), sementara hak asasi Tuhan diurus oleh diri-Nya Yang Maha Berwenang. Manusia manapun tidak pernah diperkenankan membuat klaim-klaim yang dianggap mewakili hak Tuhan. Di dalam konsep tauhid, Allah lebih dari mampu untuk melindungi hak-hak pribadi-Nya. Karena itu, kita harus

²⁷ Q.S. *Yunus*: 44.

²⁸ Q.S. *al-Syu'ara'*: 183.

²⁹ Istilah pelanggaran hak asasi manusia adalah tanggungjawab negara dan berbeda pertanggungjawabannya dengan istilah pelanggaran berupa kejahatan internasional paling serius (*the most serious crimes*) berupa genosida, kejahatan terhadap kemanusiaan, agresi, terorisme, dan kejahatan perang. Kejahatan internasional ini yang bertanggungjawab adalah individu. Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008, hlm. 70.

lebih berhati-hati untuk tidak melanggar hak-hak asasi manusia, karena dalam Islam, Tuhan sendiri pun tidak akan mengampuni pelanggaran terhadap hak asasi orang lain, kecuali yang bersangkutan telah memberi maaf. Seorang khalifah atau penguasa pun tidak berhak mencabut hak asasi tiap individu, kecuali individu-individu tersebut melanggar hak asasi orang lain secara paksa dan ia diputuskan melanggar setelah melalui pengadilan yang dilakukan orang-orang kredibel (Q.S. *al-Nūr*: 2).³⁰

Agama apapun memiliki karakter transendensi sekaligus imanensi; vertikal dan horisontal. Di dalam Islam, persoalan manusia tidak saja berhubungan dengan Tuhan tetapi juga menekankan arti penting pola hubungan antar manusia. Ketidakmampuan mengurai konteks transendensi dan imanensi, menjadikan pemeluk suatu agama selalu beranggapan bahwa manusia adalah komplementer, padahal baik hubungan dengan Tuhan maupun dengan sesama manusia adalah persoalan elementer yang dibicarakan agama.³¹

Referensi yang paling populer mengenai penghargaan Islam terhadap kemanusiaan dapat diingat melalui apa yang dikenal dengan Piagam Madinah pada tahun 1 Hijriyah (622 Masehi). Piagam ini merupakan naskah perjanjian antara kaum Muhajirin, Anshar, Pagan Madinah, dan Yahudi-Kristen sebagai satu masyarakat penghuni wilayah Madinah. Naskah tersebut berisi tentang kebebasan beragama, menyatakan pendapat, mempertahankan hak milik, dan larangan melakukan tindakan kriminal.³² Meskipun piagam ini sebenarnya traktat politik, tetapi pengakuan terhadap hak individu dan kolektif dalam piagam ini merupakan sebuah langkah maju di tengah masyarakat berkarakter konflik dan miskin penghormatan terhadap kemanusiaan.

³⁰ M. Suud dan Syukron Affani, *Islam dan Transformasi Budaya: Mewujudkan Perubahan Menuju Masyarakat Progresif*, Logung Pustaka, Yogyakarta, 2009, hlm. 110.

³¹ Fazlurrahman, *Tema-tema Pokok al-Qur'an ... op. cit.*, hlm. 66.

³² Muhammad Husein Haekal, *Sejarah Hidup Muhammad*, terj. Ali Audah, Litera Antar Nusa, Jakarta, 2000, hlm.199-205.

Syed Hossein Nasr, sebagaimana dikutip M.M. Billah, membedakan dua jenis kebebasan, yakni kebebasan menjadi (*freedom to be*) dan kebebasan bertindak (*freedom to act*). 'Kebebasan menjadi' bersifat internal dan mutlak (*absolute inner freedom*) yang hanya dapat ditemukan dalam kehidupan spiritual, dan karena itu terletak di dalam ruang pribadi (*forum internum*) individu sehingga sama sekali tidak dapat diintervensi, direnggut, dan dicabut (*non-derogable rights/ inalienable*). 'Kebebasan menjadi' merupakan kebebasan manusia yang ada dalam Islam sebagai keinginan menyerahkan diri pada kekuasaan dan kehendak Tuhan. Sedangkan 'kebebasan bertindak' berada di dalam batas-batas yang dipaksakan atas manusia oleh realitas eksternal dirinya. Oleh karena itu bagi Syed Hossein Nasr, hak asasi manusia adalah akibat dari kewajiban manusia dan bukannya sebagai sebab dari kewajiban tersebut. Manusia memiliki kewajiban kepada Tuhan, lingkungan alam, dan manusia lainnya. Hanya mereka yang memenuhi kewajiban tersebut yang dapat menikmati hak-hak yang ditegaskan dalam hukum Tuhan. Sebaliknya yang tidak mematuhi kewajiban itu, tidak memiliki hak yang absah.³³

C. Kebebasan Beragama dalam Islam

Terdapat 3 aspek kebebasan beragama dalam Islam, yaitu perenungan yang bebas dari doktrin taklid (mengikuti tanpa dasar), bebas dari paksaan dan ancaman atas keyakinan tertentu, dan bebas dalam menjalankan ritual keyakinan. Al-Qur'an mengkritik belenggu taklid sebagaimana dalam dinyatakan dalam Q.S. *al-Baqarah*:170.³⁴ Di masa

³³ M.M. Billah dalam kata pengantar buku John Kelsay dan Sumner B. Twiss, *Agama dan Hak-Hak Asasi Manusia*, terj. Ahmad Suaedy dan Elga Sarapung, Interfidei, Yogyakarta, 2007, hlm. xvii-xviii.

³⁴ "dan apabila dikatakan kepada mereka: "Ikutilah apa yang telah diturunkan Allah," mereka menjawab: "(Tidak), tetapi Kami hanya mengikuti apa yang telah Kami dapati dari (perbuatan) nenek moyang kami". "(Apakah mereka akan mengikuti juga), walaupun nenek moyang mereka itu tidak mengetahui suatu apapun, dan tidak mendapat petunjuk?". Farj Mahmud Abu Laili, *Tarikh Huquq al-Insan fi al-Tashawwur al-Islamiy*, Dar al-Tsaqafah, Qatar, 1994, hlm. 71.

awal, umat Islam menjaga diri agar tidak perangkap ke dalam cara-cara paksa dalam berdakwah. Umar bin Khattab, misal, suatu ketika didatangi seorang nenek Kristiani untuk suatu keperluan. Setelah dapat memenuhi keinginan si nenek, Umar mencoba mempersuasi si nenek agar bersedia masuk Islam namun si nenek menolak. Umar kuatir ada ucapan dalam ajakannya yang menyinggung dan bernada memaksa. Ia segera menukas, “ Sungguh, aku tidak memaksanya!”³⁵

Al-Qur’an sangat tegas menekankan kebebasan beragama sebagaimana dalam Q.S *al-Baqarah*: 256 dengan kalimat kunci: *lâ ikrâha fi al-dîn* (tidak boleh ada pemaksaan dalam beragama). Kebebasan beragama harus didukung karena keimanan harus merupakan tindakan yang tulus ikhlas. Q.S. *al-Baqarah*: 256 ini berhubungan dengan beberapa Yahudi dan Nasrani Madinah yang baru masuk Islam,³⁶ yang juga hendak memuslimkan anak-anak mereka.³⁷ Dengan ayat tersebut, jelas bahwa iman adalah urusan dan komitmen individual; yang orang tua pun tidak

³⁵ Farj Mahmud Abu Laili, *Tarikh Huquq al-Insan ... op. cit.*, hlm. 72. Dalam cerita yang lain, Umar memiliki budak Kristen yang diajaknya memeluk Islam tetapi budak itu menolak. Umar menghargai penolakan itu dan menegaskannya dengan Q.S. *al-Baqarah*: 256 : *lâ ikrâha fi al-dîn*. Lihat al-Qutb Muhammad al-Qutb, *al-Islam wa Huquq al-Insan: al-Jihad*, Dar al-Fikr al-Arabiy, Kairo, 1989, hlm. 117.

³⁶ Salah satu penjelasan dalam tafsir Ibn Katsir, menyebutkan bahwa *asbab nuzul* Q.S. *al-Baqarah* :256 berkenaan dengan seorang bapak dari kaum Anshar, konon dari Bani Salim bin ‘Auf, yang kedua anaknya tetap teguh dengan keyakinan Nasraninya. Si bapak menghadap Rasulullah untuk meminta pertimbangannya dalam rencana memaksa kedua anaknya. Turunlah ayat tersebut. Lihat Abu al-Fida’ Ismail Ibn Katsir al-Dimasyqi, *Tafsîr al-Qur’an al- ‘Âdzim*, Jilid II, Ed. Mustafa Sayyid Muhammad et.all, Muassasah al-Qurtubah, Kairo, 2000, hlm. 445-446.

³⁷ Ada yang berpendapat bahwa Q.S. *al-Baqarah*: 256 ini dibatalkan oleh Q.S. *al-Taubah*: 73 dan *al-Tahrim*: 9 yaitu: *Hai Nabi, perangilah orang-orang kafir dan orang-orang munafik dan bersikap keraslah terhadap mereka. Tempat mereka adalah Jahannam dan itu adalah seburuk-buruknya tempat kembali*”. Terbukti Nabi mempropagandakan Islam ke seluruh jazirah dengan peperangan. Pendapat ini keliru karena mencampuradukkan antara fakta agama dan fakta sosio-kultur-politik. Penaklukan-penaklukan tentara muslim ke berbagai kabilah Arab di zaman Nabi merupakan misi politik dimana kebebasan berkeyakinan tetap dijunjung tinggi. Saat penaklukan kota Mekkah, Nabi memberikan pilihan terbuka bagi penduduk Mekkah sebagai bentuk kemenangan politik. Al-Qutb Muhammad al-Qutb, *al-Islam wa Huquq al-Insan ... op. cit.*, hlm. 116.

dapat mencampuri keyakinan anak.³⁸

Wewenang orang tua hanya pada batas memberikan arahan yang dibutuhkan. Hal ini sesuai dengan Pasal 14 ayat (2) Konvensi tentang Hak Anak (KHA) atau (*Convention on the Rights of the Child/CRC*) tahun 1989. Arahan itu diperlukan agar anak dapat melaksanakan hak-haknya yang tercantum dalam Pasal 14 ayat (1) KHA yaitu penghormatan hak anak atas kebebasan berpikir, hati nurani dan beragama. Oleh karena itu orang tua memiliki pengaruh yang dapat dimengerti terhadap orientasi agama anak-anak mereka meskipun seiring perkembangan kemampuan anak, kekuasaan orang tua berkurang sama sekali dan anak berhak memutuskan sendiri apapun yang diinginkannya.³⁹

Kebebasan beragama sebagaimana ditunjukkan oleh Q.S. *al-Baqarah*: 256 tersebut didukung oleh ayat Q.S. *al-Hajj*: 39-40 yang menjadi gerbang seluruh ayat “darurat militer” dalam al-Qur’an;⁴⁰ yang justru disalahpahami sebagai bukti intoleransi Islam terhadap kebebasan beragama. Padahal pada kenyataannya, objek ayat itu adalah musuh-musuh kebebasan di Mekkah yang telah lama merongrong kebebasan ibadah dan beragama umat Islam bahkan ketika umat Islam mengungsi permanen ke Madinah sekalipun. Kenapa perang? Karena tidak ada jalur diplomasi dan arbitrase yang dapat melunakkan intimidasi brutal kaum musyrik Mekkah. Ayat-ayat penggunaan kekuatan militer tidak

³⁸ Mohamed Talbi, ‘Kebebasan Beragama’ dalam Charles Kurzman, *Wacana Islam Liberal: Pemikiran Islam Kontemporer tentang Isu-isu Global*, Paramadina, Jakarta, 2001, hlm. 254.

³⁹ Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum ... op. cit.*, hlm. 109

⁴⁰ Surat *al-Hajj*: 39-40 merupakan pintu masuk untuk memahami seluruh ayat perang dalam al-Qur’an. Ayat ini merupakan ayat yang memberi izin kepada kaum muslimin untuk mobilisasi kekuatan tempur melawan kesewenangan musuh Islam. Lisensi perang yang dideklarasikan Q.S. *al-Hajj*: 39 tidak membatalkan sedikitpun ayat-ayat al-Qur’an yang toleran terhadap orang lain. Ayat itu turun agar umat Islam mulai mempertimbangkan penggunaan instrumen penekan terhadap pihak yang tidak kunjung ramah terhadap Islam: yaitu kafir Mekkah. Tujuannya jelas, yaitu menciptakan perdamaian dan menegakkan hak-hak menjalankan ibadah. Abu al-Fida’ Ismail Ibn Katsir al-Dimasyqi, *Tafsir al-Qur’an al-‘Âdzim ... op. cit.*, Jilid X, hlm. 75.

dapat digeneralisir ditujukan kepada semua pihak yang secara akidah berseberangan dengan umat Islam. Justru ayat-ayat perang dalam al-Qur'an ditujukan kepada pihak-pihak yang menyulitkan dan mengganggu kebebasan umat Islam sendiri.

Ayat-ayat perang dalam al-Qur'an adalah ayat-ayat partikular yang justru konsiderannya adalah ayat-ayat universal: kebebasan, perdamaian, dan kasih-sayang. Dan perdamaian akan tercipta bila terdapat proses saling mengerti, memahami, dan menghormati di antara kelompok-kelompok yang berbeda. Musyrikin Quraisy, munafikin Madinah, dan Yahudi-Nasrani Madinah tidak menginginkan perdamaian. Cara yang paling memungkinkan untuk mengakhiri mata rantai kekerasan terutama terhadap umat Islam kala itu tidak lain mengangkat senjata untuk memaksa mereka mengakui eksistensi umat Islam dan menghargainya.⁴¹ Peperangan yang dilancarkan oleh Rasulullah, tidak berkaitan dengan keyakinan seseorang tetapi niat dan rencana seseorang untuk mengganggu umat Islam. Jadi, peperangan dalam Islam adalah murni peperangan menegakkan hak, perdamaian, kebebasan, dan ketertiban.

D. Hak Asasi Manusia dan Pro-Kontra Kebebasan Beragama

Hak asasi manusia melampaui perbedaan biologis (jenis kelamin dan warna kulit) dan ideologi (agama, keyakinan, pandangan politik, dan kebangsaan). Hal ini dinyatakan dalam Pasal 2 Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) atau (*The Universal Declaration of Human Rights/UDHR*) 1948 dan dikukuhkan oleh Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 26 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) atau (*The International Covenant on Civil and Political Rights/ICCPR*) serta Pasal 2 ayat (2) Kovenan Internasional tentang Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya

⁴¹ Pembahasan lebih lanjut mengenai ayat-ayat *qital* yang sempat digunakan sebagai propaganda oleh politisi sayap kanan Belanda, Gert Wilders, untuk memojokkan Islam dapat lihat dalam M. Suud dan Syukron Affani, *Islam dan Transformasi ... op. cit.*, hlm. 163-164.

(KIHESB) atau (*The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights/ICESCR*). Konsep hak asasi manusia yang lintas identitas primordial dan inklusif ini tentu saja melahirkan reaksi dari pihak-pihak yang masih setia dengan klaim-klaim eksklusif.

Kenyataannya, kebebasan beragama masih menjadi isu sensitif terutama di negara-negara berpenduduk muslim sehingga banyak ditemukan pelanggaran terhadap kebebasan beragama. Di lain pihak keluhan dialamatkan kepada umat Islam yang dinilai tidak menyadari bahwa umat Islam yang, misal hidup di negara Barat, relatif menikmati “fasilitas” demokrasi seperti perlindungan hak asasi manusia sementara di saat yang sama beberapa negara muslim seperti Saudi Arabia, membonsai bahkan melarang eksistensi agama Kristen, Yahudi, dan lainnya. Komisi Hak Asasi Manusia Islam (*Islamic Human Rights Commission*) tidak banyak berkontribusi menghadirkan laporan yang semestinya dalam menyikapi ketimpangan ini.⁴² Ini menjadi tantangan bagi umat Islam untuk meninggalkan sikap-sikap apologetik dan maju bersama menerapkan hak asasi manusia sebaik-baiknya melalui standar-standar internasional yang sudah ada.

DUHAM yang diprakarsai PBB pada tanggal 10 Desember 1948 terutama terkait dengan kebebasan berkeyakinan menuai kontroversi berkepanjangan dari kelompok agama.⁴³ Hingga saat ini, penerimaan

⁴² Paling tidak dalam konteks pandangan masyarakat Inggris. Lihat Caroline Cox dan John Marks, *The ‘West; Islam and Islamism: Is ideological Islam compatible with liberal democracy?* Civitas Institute for the Study of Civil Society, London, 2003, hlm. 73.

⁴³ Paus dan Vatikan melancarkan kritik tajam dan baru mengakui DUHAM pada tahun 1963. Begitu juga Yahudi yang tidak satupun peduli pada Deklarasi ini. Kelompok Wahabi di Arab Saudi menolak Deklarasi dan menegaskan pandangannya tentang al-Qur’an sebagai pedoman hidup dunia-akhirat. Para mullah di Iran menganggap Deklarasi tersebut produk Barat yang tendensius terhadap dunia Islam. Rezim Israel yang beraliran kanan (keras) mengabaikan Pasal 1 KIHSP berkenaan dengan hak-hak ibadah masyarakat Palestina. Bahkan pada tahun 1994, pemerintah Sudan mengancam PBB telah mengkerdilkan Islam dan kaum muslimin saat Komisi HAM PBB menyoroati dan membahas konflik di Sudan. F. Dagher, *al-Thâifiyah wa Huqûq al-Insân*, Cairo Studies Center of Human Rights, Kairo, 1995, hlm. 32.

terhadap hak asasi manusia memang mengalami kemajuan namun masih muncul pandangan-pandangan skeptis. Kelompok agamawan masih banyak yang mempertentangkan hak asasi manusia dengan agama. Perjuangan mempromosikan hak asasi manusia internasional dianggap “misi suci” melebihi sakralitas ajaran agama.⁴⁴

Doktrin hak asasi manusia yang sedemikian kuat bahkan juga klaim universalitasnya yang dinilai menjadi agenda imperialis terselubung menempatkan doktrin hak asasi manusia sebagai sasaran serius kritik intelektual. Pertanyaan dan kritik atas klaim universalitas hak asasi manusia hanya bentuk keculasan imperialisme moral Barat memang dapat dibenarkan. Penentangan kultural terhadap universalitas hak asasi manusia muncul dari tiga sumber berbeda: Islam revivalis, kritikus Eropa sendiri, dan kelompok Asia Timur.⁴⁵ Ketiganya mempersoalkan validitas lintas budaya doktrin hak asasi manusia. Kelompok Islam sedari awal sudah menunjukkan penentangannya. Pada tahun 1947, delegasi Arab Saudi menolak rumusan Pasal 16 DUHAM yang berkenaan dengan pilihan bebas menikah dan Pasal 18 tentang kebebasan beragama. Arab Saudi meminta komite internasional mengkaji ulang DUHAM karena dinilai hanya mewakili pengalaman kebudayaan Barat. Mereka lebih khusus menolak meratifikasi Pasal 16 dan Pasal 18 tersebut.

Pasal 18 DUHAM menyatakan, “*Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; **this right includes freedom to change his religion or belief**, and freedom, either alone or in community with*

⁴⁴ Mohd Aizam Mas'od, *Apostasy is Not Human Rights*, Makalah JAKIM Research Departement Malaysia, hlm. 1.

⁴⁵ Dalam masyarakat Barat sendiri, diwakili oleh kelompok postmodernis dan Marxist, konsep hak asasi manusia dipersoalkan sebagai anasir-anasir nilai Barat yang imperialis dan individualis. Sedangkan kelompok Asia Timur, diwakili oleh Malaysia dan Singapura, menilai hak asasi manusia tidak cocok dengan nilai-nilai ketimuran yang komunal daripada individual. Malaysia dan Singapura yang menikmati kemajuan ekonomi memiliki kepercayaan yang tinggi untuk berhadapan dengan Barat dengan menolak hak asasi manusia dan demokrasi. Mereka mempromosikan nilai-nilai komunalitas Asia (*Asian Values*) untuk melawan individualisme dan liberalisme Barat. Michael Ignatieff, *Human Rights ... op. cit.*, hlm. 105.

others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance ". (cetak tebal oleh penulis).

Pasal di atas tidak dapat diterima dan dinilai mengebiri hak umat Islam untuk menjalankan ajaran dan menjaga agamanya. Yaitu bila seseorang diperkenankan memeluk Islam sebagaimana ia diperkenankan bebas keluar dari Islam, maka hak muslim untuk menjaga kesucian agamanya telah dilanggar. Orang yang keluar dari Islam adalah orang yang menodai kesucian Islam dan merupakan kejahatan terhadap kesucian agama. Oleh karena itu orang yang murtad harus dihukum. Padahal dalam pandangan Dewan HAM PBB, murtad (*apostasy*) bukan termasuk kategori kejahatan sangat serious (*the most serious crimes*) yang dapat dihukum mati sebagaimana dalam Pasal 6 ayat (2) KIHSP.⁴⁶

Murtad (*apostasy*) dinilai bukan isu individu tetapi isu Islam dan umat Islam apabila pernyataan untuk murtad dilakukan secara terbuka di muka umum dan melukai perasaan umat Islam. Lebih-lebih bila pernyataan kemurtadan dimaksudkan sebagai provokasi terhadap umat Islam dan serangan terhadap ajaran Islam. Disinilah kejahatan terhadap agama itu terjadi dan ia harus meminta maaf serta bertobat. Jika dua hal ini tidak dilakukan, orang tersebut dijatuhi hukuman mati. Bila perpindahan agama (keluar dari Islam) tidak melibatkan publikasi maka orang tersebut tidak akan terjerat hukuman murtad bahkan hukuman itu sebenarnya tidak berkaitan dengan kemurtadannya tetapi pernyataan terbukanya yang dapat memancing reaksi publik.⁴⁷

Universitas al-Azhar melalui ketua komisi fatwanya, Sheikh Abdul Hamid al-Athraş menyampaikan fatwa bahwa seorang non-muslim yang masuk Islam untuk kepentingan pribadi dan keluar dari agama Islam setelah mendapatkannya, maka ia telah melakukan kejahatan besar dan

⁴⁶ Blair Major, *International Human Rights, Islamic Law and the Death Penalty*, University of Alberta Sheldon Chumir, Memorial Essay Prize Winner, 2008, hlm. 9.

⁴⁷ Said Ramadhan al-Buti, *Hurriyah al-Insān fi Zill Ubūdiyyah Li-Allah*, Dar al-Fikr, Damsyik, 2004, hlm. 85-87.

tidak ditoleransi. Orang-orang yang murtad harus menerima hukuman syar'i sesuai yang telah digariskan jumbuh ulama bila mereka menolak bertobat. Menurut Sheikh al-Athrash, seseorang yang sudah memilih Islam sebagai agamanya, ia tidak boleh meninggalkannya. Fatwa ini bertolak belakang dengan fatwanya terdahulu.⁴⁸

Di dalam doktrin DUHAM, hak kelompok (*group rights*) tidak boleh menghalangi hak individu dalam meyakini dan menjalankan ritual ibadahnya bahkan bila meninggalkan kelompok agamanya.⁴⁹ Pada kenyataannya, kemerdekaan berkeyakinan yang sangat dijunjung dalam Islam, termasuk kemerdekaan berpindah keyakinan sudah lebih awal dinyatakan sebagaimana dalam Q.S. *al-Kahfi*: 29.⁵⁰ Keyakinan berkenaan dengan kepasrahan serta tanggung jawab dan bukan pemaksaan, kapanpun dan dimanapun. Pertanggungjawaban hamba dalam Islam hanyalah kepada Allah bukan kepada manusia. Tidak pada tempatnya manusia meminta pertanggungjawaban manusia yang lain termasuk dalam pilihannya keluar dari Islam.

Oleh karena itu masalah *riddah* (*apostasy*/murtad) dalam yurisprudensi dan teologi Islam tidak disemangati oleh al-Qur'an karena membatasi kebebasan seseorang dalam beragama. Teologi tradisional menjatuhkan hukuman mati bagi yang keluar dari Islam (*apostasy*) dengan mengacu pada tindakan Khalifah Abu Bakar di awal pemerintahannya. Nabi sendiri juga pernah menghukum orang-orang murtad tetapi hal itu bukan karena kemurtadan mereka melainkan penghianatan mereka dalam peperangan. Justru konsep hukuman mati bagi orang-orang murtad dipengaruhi oleh ajaran klasik *Judeo-Christiano* yang memerintahkan

⁴⁸ Karena fatwa terbarunya ini, Sheikh al-Athrash mendapatkan kritik tajam dari aktivis hak asasi manusia. Lihat <http://www.alarabiya.net/articles/2008/01/19/44427.html>.

⁴⁹ Michael Ignatieff, *Human Rights ... op. cit.*, hlm. 108.

⁵⁰ Dan katakanlah: "Kebenaran itu datangnya dari Tuhanmu; maka barangsiapa yang ingin (beriman) hendaklah ia beriman, dan barang siapa yang ingin (*kafir*) biarlah ia *kafir*".

rajam hingga mati bagi orang murtad.⁵¹

Ulama sunni seperti Imam al-Auza`ie (w. 157 H/774 M) dan Imam Malik (w. 179 H/796 M) telah mengeluarkan fatwa yang mengabaikan nilai nyawa seseorang yang dianggap memiliki pandangan keagamaan yang mungkar. Celaknya khalifah Umayyah, Hisyam bin Abd al-Malik (memerintah pada tahun 105-125 H/724-743 M) melaksanakan eksekusi terhadap lawan-lawan politiknya dengan memanfaatkan pendapat ulama tersebut.⁵² Di dalam al-Qur`an tidak ada ayat yang dapat menjadi dasar pelaksanaan eksekusi mati bagi orang yang keluar dari keyakinan Islam (murtad). Hukuman mati bagi yang murtad muncul dalam konteks sosio-historis, yaitu orang yang berkhianat pada negara ketika negara sedang menghadapi ancaman dari luar (perang).

Hukuman mati sendiri dianggap bertentangan dengan hak hidup yang bersifat *non-derogable rights* dalam Pasal 3 DUHAM: “*Setiap orang berhak atas kehidupan, kebebasan, dan keselamatan sebagai individu*. Meskipun demikian pada Pasal 6 ayat (2) sampai ayat (5) KIHSP memberikan toleransi terhadap hukuman mati dengan catatan-catatan tertentu. Di Indonesia, hukuman mati dapat dijatuhkan bagi pelaku tindak pidana narkoba, terorisme, dan pembunuhan berencana sebagaimana diatur dalam Pasal 10 dan 11 Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP) dan Pasal 36-37 Undang-Undang Nomor 26 tahun 2000 tentang Pengadilan Hak Asasi Manusia. Dengan demikian, dalam sistem pidana Indonesia, penghilangan nyawa yang merupakan keputusan pengadilan berwenang atas suatu kejahatan berat tertentu yang telah terbukti, bukanlah pelanggaran hak asasi manusia. Sementara itu, sudah lebih dari 50 negara dunia telah menghapuskan hukuman mati dalam sistem

⁵¹ Charles Kurzman, *Wacana Islam Liberal ... op. cit.*, hlm. 258.

⁵² Imam al-Auza`ie menghalalkan darah Ghilan al-Dimasyqi gara-gara pandangan *qadariyah*-nya. Imam Malik mendorong eksekusi mati bagi kelompok “liberal” bila mereka enggan bertobat. Mohamed Talbi, *Iyâl Allah: Afkâr Jadidah fi 'Alâqat al-Muslim bi Nafsihi wa bi al-âkhirin*, Ed. Hasan bin Utsman, Cérès, Tunisia, 1992, hlm. 81-82.

pidananya.⁵³

Memang ada upaya mendamaikan nilai hak asasi manusia Islam dengan pandangan hak asasi manusia Barat tetapi tidak sepenuhnya berhasil karena tidak substansial. Bahkan pemerintahan baru produk revolusi di Iran kala itu membuat tuduhan yang tak dapat dibantah bahwa norma hak asasi manusia dirancang dengan menjauhkan atau paling tidak membatasi campur tangan agama. Sehingga doktrin hak asasi manusia internasional harus menghadapi resiko bertentangan dengan hukum-hukum agama.⁵⁴

Pada tanggal 25 November 1981, Majelis Umum PBB menyatakan keprihatinan atas fenomena fanatisme kelompok dan superioritas yang didasarkan pada agama dan keyakinan tersebut. PBB menyatakan bahwa pembedaan manusia atas dasar agama dan keyakinan, telah merendahkan martabat manusia dan melanggar hak asasi manusia. PBB mendorong bangsa-bangsa dunia mengambil langkah untuk menangani tindakan-tindakan fanatisme atas nama agama dan keyakinan.⁵⁵

Namun, deklarasi hasil sidang Majelis Umum PBB tersebut gagal membuahkan rancangan konvensi. Isu diskriminasi atas dasar agama tetap menjadi persoalan yang belum terselesaikan, kontroversial, dan sulit mencapai konsensus. Bahkan ketentuan yang menegaskan kebebasan untuk berpindah agama yang diatur dalam Pasal 18 DUHAM tersebut terpaksa dirubah pada ketentuan dalam KIHSP. Meskipun demikian larangan diskriminasi dalam KIHSP tersebut tetap ditekankan.⁵⁶

Kebebasan beragama (yang berarti sekaligus bebas tidak beragama), seperti halnya kebebasan berpendapat, sesungguhnya tidak dapat dibatasi

⁵³ Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak ... op. cit.*, hlm. 257 dan 266.

⁵⁴ Michael Ignatieff, *Human Rights ... op. cit.*, hlm. 102-103.

⁵⁵ Melalui Deklarasi 36/55. F. Daghir, *al-Thâïfiyah wa Huqûq al-Insân*, Cairo Studies Center of Human Rights, Kairo, 1995, hlm. 33.

⁵⁶ Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak ... op. cit.*, hlm.108.

selama hanya menjadi bagian yang diyakini (dalam pikiran dan pendapat). Akan tetapi pembatasan terhadap kebebasan beragama dapat dilakukan bila diekspresikan dalam praktik yang bertentangan dengan ketertiban umum dan berdampak misalnya pada kesehatan manusia. Komunitas internasional menerima pembatasan terhadap praktik keagamaan yang membahayakan kesehatan dan mengganggu hajat hidup orang banyak.⁵⁷ Pembatasan hak beragama ini juga dikonfirmasi oleh ajaran Islam dalam Q.S. *al-Hajj*: 39-40, “*dan Sekiranya Allah tiada menolak (keganasan) sebagian manusia dengan sebagian yang lain, tentulah telah dirobohkan biara-biara Nasrani, gereja-gereja, rumah-rumah ibadat orang Yahudi dan masjid-masjid, yang di dalamnya banyak disebut nama Allah. Sesungguhnya Allah pasti menolong orang yang menolong (agama)-Nya. Sesungguhnya Allah benar-benar Maha kuat lagi Maha perkasa*”.

Di Indonesia, negara telah mengatur kebebasan beragama dalam Pasal 29 Undang-Undang Dasar 1945 dan Pasal 22 Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia. Negara memberikan jaminan tidak hanya dalam kebebasan memeluk agama tetapi juga kemerdekaan dalam menjalankan ibadah menurut agama dan kepercayaan masing-masing warga. Akan tetapi fakta konstitusional ini terkendala pelaksanaannya di dalam kehidupan beragama. Bahkan akhir-akhir ini, kebebasan beragama hanya sekedar jargon karena fanatisme menguat di dalam kelompok mayoritas dan banyak mengorbankan kepentingan minoritas.

E. Perempuan dalam Islam

Level kemanusiaan suatu masyarakat, dapat diukur dari tinggi rendahnya derajat persamaan yang ditawarkan kepada perempuan. Islam memiliki misi untuk memperbaiki keadaan perempuan yang tidak diuntungkan oleh budaya patriarki Arabia. Islam sangat simpati terhadap

⁵⁷ *Ibid...*, hlm.109-110.

perempuan dan prihatin atas kondisi ketimpangan yang menimpa mereka. Namun Islam memilih suatu cara untuk misi ini. Cara ini akan mudah disalahpahami bila tidak memahami semangat dasar Islam dan tidak memahami bagaimana Islam berdialog dengan kultur.

Memang umat Islam selalu berdalih bahwa Islam memberi hak yang jauh lebih baik kepada perempuan daripada agama-agama yang lain. Menurut Riffah Hassan, benar bila maksud “Islam” itu adalah “Islam Qur’ani”. Bukan hanya hak bagi perempuan yang dibahas al-Qur’an tetapi juga subjek-subjek yang lain.⁵⁸ Al-Qur’an adalah ‘magna carta’ hak asasi manusia yang sesungguhnya untuk umat Islam.⁵⁹ Namun, begitu “Islam Qur’ani” masuk ke ruang-ruang interpretasi, amputasi dilakukan dan mencederai hakikat pesan al-Qur’an.

Penggambaran tentang perempuan muslim yang terkekang dan dikungkung hak-haknya masih banyak tergambar dalam banyak kepala.⁶⁰ Penafsiran yang tidak sehat terhadap al-Qur’an dan Hadits serta konstruksi sosial yang mensubordinat perempuan, merupakan dua faktor yang merintangikan kesetaraan perempuan dengan laki-laki dalam menikmati hak-haknya. Padahal sejatinya Islam hadir dengan semangat pembebasan dan penghormatan terhadap perempuan. Islam menghadirkan redefinisi praktek-praktek sosial jahili secara radikal untuk ukuran saat itu.⁶¹ Semangat itu terekam dari:

- Kecaman terhadap buruknya perlakuan Arab jahili terhadap perempuan sebagaimana dalam Q.S. *al-Nahl*: 58-59.

⁵⁸ Riffat Hassan, *Are Human Rights Compatible with Islam? The Issue of the Rights of Women in Muslim Communities*, University of Louisville, Louisville, Kentucky, hlm. 8.

⁵⁹ *Ibid.*, hlm. 3.

⁶⁰ Feminis sekuler memandang sistem Islam menjadi kutukan bagi eksistensi perempuan. Penindasan terhadap perempuan dalam Islam lebih dominan daripada pembebasan. Haifaa A. Jawad, *The Rights Of Women In Islam: An Authentic Approach*, Macmillan Press, London, 1998, hlm. Viii.

⁶¹ *Ibid.*, hlm. 5.

- Pembatasan beristri hanya hingga 4 saja dari yang semula tanpa batas sebagaimana dalam Q.S. *al-Nisa'*: 3.
- Deklarasi penciptaan manusia dari satu jiwa dalam Q.S. *al-A'raf*: 189.

Semenjak kehadirannya Islam memiliki misi yang kuat untuk membebaskan dan menghargai hak-hak perempuan. Islam tidak membedakan laki-laki dan perempuan. Keduanya memiliki hak yang setara sebagaimana dijelaskan melalui Q.S. *al-Ahzab*: 35.⁶² Pertanggungjawaban perempuan terhadap Allah, juga sama seperti laki-laki. Perempuan tidak tergantung kepada laki-laki dalam mempertanggungjawabkan kehidupannya kepada sang Pencipta karena keduanya setara dan bermitra. Lihat penjelasan Q.S. *al-Nisa'*: 124.⁶³ Perempuan memiliki hak properti yang sama sebagaimana laki-laki seperti penjelasan Q.S. *al-Nisa'*: 7.⁶⁴ Mengenai bagian yang tidak sama antara laki-laki dan perempuan bukan mengindikasikan adanya ketimpangan melainkan kondisi faktual sosial mengenai beban tanggungjawab yang lebih berat di antara dua pihak ini.⁶⁵

Misi restorasi moral Islam melalui Nabi Muhammad mencakup

⁶² *Sesungguhnya laki-laki dan perempuan yang muslim, laki-laki dan perempuan yang mukmin, laki-laki dan perempuan yang tetap dalam ketaatannya, laki-laki dan perempuan yang benar, laki-laki dan perempuan yang sabar, laki-laki dan perempuan yang khusyuk, laki-laki dan perempuan yang bersedekah, laki-laki dan perempuan yang berpuasa, laki-laki dan perempuan yang memelihara kehormatannya, laki-laki dan perempuan yang banyak menyebut (nama) Allah, Allah telah menyediakan untuk mereka ampunan dan pahala yang besar.*

⁶³ *Barangsiapa yang mengerjakan amal-amal saleh, baik laki-laki maupun wanita sedang ia orang yang beriman, Maka mereka itu masuk ke dalam surga dan mereka tidak dianiaya walau sedikitpun.*

⁶⁴ *Bagi orang laki-laki ada hak bagian dari harta peninggalan ibu-bapa dan kerabatnya, dan bagi orang wanita ada hak bagian (pula) dari harta peninggalan ibu-bapa dan kerabatnya, baik sedikit atau banyak menurut bahagian yang telah ditetapkan."*

⁶⁵ Farj Mahmud Abu Laili, *Tārīkh Huqûq al-Insân...*, hlm. 145.

pemenuhan hak-hak perempuan. Hak-hak itu secara garis besar berupa hak untuk dihargai (*right to respect*), hak memilih dan dipilih dalam ranah politik dan partisipasi publik (*right of election and nomination to political offices and participation in public affairs*), hak waris (*right to inheritance*), hak menikmati seks yang sah (*right to sexual pleasure*), hak atas identitas (*right to keep her own identity*), hak atas akses pendidikan (*right to education*), hak menikah dengan siapapun yang disukai dan hak mengakhiri pernikahan (*right to marry whom she likes, and to end an unsuccessful marriage*), dan hak kepemilikan pribadi (*right of independent ownership*).⁶⁶

Seluruh hak ini telah dinyatakan dengan baik dalam *the Cairo Declaration on Human Rights in Islam*. Contoh artikel 6 poin a tentang kesetaraan perempuan dan laki-laki dalam menikmati hak-hak yang sama: “*Woman is equal to man in human dignity, and has rights to enjoy as well as duties to perform; she has her own civil entity and financial independence, and the rights to retain her name and lineage*.” Pada artikel 6 poin b tanggungjawab dalam rumah tangga dilimpahkan kepada suami: “*The husband responsible for the support and welfare the family*.”⁶⁷ Poin-poin dalam Deklarasi Kairo memang khas Islam yang menempatkan laki-laki sebagai pemikul tanggungjawab keluarga dan tentu saja sama dengan membuka perdebatan mengenai pengertian kesamaan dan kesetaraan fungsi suami dan istri dalam perspektif *the International Bill of Rights* (DUHAM dan instrumen internasional lainnya).

Status perempuan dalam Islam selalu menunjuk secara tekstual pada Q.S. *al-Nisâ'*: 34 yang secara tersurat patriarkhis dan, dalam bahasa feminisme: misoginis (anti-perempuan). Pendekatan tekstual tidak memadai untuk menguak pesan terdalam dalam ayat tersebut karena

⁶⁶ Haifaa A. Jawab, *The Rights Of Women In Islam ... op. cit.*, hlm. 7-11.

⁶⁷ United Nation, *Contribution of the Organisation of the Islamic Conference, World Conference on Human Rights, Geneva, 1993*, hlm. 5.

meninggalkan konteks historis (*historical context*) yang luas dan konteks struktur logis ayat. Q.S. *al-Nisá'*: 34 di kalangan umat Islam dipahami sebagai petunjuk kewenangan suami mengambil tindakan represif sekalipun kepada istri dalam menyelesaikan masalah rumah tangga.⁶⁸

Pembangkangan istri yang di sebut *nusyuz*, faktor diperbolehkannya menempuh jalan terakhir pemecahan masalah berupa pemukulan. Istri *nâsyiz* (pelaku *nusyuz*) adalah istri yang meremehkan suami, mengabaikan permintaan suami, menentangnya, dan menumpahkan kemarahan kepadanya.⁶⁹ Suami dapat mengambil langkah pendekatan persuasif untuk menyelesaikan masalah. Bila belum ada koreksi, suami dapat melakukan “embargo” hubungan “bilateral”. Cara kedua ini sebenarnya, bukan sekedar sanksi biologis tetapi juga berdampak psikologis. Namun bila belum juga ada i'tikad baik dari istri untuk menghentikan tindakannya, suami diperkenankan memberi terapi kejut (*shock therapy*) kepada istri dengan tindakan kekerasan.

Q.S. *al-Nisá'*:34 rentan disalah mengerti. Ayat tersebut hanya bisa dipahami melalui konteks mikro (*asbâb nuzûl/the historical context of it's revelation*)⁷⁰ di saat turunnya ayat tersebut akan tetapi pemahaman

⁶⁸ Syarat ini populer di semua literatur fikih dan tafsir. Muhammad bin Umar Nawawi al-Bantani, *Syarh 'Ulûd al-Lujain fi Bayâni Huqûq al-Zawjain*, Hidayah, Surabaya, tth, hlm. 4.

⁶⁹ Ibn Katsir, *Tafsir al-Qur'an al-Adzim*, Juz I, Maktabah al-Nur al-Ilmiyah, Beirut, 1992, hlm. 466.

⁷⁰ Sa'd bin al-Rabi' bin Amr al-Anshary cekcok dengan Habibah binti Zayd bin Abi Zuhayr dan menamparnya. Mertua Sa'd, ayah Habibah tidak terima dan mengadukannya kepada Rasulullah. Keputusan Rasul, Habibah boleh menampar balik Sa'd! Keputusan Rasulullah tersebut dapat dinilai revolutif dan reaksioner dalam konteks kebudayaan patriarki dan terutama considerasi dakwah Islam. Sa'd bin Rabi' ini bukan masyarakat biasa. Ia adalah tokoh Anshar dan tokoh lingkaran utama sahabat Rasulullah. Namun deskripsi Talbi, bahwa Sa'd bin Rabi' ini syahid pada perang Uhud (*isyatasyhada bi Uhhud*), akan mengacaukan alur analisis historisnya terhadap *al-Nisá'*: 35 karena penjelasan paling rasional mengenai ayat itu dijelaskan oleh Talbi berkaitan dengan momen-momen pasca Uhud. Kitab-kitab tafsir mengaitkan surat *al-Nisá'*: 34-35 tersebut dengan tindakan Sa'd bin Rabi' menampar istrinya. Asumsinya, Sa'd bin Rabi' tetap hidup setelah perang Uhud. Lebih jelasnya lihat Mohamed Talbi, *Ummat al-Wasath: al-Islâm wa Tahaddiyât al-Mu'ashirah*, Ceres, Tunisia, 1996, hlm. 121.

yang menyeluruh terhadap seluruh aspek fakta sosio-kultur. Berdasarkan reportase Sufyan bin ‘Uyainah, Nabi Muhammad semula melarang tindakan represi kepada wanita:

“...Nabi SAW bersabda:”Janganlah kamu sekalian memukul para perempuan.” Kemudian datanglah Umar bin Khattab menghadap Rasulullah dan melaporkan:”Para istri telah banyak yang bertingkah berani kepada suaminya.”Maka Rasulullah pun memberi keringanan dalam memukul.”

Tetapi tingginya tingkat kekerasan terhadap perempuan di Madinah, dan karena itu pada mulanya Nabi dengan tegas melarang memukul perempuan, berkorelasi dengan tingginya tingkat *nusyûz* (pembangkangan) istri terhadap suami yang akhirnya juga menyita perhatian Rasulullah.⁷¹ Keinginan Rasulullah untuk menghindari perempuan dari kekerasan dan memuliakan mereka, harus tertahan oleh situasi konfliktual di mana para perempuan diindikasikan sebagai salah satu faktor persoalan saat itu sebagaimana laporan Umar bin Khattab.

Ada beberapa faktor yang harus dipahami ketika Q.S. *al-Nisâ’*: 34 tersebut turun, diantaranya adalah kecemasan para suami yang memuncak atas fenomena “feminisme radikal” di Madinah kala itu. Gerakan feminis hanya ada di Madinah dan motornya tidak tanggung-tanggung, yaitu *umm al-mukminîn* (istri Nabi Muhammad) Ummu Salamah! Gejala ini direspon dengan skeptis oleh para sahabat terutama dari kalangan *Muhajirin*. Sahabat “anti-feminis” dipresentasikan oleh sahabat terdekat Nabi yang sangat maskulin: Umar bin Khattab.⁷²

⁷¹ Abu al-Fidâ’ Ismail Ibn Katsîr al-Dimasyqi, *Tafsîr al-Qur’an al-Âdzîm*, Jilid IV, Maktabah al-Qurtubah, Kairo, 2000, hlm. 27.

⁷² Dalam catatan al-Asy’ats bin Qays, Umar bin Khattab tidak mau otoritas (superioritas) suami terhadap istri digugat oleh siapapun: *lâ tasâl al-rajûl fimâ dharaba imra’atahu. Ibid.*, hlm. 29.

Para pria di Madinah kalut ketika persoalan feminisme di Madinah justru semakin membebani pikiran dan jiwa mereka akibat kegagalan dalam perang Uhud di satu sisi dan di sisi yang lain anasir-anasir gerakan hipokrasi Yahudi dan jaringannya yang kian tak terkontrol. Umar bin Khattab mengajukan “*judicial review*” kepada Nabi agar memberikan solusi atas problem domestik para sahabat yang kewalahan menghadapi feminisme *ala* Madinah.⁷³

Q.S. *al-Nisa*: 34 tersebut sebenarnya memberikan aturan yang mempersempit (meskipun dalam kemunculannya memberi kesan kemunduran karena tindakan Nabi melarang memukul dapat disebut suatu kemajuan) ruang gerak masyarakat Madinah yang berlebihan dalam bertindak keras terhadap para perempuan (istri). Ayat tersebut adalah siasat lunak (*soft power*) yang efeknya tidak akan memberikan dampak goncangan yang berat bagi suatu komunitas baru (*Muhajirin, Anshor*, dan Yahudi-Kristen di Madinah) yang patriarkal. Sebab, bila Rasulullah tetap kukuh, maka hal itu akan menjadi kontraproduktif tidak saja bagi penyelesaian persoalan kekerasan dalam rumah tangga tetapi secara umum akan berdampak pada dakwah Islam di tengah masyarakat patriarkhis yang masih sangat kental.

Meski begitu, pada tahap berikutnya Rasulullah tetap mengarahkan masyarakat Madinah pada maksud Tuhan yang sebenarnya (*the God's true intention*) yaitu, persamaan dan perlakuan yang baik terhadap perempuan

⁷³ Sebagaimana ekspos riwayat-riwayat dalam tafsir al-Tabari, pembangkangan perempuan yang dimaksud dalam wacana ini tidak secara khusus berbentuk penolakan istri terhadap kebutuhan biologis suami tetapi juga hal-hal lain. Oleh karena itu, dapat dipahami betapa terkejutnya para pria sahabat-sahabat Nabi yang mengalami geger “feminisme” dalam rumah tangganya justru di saat mereka sedang membutuhkan vitalitas dan konsentrasi yang bagus dalam merekonsolidasikan kekuatan umat Islam yang terpuruk paska kekalahan Uhud. Abu Ja’far Muhammad bin Jarir al-Tabari, *Tafsir al-Tabari: Jami’ al-Bayân ‘an Ta’wil Ayy al-Qur’an*, ed. Ahmad Syakir, Jilid VIII, Maktabah Ibn Taymiyah, Kairo, tth, hlm. 300. Lihat juga Mohamed Talbi, *Ummat al-Wasath ... op. cit.*, hlm. 121-127.

(*equality and kind treatment for women*).⁷⁴ Tujuan persamaan tersebut lebih jelas terdapat pada ayat selanjutnya, yaitu Q.S *al-Nisa'*: 35.⁷⁵ Secara eksplisit ayat di atas menunjukkan solusi arbitrase yang berimbang dari pihak suami dan istri untuk menyelesaikan suatu masalah yang potensial memecah biduk rumah tangga. Artinya, suami sebagai laki-laki tidak bisa bertindak seenaknya (main hajar) kepada si istri.⁷⁶ Pihak ketiga dari pihak suami dan istri harus diundang untuk menengahi persoalan.⁷⁷

Dengan pendekatan historis, kita dapat memahami maksud Tuhan (*God's intention*) dalam ayat tersebut. Yaitu, bukan untuk menetapkan kebolehan bertindak keras terhadap perempuan sebagai hukum Tuhan yang abadi (*continuing divine sanction*). Q.S *al-Nisa'*: 34 tersebut justru memiliki maksud mengurangi dan mengendalikan tingkat kekerasan terhadap perempuan di Madinah sekaligus memberi kesempatan bagi perempuan untuk memahami laki-laki. Hanya saja caranya persuasif tidak konfrontatif. Al-Qur'an mengarahkan kita untuk memperlakukan perempuan dengan baik, mengakui hak-hak perempuan, dan menerimanya

⁷⁴ Ronald L. Netler, 'Mohamed Talbi on Understanding the Qur'an' dalam *Modern Muslim Intellectuals and The Qur'an*, Ed. Suha Taji-Farouki, Oxford University Press, New York, 2004, hlm. 228. Muhammad Thahir bin 'Asyur malah memilih pendapat Atha' bahwa pengertian Q.S. *al-Nisa'*: 34-35 bukan memukul tetapi memarahi istri. Beberapa ulama yang lain, menurut Ibn 'Asyur juga sejalan dengan pendapat Atha' ini. Muḥammad Thâhir Ibn `Âsyur, *Tafsîr al-Tahrîr wa al-Tanwîr*, Juz V, al-Dâr al-Tunisiah li al-Nasyr, Tunisia, 1984, hlm. 43.

⁷⁵ *Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-istri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal.*

⁷⁶ Memukul itu sebagai cara terakhir. Pertanyaannya, apakah cara itu efektif? Bagaimana bila mereka tetap melakukan protes? Apakah ada solusi domestik lain selain solusi dalam Q.S. *al-Nisa'* 4:35 (arbitrase antar keluarga)? Ada catatan menarik dalam tafsir Tabari berdasarkan pendapat Ibn Abbas bahwa bila memukul tidak dapat meluluhkan istri, maka suami dapat menjatuhkan sanksi "administratif" berupa menarik *fidyah* dari istrinya. Abu Ja'far Muḥammad bin Jarîr al-Tabârî, *Tafsîr al-Tabârî: Jâmi' al-Bayân 'an Ta'wîl Ayy al-Qur'an*, ed. Ahmad Syakir, Jilid VIII, Maktabah Ibn Taymiyah, Kairo, tth, hlm. 314.

⁷⁷ Abu al-Fidâ' Ismail Ibn Katsîr al-Dimasyqî, *Tafsîr al-Qur'an al-`Âdzim ... op. cit.*, Jilid IV, hlm. 29.

sederajat dengan laki-laki sebagaimana secara eksplisit dijelaskan dalam Q.S. *al-Rûm*: 21.⁷⁸ Dan umat Islam berkewajiban untuk konsisten dengan arahan yang diperoleh dari al-Qur'an ini.⁷⁹

Melalui Q.S. *al-Nisa*: 34-35 tersebut, seharusnya umat Islam mendapatkan pengertian toleransi dan persamaan derajat antara perempuan dan laki-laki. Meskipun pemahaman ini tidak didukung literal ayat tetapi orientasi ayat ini tidak lain adalah maksud Tuhan (*God's intention/maqâshid al-syâri*) dan visi Islam (*al-ittijâh al-Islamiy*)¹ berupa toleransi dan persamaan derajat perempuan dan laki-laki. Pesan utama dalam ayat tersebut bukanlah yang tersurat tetapi yang tersirat.

Dalam doktrin hak asasi manusia, perempuan digolongkan dalam kelompok masyarakat rentan (*vulnerable people*) sehingga dalam sistem hukum Indonesia, perempuan mendapat tempat khusus dan perlakuan afirmasi (*affirmative action*) dalam pengaturan jaminan perlindungan hak asasi manusia melalui Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999, KUHP, dan Undang-Undang tentang Penghapusan Kekerasan Dalam Rumah Tangga. Prinsipnya adalah hak berperspektif gender dan anti-diskriminasi. Yaitu perempuan memiliki kesempatan luas dan sama seperti laki-laki untuk mengembangkan potensi diri di bidang pendidikan, ekonomi, politik, hukum, dan rumah tangga. Perempuan yang sudah dewasa dapat melakukan langkah hukum sendiri tanpa melalui orang tua dan ataupun suami.⁸⁰

Kaum perempuan berhak untuk menikmati dan mendapatkan perlindungan yang sama bagi semua hak asasi manusia di bidang politik, ekonomi, sosial, budaya, sipil, dan bidang lainnya, termasuk hak untuk

⁷⁸ Mohamed Talbi, *Ummat al-Wasath ... op. cit.*, hlm. 137.

⁷⁹ Perlakuan buruk terhadap perempuan juga terjadi di masyarakat Barat. Islam melarang memperlakukan perempuan (termasuk dalam konteks hubungan suami-istri) meskipun dengan maksud untuk mendidik melalui cara kekerasan dan penghinaan. Mohamed Talbi, *'Iyâl Allah: Afkâr Jadidah ... op. cit.*, hlm. 142 dan 144.

⁸⁰ Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia...*, hlm. 269

hidup, persamaan, kebebasan dan keamanan pribadi, perlindungan yang sama menurut hukum, bebas dari diskriminasi,⁸¹ kondisi kerja yang adil. Untuk itu, badan-badan penegak hukum tidak boleh melakukan diskriminasi terhadap perempuan, lebih konsekuen dalam mematuhi Konvensi mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan tahun 1979 sebagaimana yang telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 dan Deklarasi Wina tahun 1993 tentang Penghapusan Kekerasan Terhadap Perempuan.⁸²

Rumitnya, diskriminasi terhadap perempuan justru muncul dari pertimbangan pembatasan terhadap kebebasan beragama atas nama ketertiban umum dan netralitas kepercayaan dalam sistem pendidikan negara yang sekuler. Di Turki, Uzbekistan, Prancis, Jerman, dan Inggris terdapat beberapa kasus mengenai beberapa perempuan yang terkendala mengakses pendidikan karena bersikeras menggunakan jilbab. Di Eropa sendiri, nilai komunal dalam kasus ini merepresi hak berekspresi dan beragama individual.⁸³

Penghapusan terhadap segala bentuk diskriminasi perempuan, meniscayakan perubahan peran domestik laki-laki dan perempuan yang berimbang di dalam keluarga dan masyarakat. Memang tidak akan pernah ada kesamaan perlakuan yang persis dan mutlak antara laki-laki dan perempuan karena bagaimanapun laki-laki dan perempuan berbeda dalam beberapa hal. Akan tetapi paling tidak ada perlindungan dan pengakuan terhadap hak perempuan untuk menikmati secara setara semua hak dan

⁸¹ Bahkan harus didukung melalui aksi-aksi afirmasi agar tujuan penghapusan diskriminasi untuk kesetaraan dapat tercapai. Perlakuan setara hanya dapat dilakukan bila posisi masing-masing pihak juga sama. Perempuan sudah terlalu lama dalam posisi yang dilemahkan dan harus mendapatkan perlakuan lebih (*favourable*) agar pada akhirnya dapat sejajar dengan laki-laki. Tindakan afirmasi dapat dilakukan dalam suatu ukuran tertentu hingga kesetaraan itu tercapai. *Ibid.*, hlm. 40 dan 149

⁸² *Ibid.*, hlm. 292

⁸³ *Ibid.*, hlm. 118

kebebasannya.⁸⁴ Taruhlah seorang suami mendaku dirinya pemimpin keluarga, namun ia tidak boleh bertindak otoriter dan menghalangi potensi istri melainkan harus menjadi faktor positif kemajuan istri

F. Penutup

Salah satu perdebatan yang dimunculkan dalam konteks keengganan umat Islam menerima hak asasi manusia internasional adalah hak personal dan hak kolektif. Keengganan yang disebabkan pemahaman yang tidak utuh terhadap detail konsep hak asasi manusia internasional yang dari waktu ke waktu telah mengalami perbaikan. Tentu saja memperdebatkan hak personal dan hak kolektif sudah kehilangan momen mengingat hak asasi manusia universal sudah memetakan wilayah-wilayah hak personal, hak komunitas, dan korelasi di antara keduanya.⁸⁵ Hak personal lebih banyak berada dalam cakupan hak sipil dan politik yang bersifat pasif sedangkan hak komunitas dapat ditengarai dalam hak ekonomi, sosial, dan budaya yang bersifat aktif. Tuduhan individualisme dalam DUHAM harus mempertimbangkan Pasal 29 ayat (1) yang berbunyi: *“everyone has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.”* dan ayat (2) yang memberikan batasan hak individu demi kesejahteraan umum (hak kolektif).⁸⁶

Beberapa negara dengan penganut agama yang kuat tetap menyambut baik hak asasi manusia. Perbedaan negara-negara ini dengan negara netral agama (sekuler) terletak pada artikulasi nilai *human responsibility* daripada *human rights*, yang dipengaruhi oleh agama dan

⁸⁴ *Ibid.*, hlm. 147

⁸⁵ Kebebasan individual, menurut Mahmoud Mohamed Taha, lebih sering bertentangan dengan kepentingan umum. Keduanya, hak individual dan hak publik, tidak selaras sehingga karena itu, hak dan kebebasan individu (harus) dibatasi oleh kepentingan umum. Mahmoud Mohamed Taha, *The Second Message*, Syracuse University Press, New York, 1987, hlm. 56.

⁸⁶ Michael Ignatieff, *Human Rights ... op. cit.*, hlm. 108.

kondisi sosial. Hal itupun pada akhirnya harus bermuara di titik yang sama yaitu *respect to humanity*, penghormatan terhadap kemanusiaan. Tidak masalah darimana respek ini harus bermula selama pada hakekatnya dan tujuannya adalah menandakan dan menuntaskan penghormatan terhadap kemanusiaan.

Penerimaan positif terhadap hak asasi manusia belum sejalan dengan penerapannya. Masih banyak pelanggaran-pelanggaran terhadap hak-hak mendasar di beberapa negara muslim. Kesadaran praktis untuk menerapkan hak asasi manusia tidak sebanding dengan kesadaran teoritis. Bahkan atas nama *ukhuwah Islâmiyah (Islamic brotherhood)*, masyarakat muslim memilih meninggalkan isu-isu hak asasi manusia internasional yang semangatnya adalah *ukhuwah insâniyah (human Brotherhood)*.

Di Indonesia, pasal penodaan dan pelecehan agama menjadi senjata yang ampuh untuk menekan kelompok di luar aliran *mainstream*, seperti Ahmadiyah dan Syiah. Persetujuan komunitas memegang peranan penting gagalnya penegakan kebebasan beragama dalam kasus Gereja Yasmin dan gereja-gereja lain di perkampungan-perkampungan muslim. Bagi sebagian besar perempuan muslim, hak atas dirinya sendiri tidak mungkin diperoleh dalam konteks pernikahan. Dalam proses pernikahan, perempuan tidak bisa menikah tanpa wali padahal saat ditalak (cerai) tidak melalui wali. Demikian juga, bila laki-laki diperkenankan menikahi lebih dari seorang perempuan, tidak halnya dengan perempuan. Umat Islam sulit berkompromi dengan hukum agama yang sudah lama dipraktekkan. Namun demikian di luar hal-hal itu, umat Islam memiliki toleransi yang besar.

Dalam kasus-kasus tersebut, nampaknya negara bukan saja gagal memastikan (*to ensure*) perlindungan hak asasi manusia terhadap segenap warganegaranya bahkan juga gagal menjalankan tanggungjawab di dalam yurisdiksinya dalam melaksanakan kewajiban (*to respect*) hak asasi manusia yang diakui secara internasional. Meskipun tidak dalam

kategori dilakukan secara sengaja oleh perbuatannya sendiri (*act of commission*) negara jelas melalaikan (*act of omission*) tanggungjawabnya (*state responsibility*).⁸⁷

Tantangan hak asasi manusia ke depan sebenarnya bukan hanya pelanggaran kemanusiaan yang kasat mata tetapi juga eksploitasi yang laten oleh kekuatan bermodal sehingga mengakibatkan kemiskinan dan keterbelakangan. Oleh karena itu, kita perlu mendukung tanggungjawab yang nyata terhadap nasib manusia terlemahkan yang disuarakan *The Universal Declaration of Human Responsibility* yang dicetuskan oleh Inter-Action Council pada tahun 1997. Langkah maju PBB dalam mempromosikan tanggungjawab kemanusiaan melalui Majelis Umum PBB pada tanggal 9 Desember 1998 dengan Resolusi 53/144 tentang “*Declaration on the Right and Responsibility of Individuals, Groups, and Organs of Society to Promote and Protect Universally Recognized Human Rights and Fundamental Freedom*” layak diapresiasi.⁸⁸ Umat Islam harus peka terhadap problem kemanusiaan yang kian hari kehadirannya semakin beragam, sistemik, dan tetap jahat.

Umat Islam perlu merenungkan secara serius Q.S. *al-Nisa*: 135⁸⁹ agar dapat menjadi pembela hak asasi manusia atau paling tidak membantu penegakan hak asasi manusia di lingkungannya masing-masing.

⁸⁷ Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak ... op. cit.*, hlm. 69.

⁸⁸ Jimly Asshiddiqie, *Demokrasi Dan Hak Asasi Manusia*, The 1st National Convergence Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005, hlm. 10 dan 19

⁸⁹ *Wahai orang-orang yang beriman, jadilah kamu orang yang benar-benar penegak keadilan, menjadi saksi karena Allah biarpun terhadap dirimu sendiri atau ibu bapak dan kaum kerabatmu. Jika ia kaya ataupun miskin, Maka Allah lebih tahu kemaslahatannya. Maka janganlah kamu mengikuti hawa nafsu karena ingin menyimpang dari kebenaran. dan jika kamu memutar balikkan (kata-kata) atau enggan menjadi saksi, Maka sesungguhnya Allah adalah Maha mengetahui segala apa yang kamu kerjakan.*

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdillah, Masykuri, *Demokrasi di Persimpangan Jalan, Respon Intelektual Muslim Indonesia Terhadap Konsep Demokrasi (1966-1993)*. Cet.I Yogyakarta: Tiara Wacana, 1999.
- Abu Ishaq al-Syathibiy, *al-Muwâfaqât fi Ushûl al-Syarî`ah*, Juz II, Ed. Abd al-`Aziz Darraz, Maktabah al-Tijariyah al-Kubra, Mesir, tth.
- Abu Ja'far Muhammad bin Jarîr Al-Tabâri, *Tafsîr al-Tabâri: Jâmi' al-Bayân 'an Ta'wil Ayy al-Qur'an*, ed. Ahmad Syakir, Maktabah Ibn Taymiyah, Kairo, tth.
- Adnan Buyung Nasution dan A. Patra M. Zein (ed.), *Instrumen Internasional Pokok Hak Asasi Manusia*, YOI-YLBHI-KK, Jakarta, 2006.
- Al-Qutb Muhammad al-Qutb, *al-Islâm wa Huqûq al-Insân: al-Jihâd*, Dar al-Fikr al-Arabiyy, Kairo, 1989.
- Ar-Raghib al-Asfihani, *Mu'jam Mufradât al-Fâdz al-Qur'an*, Dar al-Fikr, Beirut, tth
- Bassam Tibi, *Islamic Law/Shari'a, Human Rights, Universal Morality and International Relations*, The John Hopkins University Press, *Human Rights Quarterly*, Vol. 16, No. 2, May, 1994.
- Blair Major, *International Human Rights, Islamic Law and the Death Penalty*, University of Alberta Sheldon Chumir, Memorial Essay Prize Winner, 2008.
- Caroline Cox dan John Marks, *The 'West', Islam and Islamism: Is ideological Islam compatible with liberal democracy?*, Civitas Institute for the Study of Civil Society, London, 2003.
- Chandra Muzaffar, *Hak Asasi Manusia dalam Tata Dunia Baru: Menggugat Dominasi Global Barat*, terj. Purwanto, Mizan, Bandung, 1995.

- Dick van der Meijk (ed.), *Dinamika Kontemporer dalam Masyarakat Islam*, Seri XLII, Jakarta, INIS, 2003.
- F. Dagher, *al-Thâifiyah wa Huqûq al-Insân*, Cairo Studies Center of Human Rights, Kairo, 1995.
- Farj Mahmud Abu Laili, *Târîkh Huqûq al-Insân fi al-Tashawwur al-Islâmîy*, Qatar, Dar al-Tsaqafah, 1994.
- Fazlurrahman, *Tema-tema Pokok al-Qur'an*, Pustaka, Bandung, 1996.
- H. Victor Conde, *A Handbook of International Human Rights Terminology*, University of Nebraska, Lincoln&London, 1999.
- Haifaa A. Jawad, *The Rights Of Women In Islam: An Authentic Approach*, Macmillan Press: London, 1998.
- Haitsam Manna', *al-Ushûliyat al-Islâmiyah wa Huqûq al-Insân*, Cairo Studies of Human Rights, Kairo, 1999.
- Irene Oh, *The Rights of God: Islam, Human Rights, and Comparative Ethics*, Georgetown University Press, Washington, 2007.
- Izzat Qarni, *al-Islâm wa Huqûq al-Insân*, al-Majlis al-Wathani li al-Tsaqafah wa al-Funun wa al-Adab, Kuwait, 1985.
- Jimly Asshiddiqie, *Demokrasi Dan Hak Asasi Manusia*, The 1st National Convergence Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005.
- John Kelsay dan Sumner B. Twiss, *Agama dan Hak-hak Asasi Manusia*, terj. Ahmad Suaedy Elga Sarapung, Interfidei, Yogyakarta, 2007.
- Knut D. Asplund, Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008.
- Mahmoud Mohamed Taha, *The Second Massage*, Syracuse Unversity Press, New York, 1987.
- Marcel A. Boisard, *Humanisme dalam Islam*, terj. H.M Rasjidi, Bulan Bintang, Jakarta, 1980.
- Mary A. Kassian, *Women, Creation, and The Fall*, Crossway Book, Illinois, 1990.

- Michael Ignatieff, 'Humarn Rights as Politics and Idolatry', *Foreign Affairs* 80, No. 6 November-Desember, 2001.
- Miriam Budiarmo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Gramedia, Jakarta, 1999.
- Mohamad Hudaeri, 'Islam dan Hak Asasi Manusia: Respon Intelektual Muslim', *Jurnal al-Qalam*, Vol. 24 No. 3 September-Desember, 2007.
- Mohamed Talbi, *Iyâl Allah: Afkâr Jadidah fi 'Alâqat al-Muslim bi Nafsihi wa bi al-âkhirin*, Ed. Hasan bin Utsman, Cérès, Tunisia, 1992.
- Mohamed Talbi, *Ummat al-Wasath: al-Islâm wa Tahaddiyât al-Mu`âshirah*, Ceres, Tunisia, 1996.
- Mohd Aizam Mas'od, *Apostasy is Not Human Rights*, Makalah JAKIM Research Departement, Malaysia, tth.
- Muhammad Husein Haekal, *Sejarah Hidup Muhammad*, terj. Ali Audah, Litera AntarNusa, Jakarta, 2000.
- Muhammad Imarah, *al-Islâm wa Huqûq al-Insân: Dharûrât La Huqûq*, Alam al-Ma'rifah, Kuwait, 1985.
- Muhammad Nawawi al-Jawi, *Marah Labîd*, Dar al-Kutub al-Islamiyah ttp, tth.
- Muhammad Thâhir Ibn `Âsyur, *Tafsîr al-Tahrîr wa al-Tanwîr*, al-Dâr al-Tunisiyah li al-Nasyr, Tunisia, 1984.
- Nasr Hamid Abu Zaid, Sholah al-Din al-Jursyi, dan al-Baqir al-'Afif, *al-Haq Qadîm: Watsâiq Huqûq al-Insân fi al-Tsaqâfah al-Islâmiyah*, Cairo Studies of Human Rights, Kairo, 2000.
- Pringgodigdo, *Ensiklopedi Umum*, Kanisius, Yogyakarta, 1993.
- Riffat Hassan, *Are Human Rights Compatible with Islam? The Issue of the Rights of Women in Muslim Communities*, University of Louisville, Kentucky, tth.
- Said Ramadhan al-Buti, *Hurriyah al-Insan fi Zill Ubudiyah Li-Allah*, Damsyik, Dar al-Fikr, 2004.

Sayed Khatab dan Gary D. Bouma, *Democracy In Islam*, London-New York, Routledge, 2007.

United Nation, *Contribution of the Organisation of the Islamic Conference*, World Conference on Human Rights, Geneva, 1993.

Jurnal dan Website

Software *al-Qur'an al-Karim Ma'a at-Tafsir*, v. 4.0, www.IslamSpirit.com.

www.jaringanislamliberal.com diakses pada 09 September 2005.

<http://www.alarabiya.net/articles/2008/01/19/44427.html>.

KESETARARAN MANUSIA DALAM ISLAM (Pemikiran Hak Asasi Manusia dalam Studi Hadits)

*Maslahul Falah*¹

A. Pendahuluan

Identitas diri manusia senantiasa dihadirkan dalam banyak kajian keilmuan pada setiap masa sejarah. Oleh karenanya dapat dikatakan bahwa usia kajian manusia sepadan dengan usia manusia itu sendiri. Manusia sebagai bagian obyek dan subyek sejarah langsung menunjuk dirinya sendiri yang hidup di bumi. Oleh karena manusia menjadi bagian rangkaian sejarah masa lalu, maka manusia juga menunjuk pada manusia-manusia tempo dulu. Hingga saat ini, banyak orang, khususnya umat Islam, meyakini bahwa manusia pertama di bumi adalah Adam dan Hawa (pasangannya). Salah satu sejarah yang kita terima adalah bahwa Adam dan Hawa dijatuhkan atau diturunkan ke dunia (bumi) dari keberadaannya di surga karena melanggar larangan Allah.

Kehadiran Adam dan Hawa di bumi sekaligus juga melahirkan efek domino bagi kajian kemanusiaan, yakni proses penciptaannya. Harus diakui bahwa tidak ada definisi tunggal mengenai manusia, karena pendefinisian ini tergantung pada sudut pandangnya masing-masing. Manusia dari segi kodrat jasmaniahnya dikenal sebagai *homo mechanicus*, *homo erefc*, *homo erectus*, *homo ludens*, dari sisi ruhaniyahnya, manusia dikenal sebagai *homo sapiens*, *animal rational*, *animal simbolicum*, dan dari segi rasa dan karsa manusia dikenal dengan istilah *homo recentis*, *homo valens*. Sebagai

¹ Maslahul Falah, S.Ag., M.Ag., Dosen Fakultas Pendidikan Agama Islam (Tarbiyah) Sekolah Tinggi Agama Islam Muhammadiyah Ponpes Karangasem, Paciran, Lamongan, Jawa Timur.

mahluk sosial manusia dijuluki sebagai *homo economicus, homo socius*.² Islam, berdasarkan Al-Qur'an, memperkenalkan empat istilah/kata untuk memaknai manusia yang semuanya merujuk pada kata manusia dengan membawa identitasnya masing-masing.

Empat kata yang digunakan oleh Al-Qur'an antara lain (a) *Basyar*. Kata *basyar* ditemukan sebanyak 35 (tiga puluh lima) kali di dalam berbagai surat dalam Al-Qur'an.³ Maknanya adalah gambaran manusia secara materi yang dapat dilihat, memakan sesuatu, berjalan, dan berusaha untuk memenuhi kebutuhan hidupnya.⁴ *Al-Basyar* ini identik dengan manusia dari segi biologisnya. (b) *Al-Nas*. Kata *Al-Nas* menunjuk pada jenis keturunan Nabi Adam dan disebutkan sebanyak 240 (dua ratus empat puluh) kata.⁵ (c) *Al-Ins/Al-Insan*. Kata *al-Ins* selalu dipertentangkan dengan kata *al-Jinn*. Sementara dalam Al-Qur'an, kata *al-Ins* mengandung makna mahluk *mukallaf* untuk mengemban amanah Allah dan khalifah Allah di muka bumi. Ada sekitar 65 (enam puluh lima) kata *Al-Ins* di dalam Al-Qur'an. (d) *Aadam*. Kata *Aadam* bermakna manusia dengan keturunannya yang mengandung pengertian *al-basyar, al-nas* dan *al-Ins/al-insan*.⁶

Keempat kata yang digunakan Al-Qur'an untuk menyebut mahluk Tuhan yang bernama manusia itu bersifat lintas gender, agama, suku, dan status sosial. Hal yang pasti semua mahluk manusia mempunyai asal dan titik keberangkatan yang sama dalam beberapa hal, yakni :

1. Semua manusia diciptakan dari air, kecuali Adam dan Hawa.

Al-Qur'an menyebutkan bahwa Allah menciptakan manusia

² Muhammad Syamsuddin, *Manusia dalam Pandangan KH. A. Azhar Basyir*, Titian Ilahi Press, Yogyakarta, 1997, hlm. 78.

³ Di antaranya adalah QS. Al-Anbiya: 2-3; QS. Al-Kahfi: 110; Ibrahim: 10; Hud: 26; Al-Mukminun: 24 dan 33; Asy-Syu'ara: 93; Yasin: 15; Al-Isra: 93.

⁴ Zaky Mubarak Latif (et al), *Akidah Islam*, UII Press, Yogyakarta, 2003, hlm. 1.

⁵ Di antaranya adalah QS. Al-Hujurat: 13. Lihat Zaky Mubarak Latif (et al), *ibid.*, hlm. 2.

⁶ *Ibid.*, hlm. 3.

dari tanah yang berdebu (*turab*), kemudian dari setetes air mani (*nuthfah*).⁷ Di samping itu juga Allah sudah mengklaim bahwa manusia (*basyar*) diciptakan dari air (*ma'u*).⁸ Abdul Basith Al-Jamal dan Daliya Shiddiq Al-Jamal menyatakan bahwa di dalam ayat-ayat Al-Qur'an yang membicarakan tentang asal-muasal penciptaan manusia terdapat petunjuk dan isyarat ilmiah yang sangat berharga. Oleh karenanya dunia ilmu pengetahuan dapat membuktikan bahwa di dalam manusia terdapat unsur air, sebagaimana yang disebutkan dalam QS. Al-Furqan: 54.⁹

2. Janin sempurna ditiupi ruh sebagai penegasan.¹⁰
3. Semua manusia dilahirkan dari perut ibu mereka dalam keadaan tidak mengetahui apapun juga.¹¹
4. Manusia, bahkan semua makhluk-Nya, diberi kesempatan yang sama untuk hidup di dunia ini.¹²
5. Manusia diberi kemuliaan oleh Allah di dunia.¹³
6. Manusia diberi kebebasan untuk berkembang biak sesuai dengan kodrat manusia itu sendiri.¹⁴
7. Setiap manusia pasti mengalami kematian jasad.¹⁵

⁷ QS. Fathir: 11; Ghafir : 67.

⁸ QS. Al-Furqan: 54. Al-Qur'an juga menggunakan redaksi yang berbeda untuk menyebut "air" itu. Penyebutannya itu ada yang *min ma-in mahin* (air yang hina, QS. Al-Mursalat: 20), *min main dafiq* (air yang memancar, QS. Ath-Thariq: 5-8), *min sulalatin min thin* (saripati tanah, QS. Al-Mukminun: 12).

⁹ Abdul Basith al-Jamal dan Daliya Shiddiq al-Jamal, *Ensiklopedi Ilmiah dalam Al-Qur'an dan Sunnah*, terj. Ahrlul Tsani Fathurahman dan Subhan Nur, Pustaka Al-Kautsar, Jakarta, 2002, hlm. 58.

¹⁰ QS. Al-Hijr: 29.

¹¹ QS. An-Nahl: 78.

¹² QS. Hud: 6.

¹³ QS. Al-Isra': 70.

¹⁴ QS. An-Nisa': 1.

¹⁵ QS. Ali Imran: 185.

Beberapa ayat Al-Qur'an tersebut di atas menunjukkan bahwa manusia yang lahir di bumi ini pada hakikatnya berkedudukan sama dan mempunyai hak dan kewajiban yang setara. Oleh karena itu, apa yang dikenal dengan istilah Hak Asasi Manusia sangat terkait dan *include* dengan manusia itu sendiri. Bagaimanapun, manusia lahir dari perut ibunya sudah ada hak dan kewajiban pada dirinya. Paling tidak adalah hak untuk hidup dan berkewajiban untuk menjaga hak diri dan orang lain yang sama-sama lahir dan menikmati alam semesta ini. Butiran hak-hak yang melekat dalam diri manusia sebagai "bawaan" Tuhan inilah yang mengkristal menjadi hak asasi manusia yang diamini umat manusia di muka bumi.

B. Perspektif Hak Asasi Manusia

Hak asasi manusia menurut perspektif ke-Indonesia-an didefinisikan sebagai seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugerah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.¹⁶ Nilai definisi ini terkait dengan identitas dan eksistensi manusia itu sendiri. Maka dari itu, identitas dan eksistensi manusia tidak bisa dibatasi dalam lingkup gender, geografis, status sosial, dan sebagainya. Meskipun demikian, setiap manusia tidak diperbolehkan untuk mengedepankan identitas dan eksistensinya tanpa "menyapa" manusia lainnya.

Berangkat dari definisi hak asasi manusia menurut perspektif ke-Indonesia-an, patut kiranya memahami pemikiran hak asasi manusia internasional. Pada tataran internasional, dikenal Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (DUHAM) atau *Universal Declaration of Human Rights (UDHR)*, selanjutnya disebut Deklarasi, yang diterima dan diumumkan

¹⁶ Pasal 1 angka 1 UU No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Majelis Umum PBB pada 10 Desember 1948 melalui Resolusi 217 A (III). Deklarasi ini menjadi tonggak penting bagi warga dunia untuk hidup damai dalam semangat satu dunia-satu kedamaian, satu dunia beragam identitas dan eksistensi manusia, dan satu dunia satu warisan hak asasi manusia bagi generasi ke depan. Menurut M. Timur, Deklarasi ini merupakan suatu peristiwa penting dan mempunyai nilai historis yang besar dalam sejarah manusia, karena seluruh bangsa dari pelbagai penjuru dunia membuat sebuah deklarasi tentang hak asasi manusia dan kebebasan fundamental manusia.¹⁷ Sebenarnya Deklarasi ini bukan Deklarasi yang sempurna, tetapi paling tidak, Deklarasi ini dapat dianggap sebagai kristalisasi dari beberapa pemikiran hak asasi manusia yang sebelumnya sudah dieksplorasi dan dipraktikkan di beberapa negara atau kerajaan. Bahkan dalam pemikiran Nurcholish Madjid, Deklarasi ditambah dengan berbagai instrumen lainnya, telah memperkaya umat manusia tentang hak asasi manusia, dan menjadi bahan rujukan yang tidak mungkin diabaikan.¹⁸ Meskipun dikritik banyak pihak,¹⁹ Deklarasi ini tetap menjadi akar dari kebanyakan instrumen hak asasi manusia internasional, bahkan 60 tahun setelah penetapannya.²⁰

Nurcholish Madjid menyatakan bahwa beberapa pemikiran dan aksi hak asasi manusia yang kemudian mengilhami warga dunia menyusun DUHAM adalah sebagai berikut:

1. Munculnya *Magna Charta* (Perjanjian Agung) di Inggris pada

¹⁷ M. Timur, 'Sebuah Dialog Tentang Islam dan Hak Asasi Manusia' dalam Harun Nasution dan Bahtiar Effendy (peny.), *Hak Asasi Manusia dalam Islam*, terj. Badri Yatim dkk, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1987, hlm. 75.

¹⁸ Nurcholish Madjid, 'Hak Asasi Manusia dalam Tinjauan Semangat Keagamaan' dalam *Islamika; Jurnal Dialog Pemikiran Islam*, No. 6, 1995, hlm. 86.

¹⁹ Kritik itu ada yang terfokus pada level pelaksanaannya, ada juga yang berkenaan dengan beberapa pasal yang tidak sesuai dengan ajaran Islam. Beberapa kritik itu datang dari sejumlah negara Muslim seperti Sudan, Pakistan, Iran, dan Saudi Arabia. Muatan kritiknya berasal dari sumber pemikiran DUHAM yang berasal dari Barat.

²⁰ Knut D. Asplund dkk (Editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, cet. 2, Pusat Studi Hak Asasi Manusia UII, Yogyakarta, 2010, hlm. 90.

15 Juni 1215, sebagai bagian dari pemberontakan para *baron* terhadap Raja John (saudara Raja Richard Berhati Singa, seorang pemimpin perang Salib). Dokumen ini berisi bahwa hendaknya Raja tidak melakukan pelanggaran terhadap hak milik dan kebebasan pribadi seorang pun dari rakyatnya.

2. Keluarnya *Bill of Rights* pada tahun 1628, yang berisi penegasan tentang pembatasan kekuasaan Raja dan dihilangkannya hak raja untuk melaksanakan kekuasaan terhadap siapapun, atau untuk memenjarakan, menyiksa, dan mengirimkan tentara kepada siapapun, tanpa dasar hukum.
3. Deklarasi Kemerdekaan Amerika Serikat pada 6 Juli 1776, yang memuat penegasan bahwa setiap orang dilahirkan dalam persamaan dan kebebasan dengan hak untuk hidup dan hak untuk mengejar kebahagiaan, serta keharusan mengganti pemerintahan yang tidak mengindahkan ketentuan-ketentuan dasar tersebut.
4. Deklarasi Hak-hak Manusia dan Warga Negara dari Perancis pada 4 Agustus 1789, dengan menitikberatkan pada lima hak asasi pemilikan harta (*propiete*), kebebasan (*liberte*), persamaan (*egalite*), keamanan (*securite*), dan perlawanan terhadap penindasan (*resistance a l'oppression*).²¹

Beberapa deklarasi tersebut di atas berpijak atas peneguhan bahwa manusia adalah makhluk terhormat di muka bumi dan mempunyai kehormatan, kedudukan dan akses yang sama. Namun demikian, Islam sebagai agama yang juga dianut banyak penduduk bumi ini, berperan penting dalam percaturan pemikiran hak asasi manusia. Selama ini DUHAM lebih banyak berpijak pada arus pemikiran barat, sehingga DUHAM dipahami berwatak sekuler. Sementara sebagian umat Islam

²¹ Nurcholish Madjid, *op. cit.*, hlm. 87.

memandang bahwa sekuler dan sekulerisme bertentangan dengan Islam. Namun demikian, dalam konteks pemahaman hak asasi manusia secara universal, bolehkah umat Islam menggunakan bahan-bahan itu untuk memahami dan mengelaborasi ajaran-ajaran Islam tentang nilai-nilai kemanusiaan universal? Penulis menggunakan logika dan nalar Nurcholish Madjid yang menyatakan bahwa bagi sebagian umat Islam yang paham sejarah pemikiran kaum muslim dan bahkan umat manusia, maka pertanyaan tersebut sangat berlebihan. Nurkhlis Madjid berargumen bahwa kaum *salafi* jelas-jelas membolehkan, bahkan mempraktikkan pengambilan dan pemanfaatan ilmu pengetahuan dari mana saja, termasuk dari kalangan kaum kafir. Nurkhlis Madjid juga mendasarkan pada pendapat Ibn Taimiyah dalam kitabnya *Naqd al-Manthiq*.²²

Berpijak pada pandangan Nurkhlis Madjid di atas, maka naskah ini akan ditulis dengan menggunakan DUHAM dan Deklarasi Kairo serta UUD 1945 untuk mendiskusikan hak asasi manusia.²³ Selain itu, naskah ini juga bersumber pada produk pemikiran Islam yang Sunni. Dari pemikiran hak asasi manusia tersebut kemudian ditarik “mundur ke belakang” dengan melakukan telaahan pada pemikiran dan aksi penghargaan hak asasi manusia oleh umat Islam. Sumber telaahan itu adalah Hadits Nabi Muhammad SAW dengan mendasarkan pada disiplin Ilmu Hadits.²⁴ Hasil telaahan tersebut akan diproyeksikan untuk menjawab pertanyaan bagaimana implementasi hak asasi manusia di era modern ini dengan berbagai cara dan kesempatan, termasuk bagaimana peran negara untuk mengatur hak asasi manusia.

²² Secara lebih lengkap pendapat Ibn Taimiyah tersebut dapat dibaca pada Nurcholish Madjid, *ibid.*, hlm. 88.

²³ Instrumen positif hak asasi manusia dalam naskah ini mengacu pada buku yang diterbitkan kejasama antara UNHCR, Departemen Kehakiman dan HAM, dan Polri, *Instrumen Pokok Hak Asasi Manusia Internasional bagi Aparatur Penegak Hukum*, tnp, Jakarta, 2002.

²⁴ Studi Hadits ini semula dikenal dengan *Ullumul Hadits*, ilmu *Mushthalah Hadits*, *Ushulul Hadits*.

Pembicaraan mengenai studi hadits pasti akan terkait dengan tradisi (*at-turats*). Meminjam bahasa Al-Jabiri, istilah *at-turats* dalam bahasa Arab klasik selalu merujuk pada makna harta dan pangkat atau kebangsawanan.²⁵ Al-Jabiri memberikan dua pengertian tentang tradisi, antara lain: *pertama*, tradisi adalah segala yang secara asasi berkaitan dengan aspek pemikiran dalam peradaban Islam, mulai dari ajaran doktrinal, syariat, bahasa, sastra, seni, kalam, filsafat dan tasawuf.²⁶ Makna tradisi ini dikaitkan dengan wacana kebangkitan bangsa Arab modern dan kontemporer. Sedangkan yang *kedua*, tradisi dimaknai sebagai sesuatu yang hadir dan menyertai kekinian kita, yang berasal dari masa lalu, apakah itu masa lalu kita atau masa lalu orang lain, ataukah masa lalu tersebut adalah masa lalu yang jauh maupun yang dekat. Definisi ini mencakup (1) tradisi maknawi yang berupa tradisi pemikiran dan budaya; (2) tradisi material, seperti monumen atau benda-benda masa lalu; (3) tradisi kebudayaan nasional, yakni segala yang kita miliki dari masa lalu kita; (4) tradisi kemanusiaan yang universal, yakni yang hadir di tengah kita, namun berasal dari masa lalu orang lain.²⁷

Untuk memperkuat makna tradisi yang pertama tersebut, Al-Jabiri menawarkan tiga pendekatan (metodologi) agar melahirkan objektivisme dalam memandang tradisi. *Pertama*, metode strukturalis, yakni dalam mengkaji sebuah tradisi berangkat dari teks-teks sebagaimana adanya. *Kedua*, analisis sejarah. Ini berkaitan dengan upaya untuk mempertautkan pemikiran si empunya teks, yang telah dianalisis dalam pendekatan struktural, dengan lingkup sejarahnya, dengan segenap ruang lingkup budaya, politik, dan sosiologisnya. *Ketiga*, kritik ideologi, yakni mengungkap fungsi ideologis, termasuk fungsi sosial-politik, yang dikandung sebuah teks atau pemikiran tertentu atau yang sengaja

²⁵ Muhammad Abed Al-Jabiri, *Post Tradisionalisme Islam*, terj. Ahmad Baso, LKiS, Yogyakarta, 2000, hlm. 4.

²⁶ *Ibid.*, hlm. 16.

²⁷ *Ibid.*, hlm. 25.

dibebankan kepada teks tersebut dalam satu sistem pemikiran tertentu yang jadi rujukannya.²⁸ Sebelum masuk pada pokok pembahasan, maka terlebih dahulu akan dibahas mengenai studi hadits itu sendiri.

C. Definisi Al-Hadits

Secara bahasa Al-Hadits (**الْحَدِيثُ**) berarti yang baru,²⁹ lawan dari kata *al-qadim* (**القديم**)³⁰ yang berarti yang kuno atau dahulu.³¹ Hadits juga sering disebut dengan *al-akhbar*, yang berarti berita, yakni sesuatu yang dipercakapkan dan dipindahkan dari seseorang kepada orang lain, sama maknanya dengan hadits. Sedangkan menurut istilah, pengertian hadits bergantung dengan sudut pandang para ahli disiplin keilmuannya. Para ulama mendefinisikan hadits sebagai “*Sesuatu yang disandarkan kepada Nabi Muhammad SAW, baik yang berupa perkataan, perbuatan, ketetapan, maupun sifat beliau*”.³²

Sementara definisi As-Sunnah (**السنة**) adalah perikehidupan, perilaku, jalan, cara, metode, syariat, hadits, tabiat.³³ Secara bahasa pula bisa dimaknai sebagai jalan yang terpuji dan/atau yang tercela. Sedangkan definisi *as-Sunnah* menurut ulama hadits adalah “*Segala yang bersumber dari Nabi Muhammad SAW, baik berupa perkataan, perbuatan, taqirir, budi pekerti, perjalanan hidup, baik sebelum diangkat menjadi rasul maupun sesudahnya*”.³⁴

Pada konteks naskah ini, definisi As-Sunnah dimaknai sama dengan

²⁸ *Ibid.*, hlm. 19-21.

²⁹ Ahmad Warson Munawwir, *Al-Munawwir Kamus Arab-Indonesia*, cet. 14, Pustaka Progressif, Surabaya, 1997, hlm. 242.

³⁰ Muhammad Ibn Mukarram ibn Manzbur, *Lisan al-Arabi*, Dar Shadir, t.t., Beirut, hlm. 131.

³¹ Ahmad Warson Munawwir, *op. cit.*, hlm. 1098.

³² Jamal ad-Din al-Qosimi ad-Dimasyqi, *Qawa'id al-Tahdits min Funun Mushthalah al-Hadits*, Dar al-Kutub al-Ilmiyah, Beirut, 1979, hlm. 61.

³³ Ahmad Warson Munawwir, *op. cit.*, hlm. 669.

³⁴ Mushthafa as-Siba'i, *as-Sunnah wa Makanatuhu fi al-Tasyri' Al-Islami*, Dar as-Salam, Kairo, 1998, hlm. 57.

al-Hadits. Kedudukan As-Sunnah diletakkan setelah Al-Qur`an sebagai sumber ajaran Islam. Rasulullah SAW sendiri secara eksplisit menyatakan hal ini melalui sabdanya (yang artinya): “*Aku tinggalkan pada kalian dua pusaka, yang kalian tidak bakal tersesat selama kalian kalian berpegang teguh pada keduanya, yakni Kitab Allah dan Sunnah-ku*”³⁵

Kedudukan As-Sunnah dalam syariat Islam, berkaitan erat dengan Al-Qur`an. Menurut Azami, ulama sepakat bahwa Al-Qur`an memiliki kedudukan hukum tertinggi. Kedudukan As-Sunnah berada pada posisi setelah Al-Qur`an. Kedudukan As-Sunnah tidak bersumber dari penerimaan komunitas akan keberadaan Nabi Muhammad sebagai seseorang yang mempunyai kekuasaan, tetapi kedudukan beliau diekspresikan melalui kehendak wahyu yang diturunkan Tuhan.³⁶ Al-Qur`an menjelaskan bahwa Rasulullah SAW mempunyai tugas dan peran sebagai berikut :³⁷

- a. Menjelaskan Kitabullah (QS. 16:44).
- b. Pembuat Hukum (QS. 7:157, QS. 59:7).
- c. Teladan untuk Masyarakat Muslim (QS. 33:21).
- d. Wajib dipatuhi oleh Masyarakat (QS. 4:64; QS. 3:32, 132; QS. 4:59).

Maka dari itu kedudukan As-Sunnah sangat berkaitan dengan kedudukan diri Rasulullah SAW itu sendiri. Allah menutup risalah samawi dengan diutusnya Nabi Muhammad SAW sebagai seorang Rasul dan diturunkan Al-Qur`an kepadanya sebagai mukjizat yang agung dengan disertai perintah untuk menyampaikan dan menjelaskan kepada umat

³⁵ Hadits Riwayat Malik secara *mursal*, dan Al-Hakim dari riwayat Ibn Abbas dengan *sanad* yang *hasan*, menurut Asy-Syekh Al-Albani: *hasan*.

³⁶ Muhammad Mustafa Azami, *Metodologi Kritik Hadits*, terj. A. Yamin, Pustaka Hidayah, Jakarta, 1992, hlm. 22.

³⁷ Muhammad Mustafa Azami, *Hadits Nabawi dan Sejarah Kodifikasinya*, cet. 2, terj. Ali Mustafa Yaqub, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2000, hlm. 27-32.

manusia.³⁸ Dalam struktur ajaran Islam, Al-Qur'an merupakan sumber hukum tertinggi. Al-Qur'an merupakan kalam Allah yang diturunkan kepada Nabi Muhammad SAW, yang dinilai ibadah bila membacanya.³⁹

Menurut Hasbi Ash-Shiddieqy, tidak ada perbedaan sedikitpun di antara umat Islam bahwa Al-Qur'an itu pokok bagi syariat Islam dan sumber mata airnya. Dari Al-Qur'an segala pokok syariat (*Al-Ushul*)⁴⁰ dan cabang (*al-furu'*)-nya⁴¹ diambil. Dengan demikian, Al-Qur'an dinyatakan sebagai dasar yang *kulliy* (umum) bagi syariat dan pengumpul segala hukum. Oleh karena Al-Qur'an bersifat dasar atau pokok, tentulah penjelasannya bersifat *ijmali* (global) yang memerlukan *tafshil* (perincian) dan yang bersifat *kulliy* memerlukan *tabyin* (penjelasan). Karena itu untuk mengambil hukum dari Al-Qur'an, diperlukan bantuan As-Sunnah.⁴²

Adapun posisi As-Sunnah terhadap Al-Qur'an dinyatakan oleh 'Ajjaj Al-Khatib dalam tiga aspek:⁴³

- a. Memperkuat sesuatu yang sudah ada dalam Al-Qur'an. Seperti hadits-hadits tentang perintah shalat, zakat, pengharaman riba dan sebagainya.
- b. Menjelaskan dan menafsirkan apa yang *mujmal* (global) dalam Al-Qur'an dan As-Sunnah menjelaskan apa yang dikehendaki dari isi Al-Qur'an itu. Seperti penjelasan tentang sifat shalat, jumlah rakaat dan penentuan waktu-waktunya.
- c. Membuat sunnah baru bagi sesuatu yang tidak ada nashnya dalam Al-Qur'an.

Menurut 'Ajjaj al-Khatib, Al-Qur'an dan As-Sunnah merupakan

³⁸ Muhammad 'Ajjaj Al-Khatib, *Ushul al-Hadits Ullumuhu wa Musthalahu*, Dar al-Fikr, Beirut, 1989, hlm. 34.

³⁹ Manna' al-Qaththan, *Mabahits fi Ullum Al-Qur'an*, t.n.p, t.t.

⁴⁰ Menurut bahasa *al-ushul* berarti tempat berdirinya sesuatu.

⁴¹ Secara bahasa *furu'* adalah sesuatu yang berada di atas *ushul*.

⁴² Muhammad Hasbi Ash-Shiddieqy, *Sejarah dan Pengantar Ilmu Al-Qur'an/Tafsir*, cet. 8, Bulan Bintang, Jakarta, 1980, hlm. 186.

⁴³ Muhammad 'Ajjaj Al-Khatib, *op. cit.*, hlm. 50.

dua sumber syariat yang pasti. Tidak mungkin seorang Islam tidak memahami syariat kecuali kembali pada keduanya sekaligus. Tidak cukup pula bagi seorang mujtahid dan orang berilmu hanya menggunakan salah satu dari keduanya.⁴⁴ Demikian penting kedudukan As-Sunnah dalam ajaran Islam, sehingga dibutuhkan seperangkat ilmu untuk menjaga As-Sunnah itu, berbeda dengan Al-Qur'an sebagai pegangan utama bagi orang Islam yang sudah tidak diragukan otentisitas lagi. Hal ini dikarenakan sistem dan metode periwayatannya dengan cara mutawatir. Menurut Yunahar Ilyas, Al-Qur'an hingga sekarang ini benar-benar terjamin keutuhan dan keasliannya sebagaimana yang diturunkan Allah SWT kepada Nabi Muhammad SAW, tanpa mengalami penambahan atau pengurangan satu ayat, bahkan satu huruf pun. Demikian pula dengan cara membacanya tidak berubah walaupun hanya satu harakat, karena Al-Qur'an ditransfer tidak hanya secara tertulis, tetapi yang lebih utama lagi secara lisan turun temurun dengan sanad yang bersambung dan dipercaya sampai kepada Rasulullah SAW.⁴⁵ Hal ini diperkuat dengan jaminan otentisitas Al-Qur'an dari Allah sendiri bahwa Allah yang menurunkan Al-Qur'an dan Dia-lah juga yang memeliharanya.⁴⁶ Jaminan otentisitas ini bisa dibuktikan secara tauhidi maupun bukti-bukti kesejarahan.⁴⁷ Ilmu yang menjaga otentisitas Al-Qur'an dikenal dengan 'Ulumul Qur'an.⁴⁸

⁴⁴ *Ibid.*, hlm. 35.

⁴⁵ Yunahar Ilyas, *Cakrawala Al-Qur'an Tafsir Tematis tentang Berbagai Aspek Kehidupan*, Itqan Publishing, Yogyakarta, 2009, hlm. 6.

⁴⁶ QS. 15:9.

⁴⁷ Lebih lanjut baca Quraish Shihab, *Membumikan Al-Qur'an Fungsi dan Peran Wahyu dalam Kehidupan Masyarakat*, cet. 4, Mizan, Bandung, 1994, hlm. 21-26.

⁴⁸ Penggunaan bentuk jamak 'Ulum Al-Qur'an bukan dalam bentuk tunggal, karena tujuannya adalah tidak satu ilmu saja yang berkaitan dengan Al-Qur'an, tetapi mencakup semua ilmu melayani Al-Qur'an atau bertumpu padanya. Dari ulum al-Qur'an ini terangkai ilmu-ilmu seperti ilmu tafsir, ilmu qiraat, ilmu rasam 'Utsmani, ilmu I'jaz Al-Qur'an, ilmu gharib Al-Qur'an, ilmu asbab nuzul, ilmu nasikh mansukh, ilmu-ilmu agama, bahasa dan lain sebagainya. Keterangan lebih lanjut lihat Muhammad Abdul Azhim Al-Zarqani, *Manahil al-'irfan fi 'Ulum al-Qur'an*, terj. Qodirun Nur dan Ahmad Musyafiq, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2000. hlm. 13.

Berbeda dengan Al-Qur'an, As-Sunnah mengalami inflasi jumlahnya hingga tidak terkontrol dengan lahirnya hadits yang berkualitas tertolak (*mardud*). Padahal umat Islam wajib menjadikan As-Sunnah sebagai pedoman hidup selain Al-Qur'an. Oleh karena itu, tanpa lelah para ulama hadits, merumuskan secara ketat studi hadits, yang seringkali juga dinamakan *ulum al-hadits*. Lalu ilmu hadits ini sebagian dirumuskan sebagai "*Ilmu pengetahuan yang membicarakan tentang cara-cara persambungan hadits sampai kepada Rasulullah SAW, dari segi hal ihwal para perawinya, kedhabitan, keadilan, dan dari bersambung tidaknya sanad, dan sebagainya*".⁴⁹

Ilmu hadits dibagi menjadi dua macam yaitu ilmu hadits *riwayah* dan ilmu hadits *dirayah*. Ilmu hadits *riwayah* adalah ilmu pengetahuan yang mencakup perkataan dan perbuatan Nabi SAW, baik periwayatannya, pemeliharannya, maupun penulisiannya atau pembukuan lafaz-lafaznya.⁵⁰ Sedangkan ilmu hadits *dirayah* adalah suatu ilmu pengetahuan untuk mengetahui hakikat periwayatan, syarat-syarat, macam-macam dan hukum-hukumnya, serta untuk mengetahui keadaan para perawi, baik syarat-syaratnya, macam-macam hadits yang diriwayatkan dan segala yang terkait dengannya.

Pemahaman hadits tersebut merupakan bagian dari ilmu pengetahuan dan sebagaimana lazimnya ilmu pengetahuan senantiasa tumbuh dan berkembang. Oleh karena itu studi hadits juga tumbuh dan berkembang secara dinamis, tidak statis, sesuai dengan konteks perkembangan kesejarahan manusia. Secara historis, waktu kelahiran ilmu hadits sulit dipastikan. Hal ini disebabkan karena ilmu hadits lahir ketika hadits Nabi Muhammad SAW sudah terkodifikasikan pada abad ke-2 H. Oleh karenanya, bisa dikatakan bahwa ilmu hadits lahir sesudah

⁴⁹ Hamzah Al Milyabari, *Nazharat Jadidah fi 'Ulum al-Hadits*, ttp: tnp, tt, hlm. 25.

⁵⁰ Al-Suyuthi, *Tadrib ar-Rawi fi Syarh Taqrib an-Nabawi*, Dar al-Fikr, Beirut, 1988, hlm. 40.

abad ke-2 H.⁵¹ Meskipun demikian, menurut Azami, sebenarnya sebagian sahabat Nabi sudah menulis hadits ketika Nabi masih hidup, sedang yang lain menulisnya setelah Nabi wafat. Para sahabat Nabi juga selalu menghafal dan mengingat-ingat kembali hadits-hadits, baik secara sendiri-sendiri maupun berkelompok, dimana dalam menghafal, para sahabat meminta bantuan sahabat yang lainnya.⁵²

Hadits Nabi tidak tiba-tiba mewujud dalam kitab-kitab hadits. Ada proses yang sangat panjang dengan ragam metode sehingga hadits Nabi sampai ke umat zaman sekarang. Tiga unsur pokok dalam hadits harus saling terkait dan akumulatif dalam setiap proses tersebut, yaitu antara lain adalah *sanad*, *matan* dan *rawi*. Secara bahasa *sanad* bermakna sandaran. Menurut As-Suyuthi, *sanad* adalah silsilah orang-orang yang meriwayatkan hadits, yang menyampaikannya kepada *matan* hadits.⁵³ Sedangkan *matan* adalah lafaz-lafaz hadits yang di dalamnya mengandung makna-makna tertentu.⁵⁴ Adapun definisi *rawi* adalah orang yang meriwayatkan atau memberitakan suatu hadits. *Sanad* dan *rawi* adalah dua hal yang tidak bisa dipisahkan. Suatu ucapan (dalam konteks ini adalah Sunnah Nabi yang disebut dengan *matan* hadits) tidak bisa sampai kepada umat tanpa kehadiran perawi (atau orang yang membukukan hadits). Demikian pula, kedudukan *sanad* sangat istimewa karena memberikan jalan panjang bagi tersampainya *matan* hadits kepada umat Islam. Imam Abdullah bin al-Mubarak menguatkan kedudukan *sanad* ini dengan mengatakan bahwa “*sanad* itu bagian dari agama. Seandainya tidak ada *sanad*, niscaya siapapun akan berbicara semaunya.”⁵⁵ Dari

⁵¹ Tim Penyusun MKD IAIN Sunan Ampel Surabaya, *Studi Hadits*, IAIN Sunan Ampel Press, Surabaya, 2011, hlm. 102.

⁵² Muhammad Mustafa Azami, *Hadits Nabawi dan Sejarah Kodifikasinya*, terj. Ali Mustafa Yaqub, cet. 2, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2000, hlm. 448.

⁵³ Al-Suyuthi, *Tadrib ar-Rawi fi Syarh Taqrib an-Nabawi*, Dar al-Fikr, Beirut, 1988, hlm. 41.

⁵⁴ Muhammad 'Ajjaj Al-Khatib, *op. cit.*, hlm. 32.

⁵⁵ Dimuat dalam Muqaddimah Shahih Muslim.

sanad inilah lahir *tahammul al-'ilm* (metode mendapatkan ilmu hadits). Pada permulaan Islam, ada delapan metode yang biasa dipakai untuk mempelajari dan mencari hadits, yakni :

1. *Sama'*, yakni seorang guru membaca hadits di depan murid.
2. *'Ardh*, yakni seorang murid membacakan hadits (yang didapatkannya dari gurunya yang lain) di depan gurunya.
3. *Ijazah*, yakni pemberian izin oleh seorang guru kepada murid untuk meriwayatkan sebuah buku hadits tanpa membaca hadits tersebut satu per satu.
4. *Munawalah*, yakni seorang guru memberikan sebuah materi tertulis kepada seseorang untuk meriwayatkannya.
5. *Kitabah*, yakni seorang guru menuliskan rangkaian hadits untuk seseorang.
6. *I'lam*, yakni memberikan informasi kepada seseorang bahwa dia memberikan izin untuk meriwayatkan materi hadits tertentu.
7. *Washiyah*, yakni seorang guru (syaikhul hadits) mewariskan buku-buku haditsnya kepada seseorang.
8. *Wajadah*, yakni seseorang menemukan sejumlah buku-buku hadits yang ditulis oleh seseorang yang tidak dikenal namanya.⁵⁶

As-Sunnah tidak berhenti dari ragam kritik dan kajian. Qasim Ahmad, misalnya menggugat keberadaan hadits. Berikut dikutipkan sebagian pendapatnya mengenai hadits: *"Segalanya mempunyai alasan untuk menjadi dan, pada gilirannya, mempunyai konsekuensi. Tidak ada sesuatu yang terjadi tanpa ada penyebab dan, pada gilirannya,*

⁵⁶ Muhammad Mustafa Azami, *Metodologi Kritik Hadits*, terj. A. Yamin, Pustaka Hidayah, Jakarta, 1992, hlm. 37-38.

tanpa efek. Ini adalah suatu hukum Ilahi, dinyatakan dalam al-Qur`an surat al-Ankabut ayat 44, dan yang diakui oleh semua umat manusia. Hukum ini juga berlaku untuk semua hadits. Kita akan menunjukkan bahwa yang disebut tradisi kenabian tidak dimulai dari Nabi. Hadits tumbuh dari konflik politik religius yang muncul di tengah umat Islam paska Nabi, sepanjang abad ke-1 dan ke-2. Hadits membuat pengajaran yang sama sekali baru, dan sangat menyimpang dari Al-Qur`an yang dibawa Nabi. Ia mewujudkan secara bertentangan dengan kehendaknya (Nabi), tetapi dengan mahirnya dihubungkan dengan beliau”⁵⁷

Selain gugatan tersebut, kritik dan kajian As-Sunnah juga berimbas pada kesejarahan kodifikasi hadits Nabi yang berwujud beberapa kitab hadits, sebagaimana yang dikenal sampai sekarang ini. Kodifikasi hadits ini merupakan ide cemerlang Khalifah Umar bin Abdul Aziz dengan menginstruksikan Gubernur Madinah, Abu Bakar ibn Muhammad ibn Amr ibn Hazm dengan kalimat “*Perhatikan atau periksalah hadits-hadits Rasul SAW. Kemudian tuliskanlah! Aku khawatir akan lenyapnya ilmu dengan meninggalnya para ulama (para ahlinya). Dan janganlah kamu terima kecuali hadits Rasul SAW*”⁵⁸ Tidak cukup hanya itu, Khalifah yang mempunyai nasab dengan Khalifah Umar bin Khathab ini juga menginstruksikan kepada Muhammad ibn Syihab al-Zuhri, yang dinilainya sebagai orang yang lebih banyak mengetahui daripada yang lainnya untuk melakukan kodifikasi hadits Nabi SAW. Mulai dari halaman pemikiran Umar bin Abdul Aziz inilah, kodifikasi hadits dimulai dan berkembang dengan lahirnya kitab-kitab hadits yang dibukukan oleh para ulama hadits.

Banyaknya kitab Hadits yang sampai kepada kita tidak menjamin bahwa semua hadits yang dimuat di dalamnya itu berkualitas otentik dari Nabi Muhammad SAW. Oleh karena itu para ulama hadits sangat

⁵⁷ Kassim Ahmad, *Hadits Ditelanjangi Sebuah Re-evaluasi Mendasar atas Hadits*, terj. Wisnu Pambudi, Trotoar, Jakarta, 2006, hlm. 39.

⁵⁸ Ajjaj Al-Khathib, *op. cit.*, hlm. 329.

memberikan perhatian penuh pada upaya menjaga nilai otentisitas hadits tersebut dengan menerapkan batasan ketat dalam penyeleksian hadits. Di dalam literatur ilmu hadits dikenal dengan pembagian hadits berdasarkan kualitasnya yang dibagi menjadi hadits *shahih*, *hasan*, dan *dhaif*. Pada zaman empat madzhab, yakni Abu Hanifah, Malik, Syafi'i, dan Hanbali, belum dikenal adanya pembagian hadits menjadi tiga bagian tersebut. Baru kemudian Imam At-Tirmidzi memperkenalkan pembagian hadits tersebut. Berikut dikutipkan syarat dan kriteria hadits shahih yang dirumuskan Yusuf Al-Qadhawi dengan tambahan keterangan dari pemikiran ulama hadits lainnya:

1. Setiap perawi harus diketahui kepribadian dan keadaannya, atau diketahui kepribadian dan biografinya. Karena itu, tidaklah diterima *sanad*-nya apabila si fulan mengatakan kepada kami dari seseorang, atau seseorang dari kabilah ini, atau dari seseorang yang *tsiqah*,⁵⁹ tetapi namanya tidak diketahui. Tidak juga diterima *sanad* yang di dalamnya terdapat nama rawi yang tidak diketahui, atau tidak diketahui daerah, guru dan murid, tempat hidup dan matinya, dan kapan meninggalnya. *Sanad* seperti inilah dinamakan *majhul 'ain*. Begitu juga *rawi* yang jati dirinya diketahui, tetapi sifat dan keadaannya tidak dikenal, apakah ia orang baik atau jahat. *Rawi* seperti inilah yang dikatakan *majhul hal* atau *mastur*.
2. *Rawi* harus mempunyai sifat '*adil*, yakni selalu menjalankan perintah agama, mempunyai akhlak yang baik, dan tepercaya dalam apa yang diriwayatkannya. Perkataan dan perbuatannya mengindikasikan bahwa ia merupakan orang yang takut kepada Allah dan adzab-Nya, dan tidak berbohong, atau menambah-nambah, atau mengubah apa yang diriwayatkannya itu. Para ulama telah berhati-

⁵⁹ *Tsiqah* adalah perawi hadits kepercayaan.

hati untuk ini. Mereka menolak hadits walaupun dengan alasan sedikit cacat dalam perjalanan kepribadian seorang *rawi*. Kalau mereka mengetahui bahwa seorang rawi itu pembohong dalam perkataannya, mereka langsung menolak riwayatnya, dan haditsnya dinamakan *maudhu'* atau *makdzub* walaupun mereka belum menemukan kebohongan di dalam riwayatnya (*matan*). Mereka telah menafsirkan adil dengan terhindar dari kefasikan dan keburukan perilaku. Bukti dari keadilan adalah tidak pernah berbuat dosa besar dan tidak mengerjakan dosa yang kecil terus-menerus. Lebih dari itu, di samping ketakwaan, mereka mensyaratkan *murū'ah* bagi keadilan seorang *rawi*. *Murū'ah* ditafsirkan dengan terbebas dari sifat-sifat yang hina dan perilaku yang jelek menurut kesepakatan manusia, seperti makan di jalan atau berjalan dengan membiarkan kepalanya terbuka pada zamannya. Tidak cukup bagi para *rawi* untuk menjauhi dari apa-apa yang dilarang oleh agama. Ia pun harus menjauhi sesuatu yang dipandang jelek oleh adat istiadat. Dengan inilah, seseorang diterima di sisi Allah dan di hadapan manusia.

3. Seorang *rawi* yang *tsiqah* belum bisa diterima periwayatannya dengan hanya memiliki sifat adil dan takwa. Ia masih harus mempunyai sifat adil dan amanah atau *dhabit*. Kadang-kadang seorang *rawi* bertakwa kepada Allah dan dikenal *wara'*, tetapi ia tidak *dhabit* dalam periwayatannya atau lupa. Ia dikuatirkan mencampurkan hadits dengan perkataannya. Oleh karena itu, seorang *rawi* harus memiliki sifat *dhabit*, baik *dhabit shadri* (kekuatan hafalan) atau *dhabit kitabah* (penulisan yang baik). Ini untuk menjadi sebuah syarat untuk hadits shahih agar seorang rawi memiliki derajat yang tinggi dalam ke-*dhabit*-an dan keyakinannya sehingga

dipercaya dalam hafalannya. Semua itu diketahui dengan membandingkan satu riwayat dengan riwayat lainnya, atau dengan riwayat lainnya yang lebih *tsiqah*. Banyak perawi yang *dhabit* dan bagus hafalannya, tetapi karena umurnya yang tua, ia lemah dalam ingatannya sehingga hafalannya tidak lancar. Maka para ulama hadits melemahkan perawi seperti ini dan mengatakan “di akhir hayatnya, hafalannya kacau. Para penghimpun hadits menyikapi rawi seperti ini dengan cara yang berbeda. Mereka berkata: “hadits ini diriwayatkan olehnya sebelum kacau sehingga haditsnya diterima. Hadits ini diriwayatkan olehnya setelah hafalannya kacau atau tidak diketahui kapan diriwayatkannya maka haditsnya ditolak”.

4. Seluruh sanadnya harus bersambung dari awal sampai akhir. Apabila terputus di awal, di tengah, atau di akhir dari silsilah *sanad*-nya, hadits yang bersangkutan menjadi *dhaif* dan ditolak walaupun para perawinya adil dan *dhabit*, sehingga andaikan para imam pada generasi *tabi'in* yang memiliki kelebihan dalam agamanya dan ilmunya seperti imam Hasan Bashri, Atho', Zuhri, dan lainnya mengatakan: “Rasulullah SAW bersabda “.....”, tetapi tidak menyebutkan sahabat yang mendengar langsung dari Rasulullah SAW, maka perkataannya itu tetap tidak diterima. Sebab, bisa jadi mereka menerimanya dari *tabi'in* yang lain, dan *tabi'in* itu mendengar lagi dari *tabi'in* yang lainnya.

Jika suatu hadits tidak diketahui perantaranya, hadits tersebut tidaklah diterima. Inilah yang dikatakan hadits *mursal*. Kalaupun para ulama menerimanya, mereka menetapkan syarat yang khusus. Ini artinya hendaklah setiap rawi mendapatkan hadits dari *rawi* di atasnya secara langsung tanpa ada perantara. Tidak boleh juga seorang *rawi*

menghapus *rawi* yang menjadi perantaranya, sebab kuatir *rawi* yang dihapus itu *tsiqah* menurutnya, tetapi tidak *tsiqah* bagi yang lainnya. Bahkan, tindakan penghapusannya saja menjadikannya riwayatnya diragukan.

Jika seorang *rawi* yang adil dan haditsnya secara umum diterima, terbukti menghapus *rawi* yang menjadi perantaranya, atau menyebutkan lafaz yang mengandung beberapa kemungkinan seperti “dari si fulan”, maka ia tetap dikatakan telah melakukan *tadlis*. Dengan demikian, haditsnya ditolak, kecuali jika ia menggunakan redaksi : “*haddatsani Fulan*” atau “*Akhabarani Fulan*” atau *Sami’tu...*” dan redaksi sejenisnya, seperti kasus Muhammad Ibn Ishaq, penulis buku sejarah yang terkenal. Namun ketika *rawi* menggunakan redaksi “*’an Fulan*” (dari si Fulan), haditsnya *dhaiif* karena ada kata *’an* mengandung kemungkinan ia menerimanya secara langsung, atau melalui perantara.

5. Haditsnya tidak mengandung *syadz*. *Syadz* menurut para ulama hadits ialah hadits yang diriwayatkan oleh *rawi* yang *tsiqah*, tetapi bertentangan dengan *rawi* yang lebih *tsiqah* darinya. Contohnya adalah seorang *rawi tsiqah* meriwayatkan hadits dengan bentuknya sendiri atau menambah keterangan, kemudian hadits yang sama diriwayatkan oleh *rawi* yang lebih kuat darinya dengan redaksi yang lain. Demikian juga apabila hadits yang diriwayatkan oleh satu *rawi* dengan redaksinya sendiri, dan diriwayatkan juga oleh dua orang atau lebih dengan redaksi yang bertentangan. Dalam kasus seperti ini, yang diterima adalah hadits yang disampaikan *rawi* paling *tsiqah* di antara mereka. Setiap hadits yang bertentangan dengannya dinamakan *syadz* walaupun disampaikan oleh *rawi* yang *tsiqah* dan *maqbul* (diterima).

6. Hendaklah hadits tersebut tidak mengandung *illat* yang merusak *sanad* dan *matan*-nya. Hal ini hanya diketahui oleh imam-imam yang mendalami bidang ini, yakni mereka yang selalu membahas hadits-hadits dan membahas *sanad* dan *matan*. Terkadang, ada hadits terlihat dengan jelas kebenarannya, tetapi ketika para kritikus dan peneliti hadits menelitinya, tampaklah dengan jelas cacat atau '*illat* yang membuat hadits tersebut *dhaif*. Oleh karena itu, muncullah ilmu yang dinamakan dengan *al-'ilal*.⁶⁰

Kalau kita memperhatikan satu per satu syarat dan kriteria hadits shahih di atas, jelas sekali bahwa persyaratan dan kriteria tersebut tidak membedakan gender dan status sosial. Dengan kata lain, sangat egaliter dan cerdas. Persyaratan dan kriteria tersebut disusun berdasarkan definisi yang sudah ditulis oleh ulama hadits dalam kitab-kitabnya. Untuk itu, perlu menengok sejarah untuk memastikan sejarah hadits shahih. Salah seorang ulama hadits abad ke-2 hijriyah, Ibn al-Mubarak (118-181 H/736-797 M), sama sekali tidak menyinggung gender dan status sosial untuk menjadi syarat diterimanya periwayatan suatu hadits. Justru Ibn al-Mubarak, sebagaimana yang dikutip Azami dari kitab *Al-Kifayah fi 'Ilm al-Hadith*, menjadikan masalah karakter personal sebagai acuan untuk melihat tingkat ke-adil-an seseorang. Bagi seorang penutur hadits diwajibkan untuk shalat berjamaah, di samping harus meninggalkan meminum perasan anggur yang dapat memabukkan kalau dilakukan secara berkesinambungan (*nabidh*), meninggalkan perilaku kebohongan serta tidak menderita diskualifikasi mental.⁶¹

Sejarah juga mencatat bahwa Imam Syafi'i (150-204 H/767-812 M) sudah memberikan gambaran mengenai kesahihan suatu hadits Nabi

⁶⁰ Yusuf Al-Qardhawi, *Pengantar Studi Hadits*, terj. Agus Suyadi Raharusun dan Dede Rodin, Pustaka Setia, Bandung, 2007, hlm. 119-122.

⁶¹ Muhammad Mustafa Azami, *op. cit.*, hlm. 98.

sehingga dapat dijadikan *hujjah*. Menurut Imam Syafi'i ada dua ketentuan bahwa riwayat suatu hadits dapat dijadikan *hujjah*, yakni (1) diriwayatkan oleh para perawi yang dapat dipercaya pengalamannya; dikenal sebagai orang yang jujur memahami dengan baik hadits yang diriwayatkan dan mengetahui perubahan arti hadits bila terjadi perubahan lafaznya; mampu meriwayatkan hadits secara lafaz; terpelihara hafalannya; bila meriwayatkan hadits secara lafadh, bunyi hadits yang diriwayatkan sama dengan bunyi hadits yang diriwayatkan oleh orang lain; dan terlepas dari penyembunyian cacat (*tadlis*); (2) rangkaian riwayatnya bersambung sampai kepada Nabi Muhammad SAW, atau dapat juga tidak sampai kepada beliau.⁶²

Demikian pula Imam Bukhari (196-256 H/ 810-870 M) dan Imam Muslim (202-261 H/817-875 M). Menurut para ulama yang meneliti mengenai cara-cara yang ditempuh oleh Imam Bukhari dan Imam Muslim untuk menetapkan suatu hadits yang bisa dijadikan *hujjah*, diperoleh suatu gambaran mengenai kriteria hadits shahih menurut keduanya, yakni (1) rangkaian perawinya dalam sanad itu harus bersambung mulai dari perawi pertama sampai perawi terakhir; (2) para perawinya harus terdiri dari orang-orang yang dikenal *tsiqah* dalam arti adil dan *dhabit*; (3) haditsnya terhindar dari *'illat* (cacat) dan *syadz* (janggal); dan (4) para perawinya yang terdekat dalam *sanad* harus sezaman.⁶³

Pokok bahasan pada pembahasan tulisan ini difokuskan pada kesetaraan manusia yakni penghormatan terhadap perempuan dan bekas budak atau budak itu sendiri. Sebagaimana diketahui bahwa isu-isu hak asasi manusia seringkali juga bersinggungan dengan masalah gender dan perbudakan. Namun dalam persyaratan ketat dalam periwayatan hadits yang shahih, dua hal tersebut sama sekali tidak disinggung. Bahkan

⁶² Abu Muhammad bin Abd Al-Rahman bin Abi Hatim Al-Razy, *Kitab al-Jarh wa At-Ta'dil*, Juz II, Majelis Darirat Al-Maarif, Haiderabad, 1952, hlm. 27-33.

⁶³ Dikutip dari Munzier Suparta, *Ilmu Hadits*, cet. 4, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hlm. 128.

beberapa hadits diriwayatkan melalui jalur dua hal tersebut. Di bawah ini akan dibahas lebih lanjut.

D. Pemahaman Kontekstual Hadits Nabi Muhammad SAW

Ukuran sejarah kontekstual ini diambil dari garis awal tahun 1 Hijriyah hingga 1433 Hijriyah. Pada rentang waktu yang panjang itu telah lahir kondisi sosiologis-kultural yang berbeda. Pada perbedaan ini terdapat benang merah pemahaman bahwa hadits yang berkualitas shahih wajib diterima sebagai dalil atau pedoman bagi umat Islam untuk kehidupan di dunia ini. Dikarenakan ada perbedaan konteks zaman dan waktu, maka lahir pula perbedaan atau pengayaan pemahaman terhadap hadits. Barangkali untuk menjembatani pemikiran dan pemahaman hadits supaya hidup di setiap zaman, perlu kiranya untuk menghadirkan logika pemikiran kontekstual. Secara literal, pemikiran kontekstual ialah pengembangan pemikiran dari pemahaman teks-teks yang ada dalam al-Qur`an dan Sunnah Nabi, baik secara terpisah maupun terpadu.⁶⁴

Pemikiran kontekstual ini berusaha menghadirkan makna hadits di era kini yang pasti berbeda dengan konteks ketika hadits lahir, atau bahkan mulai dibukukan. Maka dari itu, diperlukan metode pemahaman yang beragam. Menurut Yusuf Al-Qardhawi, salah satu metode yang tepat dalam memahami Sunnah Nabi Muhammad SAW adalah melihat sebab-sebab khusus atau alasan tertentu yang menjadi latar belakang suatu hadits, baik yang tersurat maupun tersirat, atau yang dipahami dari kejadian yang menyertainya.⁶⁵ Namun, pemahaman tentang hadits tidak dapat diperoleh secara serta merta, dan untuk itu diperlukan “pembatasan” area. Untuk itu, pembahasan ini hanya dibatasi pada keberadaan perempuan pada jalur *sanad* hadits.

⁶⁴ Asjmuni Abdurrahman, *Memahami Makna Teksual, Kontekstual, dan Liberal*, Suara Muhammadiyah, Yogyakarta, tt, hlm. 7.

⁶⁵ Yusuf Al-Qordhawi, *op. cit.*, hlm. 202.

(1) Kaum Perempuan dalam Jalur Sanad Hadits

Literatur hadits membahas mengenai *sanad* dan riwayat dengan tidak pembedaan gender dan status sosial. Banyak kaum perempuan yang berkisah dalam riwayat suatu hadits. Entitas yang tidak bisa dilepaskan dalam sejarah hadits adalah kaum perempuan dalam lingkaran Nabi Muhammad SAW. Mereka ini adalah para istri dan anak-anak beliau. Berdasarkan penelitian Agung Danarto dalam Disertasinya, ditemukan bahwa jumlah sahabat perempuan yang meriwayatkan hadits dan ditulis dalam *Al-Kutub Al-Tis'ah* berjumlah 132 orang.⁶⁶ Berikut ini biografi sebagian perempuan yang terlibat aktif dalam proses riwayat hadits Nabi Muhammad SAW yang dikutipkan dari buku *Hadits Nabawi dan Sejarah Kodifikasinya* yang bersumberkan dari kitab-kitab yang *mu'tamad*:

1. Asma binti 'Umais, adalah isteri Ja'far bin Abu Thalib. Lalu menikah dengan Abu Bakar, kemudian dengan Ali bin Abi Thalib. Dari ketiga suami tersebut, beliau melahirkan putera-putera. Sedangkan yang terkait dengan hadits Nabi adalah beliau menyimpan shahifah yang berisi hadits-hadits Nabi.⁶⁷
2. Subai'ah Al-Aslamiyah, adalah istri Sa'ad bin Khaulah, yang meriwayatkan hadits dari Nabi Muhammad SAW dan menulis hadits untuk para *Tabi'in*.⁶⁸ Di antaranya adalah Abdullah bin 'Utbah (menurut kesaksian Amir), Umar bin Abdullah bin Al-Arqom, 'Amr bin 'Utbah, dan Masruq.
3. 'Aisyah binti Abu Bakar, adalah salah seorang istri Muhammad SAW, yang banyak meriwayatkan hadits dari beliau dalam

⁶⁶ Selengkapnya baca Agung Danato, *Perempuan Perwayat Hadits dalam Al-Kutub Al-Tis'ah*, Disertasi Tidak Diterbitkan, Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 2007.

⁶⁷ Muhammad Mustafa Azami, *op. cit.*, hlm. 142.

⁶⁸ *Ibid.*, hlm. 154.

jumlah yang cukup fantastis, yakni 2210 buah hadits. Orang-orang yang menyimpan tulisan hadits dari 'Aisyah ini adalah Zaid bin Abu Sufyan, Urwah bin Al-Zubair, dan Muawiyah bin Abi Sufyan.⁶⁹ Khusus mengenai Aisyah binti Abu Bakar ini, ada beberapa Hadits yang bertemakan tafsir Al-Qur`an. Menurut Abdullah Abu as-Su'ud Badr, ada 355 riwayat hadits yang bertemakan tafsir ini yang bersumberkan dari perempuan yang dipanggil oleh Rasulullah SAW dengan panggilan *al-Humaira`* ini dari banyak penghimpun hadits.⁷⁰

4. Fatimah Az-Zahra` binti Rasulullah SAW, adalah istri Sahabat Ali bin Abi Thalib. Dia menyimpan shahifah (buku) yang berisi wasiatnya sendiri, yang di dalamnya terdapat beberapa hadits Nabi Muhammad SAW.⁷¹
5. Fatimah binti Qais, yang beberapa haditsnya ditulis oleh Abu Salamah.⁷²
6. Maimunah binti al-Harits al-Hilaliyah, salah seorang istri Rasulullah SAW yang dinikahi beliau pada tahun 7 H. Beberapa haditsnya diriwayatkan oleh bekas hamba sahayanya, Atha' bin Yasar dan Sulaiman bin Yasar.⁷³
7. Ummul Darda` atau Juhaimah binti Yahya al-Dimasyqiyah. Perempuan periwayat hadits ini berasal dari kalangan *tabi'in*. Kesaksian Sulaiman bin Zaitun yang mengatakan bahwa Ummul Darda` menuliskan hadits di papan-papannya.⁷⁴

⁶⁹ *Ibid.*, hlm. 160.

⁷⁰ Selengkapnya baca Abdullah abu as-Su'ud Badr, *Tafsir Ummul Mukminin 'Aisyah Radhiallahu 'anha*, terj. Gozi Saloom dan Ahmad Syaikh, Serambi, Jakarta, 2000, hlm. 50-86.

⁷¹ Muhammad Mustafa Azami, *op. cit.*, hlm. 197.

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*, hlm. 199.

⁷⁴ *Ibid.*, hlm. 204.

8. Amrah binti Abdur Rahman bin Sa'd bin Zararah ash-Shariyah (21-98 H). seorang *tabi'in* yang pernah diasuh oleh ummul Mukminin Aisyah. Abu Bakar bin Muhammad bin Hazm melaksanakan instruksi Umar bin Abdul Aziz supaya mencari dan menulis hadits-hadits yang diriwayatkan oleh Amrah.⁷⁵

Di samping kaum perempuan yang berpartisipasi aktif dalam proses tranmisi periwayatan hadits, ada juga kelompok masyarakat yang “terpinggirkan” yang juga berpengaruh besar dalam periwayatan ini, yakni bekas hamba sahaya (budak). Meskipun sudah bukan lagi menjadi budak, tetapi “cap” budak tetap melekat padanya. Namun demikian, “cap” budak ini tidak memposisikan dirinya jauh dari periwayatan hadits. Muhammad Mustafa Azami mencatat ada banyak bekas budak yang sukses dalam sejarah periwayatan hadits, yakni:

1. Abu Rafi'. Dia adalah bekas hamba sahaya Rasulullah SAW yang wafat pada tahun 40 H. Abu Bakar bin Abdurrahman mengatakan bahwa dirinya diberi kitab oleh Abu Rafi' yang berisi hadits-hadits tentang pembukaan shalat.
2. Nafi', seorang *maula* (bekas budak) Abdullah bin Umar, yang hidup antara tahun 30-117/120 H). Nama lengkapnya adalah Nafi' bin Surajis Abdullah al-Jaelani. Dia menjadi pembantu Abdullah bin Umar selama lebih dari 3 tahun. Disebutkan bahwa dia adalah “hujjah” (bukti otentitas) hadits-hadits Ibn Umar, di samping memiliki hadits tertulis dari majikannya itu. Para ahli hadits, khususnya tokoh kritikus hadits bersepakat bahwa Nafi' ini adalah tokoh masalah hadits, *tsiqah* dan sangat teliti.⁷⁶ Ulama hadits juga banyak menilai bahwa tokoh-tokoh seperti Ibn Juraij, Ayyub, Juwairiyah bin Asma, Khalid bin

⁷⁵ *Ibid.*, hlm. 228.

⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 295.

Ziyad, Khalid bin Imran, Syu'aib bin Abu Hamzah, Shahr, Abdul aziz bin Abu Ruwad, mempunyai tulisan hadits dari Nafi.⁷⁷

Oleh para ulama hadits, jalur *sanad* Malik-Nafi'-Ibn Umar ini dinamakan "untaian *sanad* emas". Di samping itu jalur *sanad* ini dinilai riwayat yang paling shahih *sanad*-nya. Imam Malik sendiri mendapatkan hadits dari Nafi' ini sejumlah 80 hadits lebih.⁷⁸ Namun demikian, bukan berarti riwayat emas Nafi' ini sepi dari kritik pedas. Orientalis Joseph Schacht meragukan otentisitas jalur *sanad* Malik-Nafi'-Ibn Umar. Tetapi keraguan ini dibantah oleh Azami.⁷⁹

(2) Memaknai Tradisi Studi Hadits

Pada rentang tahun 118-181 H/736-797 M sampai 202-261 H/817-875 M merupakan periode klasik dalam fase ekspansi (650-1000 M). Di samping banyak ekspansi ke Barat (melalui Afrika Utara sampai ke Spanyol) dan ke Timur (melalui Persia sampai ke India), zaman ini melahirkan ilmu pengetahuan keagamaan dan non keagamaan serta ulama besar seperti Imam Malik, Imam Abu Hanifah, Imam Syafi'i, Imam Hanbali (dalam bidang hukum Islam) sampai pada bidang ilmu pengetahuan umum yang dimotori oleh Ibn Hayyan, al-Khawarizmi, Al-Mas'udi dan Ar-Razi.⁸⁰

Perkembangan studi hak asasi manusia berawal dari teori kodrati. Sedangkan teori kodrati mengenai hak itu bermula dari teori hukum kodrati yang rangkaian *sanad*-nya (meminjam bahasa studi hadits) sampai pada zaman kuno dengan filsafat Stoika hingga ke zaman modern

⁷⁷ *Ibid.*, hlm. 296.

⁷⁸ Nurun Najwah, 'Kitab al-Muwatta' Imam Malik' dalam Alfatih Suryadilaga, *Studi Kitab Hadits*, Teras, Yogyakarta, 2003, hlm. 5.

⁷⁹ Lebih lengkap baca Muhammad Mustafa Azami, *op. cit.*, hlm. 578-579.

⁸⁰ Harun Nasution, *Pembaharuan dalam Islam Sejarah Pemikiran dan Gerakan*, cet. 9, Bulan Bintang, Jakarta, 1992, hlm. 13.

melalui tulisan-tulisan hukum kodrati Santo Thomas Aquinas. Pemikiran Aquinas ini kemudian dikembangkan oleh Hugo de Groot (atau yang lebih dikenal dengan nama latinnya, Grotius) dengan memutus asal-usulnya yang teistik dan membuatnya menjadi produk pemikiran sekuler yang rasional. Selanjutnya, John Locke mengajukan pemikiran mengenai teori hak-hak kodrati, yang disebut kemudian melandasi munculnya revolusi hak dalam revolusi yang meletup di Inggris, Amerika Serikat dan Perancis pada abad ke-17 dan ke-18.⁸¹ Atau sedikit mundur lagi, pemikiran hak asasi manusia dimulai lahirnya *Magna Charta* di Inggris pada 15 Juni 1215 sebagaimana yang disinggung di depan dalam tulisan ini.

Ada jarak yang cukup jauh antara penentuan persyaratan dan kriteria hadits shahih sebagai hujjah dan pedoman dalam ber-Islam tanpa membedakan gender dan status sosial dengan pemikiran hak asasi manusia yang baru memasuki “dunia aman” pasca Perang Dunia II. Hadits sebagai pedoman hidup setelah Al-Qur`an benar-benar memberikan penghargaan kepada identitas dan eksistensi manusia tanpa pandangan yang saling merendahkan. Para ulama perumus keshahihan hadits sudah mempraktikkan hak asasi manusia. Sungguh ini merupakan lompatan pemikiran hak asasi manusia yang luar biasa. Artinya, ada langkah yang sangat berani dan melampaui zamannya untuk penetapan suatu hal yang sangat penting dalam status keber-Islam-an tersebut. Kualitas dan kuantitas ke-Islam-an seseorang juga ditentukan oleh pemahamannya terhadap Sunnah Nabi. Dengan demikian, tanpa berdebat panjang, hakikatnya Islam sangat menghargai hak asasi manusia, dan penerapannya dalam produk pemikiran ke-Islam-an, termasuk dalam konteks ini adalah studi hadits.

Kesetaraan manusia menjadi kunci utama dalam studi hadits di atas. Sepenting hadits Nabi Muhammad SAW, para ulama hadits, khususnya, sudah meletakkan landasan yang sangat kokoh untuk perkembangan hak

⁸¹ Knut D. Asplund dkk (Editor), *op. cit.*, hlm. 12.

asasi manusia ke depannya. Dengan ungkapan lain, barangkali pemikiran studi hadits ini memberikan pesan kepada masa depan dunia bahwa hal-hal yang menyangkut kepentingan atau kemaslahatan umat manusia, terutama keterkaitan dengan hak asasi manusia ini, kualitas diri menjadi hal yang pokok. Pada perspektif hak asasi manusia, manusia ditempatkan dalam posisi yang sederajat dengan implementasi bahwa setiap orang berhak untuk dihargai dan menghargai, apapun kondisi, status sosial, dan lingkup keluarganya. Seharusnya hak asasi manusia memberikan penyadaran bahwa manusia hidup harus berkualitas, berprestasi, sehingga nantinya apa yang dinamakan penghargaan, penghormatan, dan yang semakna dengannya, akan datang sendiri.

Kualitas personal ini sangat jelas dimiliki oleh setiap individu. Hanya yang perlu diperhatikan adalah bagaimana implementasi kualitas personal itu. Dalam perspektif teologis, kualitas personal inilah yang disebut dengan ketakwaan. Allah SWT hanya melihat kualitas personal seseorang. Deklarasi ini sudah terbaca jelas dalam Al-Qur`an surat Al-Hujurat ayat 13, bahwasanya manusia diciptakan oleh Allah terdiri dari laki-laki dan perempuan dan menjadikannya berbangsa-bangsa dan bersuku-suku supaya saling berdialog untuk mengenal kualitas personalnya masing-masing. Sesungguhnya manusia yang paling mulia di sisi Allah adalah orang yang paling bertakwa di antara manusia. Dan sesungguhnya Allah Maha Mengetahui dan Maha Melihat.

Jika dikontekstualisasikan dalam perspektif hak asasi manusia, maka substansi Surat Al-Hujurat ayat 13 itu merupakan deklarasi universal hak asasi manusia pertama kalinya dengan berbasis teologis. Ada beberapa faktor yang menguatkan tesis ini, yakni antara lain:

1. Allah menggunakan kata *al-nas*, yang berarti anak keturunan Adam, yang juga berarti manusia dengan misi kemanusiaan dan kemasyarakatannya. Keturunan Adam tidak hanya satu agama. Setiap manusia yang hidup di muka bumi ini

menjadi obyek panggilan-Nya untuk mendengar, berfikir, dan beraksi dalam kehidupannya dengan tetap berbasis dan mengedepankan kemanusiaan dan kemasyarakatan.

2. Allah menyambungkan kata *al-nas* dengan perbedaan gender. Hal ini menegaskan bahwa realitas gender di dunia itu harus dihormati dan dihargai. Karena dengan adanya realitas gender ini, perkembangbiakan umat manusia terus berjalan.
3. Allah juga menyebutkan bangsa dan suku. Realitas Allah Maha Pencipta teralisir pada ragam bangsa dan suku. Ini juga sekaligus menjadi miniatur dunia bahwa manusia hidup tidak dalam ketunggalan, mesti ada perbedaan suku dan bangsa. Dunia modern yang tergabung dalam badan dunia Perserikatan Bangsa-Bangsa jelas menampakkan “wajah” Tuhan pencipta semesta ala mini.
4. Perbedaan gender dan suku-bangsa tetap menjadi satu identitas, yakni manusia yang hidup di permukaan bumi, yang karenanya harus saling berkenalan dengan variasi gaya dan metodenya. Kita mengenal adanya dialog lintas agama, lintas suku, lintas ras, hakikatnya kita sedang mengamalkan ayat Allah ini dengan nalar pemikiran hak asasi manusia.
5. Perbedaan gender dan suku-bangsa tidak menghalangi kualitas personal masing-masing untuk menunjukkan identitas dan eksistensi diri dan visi kemasyarakatannya. Dengan menggunakan logika dan nalar hak asasi manusia, maka kualitas personal (ketakwaan) menjadi ukuran kualitas hak asasi manusia itu sendiri. Ketakwaan inilah menurut Allah yang secara hakiki membedakan kualitas personal antar individu.
6. Penalaran dan penerapan kualitas personal tersebut tetap menjadi ukuran setiap individu di mata Allah, karena Dia

Maha Mengetahui lagi Maha Melihat.

Implementasi kualitas personal dengan nafas Surat Al-Hujurat ayat 13 ini menjadi agenda dan pekerjaan rumah bagi setiap individu dan negara. Bagaimanapun juga hak asasi manusia harus terus dinyalakan dan diterapkan dalam kebijakan negara khususnya. Karena di zaman modern ini, negara menjadi suatu kekuatan lembaga yang bisa memaksa dan memberikan dukungan positif bagi rakyatnya. Dalam setiap kebijakannya, negara sudah selayaknya mengutamakan kualitas personal yang dimiliki rakyat suatu bangsa itu. Dengan mengikuti nalar dan logika hak asasi manusia, jabatan publik tetap merupakan hak setiap individu rakyatnya tanpa memandang gender dan suku-bangsa.

Adanya kualitas personal tersebut juga meneguhkan bahwa ajaran Islam membawa kemaslahatan dan kepentingan manusia, bukan kepentingan segelintir orang dan korporasi tertentu. Kemaslahatan itu dapat berbentuk manfaat maupun dalam bentuk melepaskan manusia dari kemafsadatan yang akan menyimpannya.⁸² Kebijakan negara yang pro terhadap hak asasi manusia berarti mendatangkan manfaat. Sedangkan kebijakan yang diskriminatif-eksploitatif dan melanggar hak asasi manusia berarti merupakan bentuk kerusakan (*mafsadat*), sehingga perlu dilawan. Kemaslahatan itu dilakukan dengan dua usaha besar, yakni (1) menolak '*mudharat*' yang menimpa manusia umumnya dan yang menimpa umat Islam khususnya; (2) mendatangkan kemanfaatan yang menghasilkan kebajikan umum bagi seluruh manusia pada umumnya dan bagi umat Islam pada khususnya.⁸³ Kemaslahatan ini meniscayakan adanya kehidupan yang tidak ada sedikitpun tindakan eksploitasi, kekerasan dan penindasan, antar sesama manusia dalam status penguasa-yang dikuasai, buruh-majikan, ulama-umat. Dengan kata lain, kemaslahatan itu bisa

⁸² Amir Syarifuddin, *Ushul Fiqh I*, Logos, Jakarta, 1997, hlm, 53.

⁸³ M. Hasbi Ash-Shiddiqe, *Falsafah Hukum Islam*, cet. 8, Bulan Bintang, Jakarta, 1993, hlm. 338.

terwujud bila nilai-nilai kemanusiaan tidak dimanipulasi atau secara moral diselewengkan oleh sejarah.⁸⁴

E. Penutup

Naskah ini tidak bermaksud membuat diskriminasi dengan banyaknya penyebutan kata hadits, sunnah, Islam, Al-Qur`an. Justru yang ingin dibangun adalah bagaimana nalar dan logika hak asasi manusia itu tidak diletakkan pada Islam *vis a vis* Hak Asasi Manusia. Karena itu, pembacaan terhadap hak asasi manusia bukan berarti bernilai Islam. Begitu juga sebaliknya membaca hak asasi manusia dengan perspektif Islam tidak menafikan pemikiran hak asasi manusia yang sudah berlaku. Kalaupun dalam ajaran Islam terdapat pemikiran hak asasi manusia itu juga menegaskan bahwa Islam merupakan agama universal. Dalam makna luasnya adalah pengambilan pemikiran hak asasi manusia dari sumber ajaran Islam tidak mesti harus menjadi Islam dulu. Sudah selayaknya nalar hak asasi manusia terbebas dari kepentingan agama, karena agama mempunyai nalar teologis-transenden, sedangkan nalar hak asasi manusia (yang berlaku selama ini di dunia) berdimensikan politik.

Implementasinya dalam setiap kebijakan negara, pemikiran hak asasi manusia sangat elok merujuk pada identitas dan eksistensi manusia terlebih dahulu dengan paradigma Surat Al-Hujurat ayat 13. Hal ini disebabkan logika hak asasi manusia yang dibangun ayat Al-Quran tersebut berlaku universal, lintas agama, suku, bangsa, gender, pandangan politik, zaman, dan tempat. Dengan demikian, bila terjadi pelanggaran oleh siapapun dan institusi manapun tidak ragu lagi menganggapnya sebagai bentuk mafsadat (kerusakan). Nalar hak asasi manusia dalam naskah ini penulis tutup dengan kisah perjumpaan cinta antara Musa *'alaihissalam* dengan salah seorang puteri Nabi Syu'aib yang tercantum

⁸⁴ Moeslim Abdurrahman, *Islam Yang Memihak*, LkiS, Yogyakarta, 2005, hlm. 1.

dalam Surat Al-Qashash ayat 22-30. Petikan ayat 23 menggambarkan bahwa pertolongan Musa kepada dua puteri Nabi Syu'aib yang sedang antre mengambil air untuk memberi minum ternaknya, berbasiskan kualitas personal dalam perspektif hak asasi manusia. Ketika banyak orang saat itu tidak sensitif gender, Musa bergerak dan beraksi dengan nalar sensitif gender. Musa memberikan teladan bagi kita bahwa pejuang gender harus tulus dalam memberikan advokasinya. Dengan demikian, kualitas personal perspektif hak asasi manusia menjadikan kualitas hidup manusia menjadi baik juga. Akhirnya, mari bergerak memaksimalkan kualitas personal masing-masing.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdul Basith Al-Jamal dan Daliya Shiddiq, *Ensiklopedi Ilmiah Dalam Al-Qur'an dan Sunnah*, terj. Ahrul Tsani Fathurahman dan Subhan Nur, Pustaka Al-Kautsar, Jakarta, 2002.
- Abdullah abu as-Su'ud Badr, *Tafsir Ummul Mukminin 'Aisyah Radhiallahu 'anha*, terj. Gozi Saloom dan Ahmad Syaikhu, Serambi, Jakarta, 2000.
- Abu Muhammad bin Abd Al-Rahman bin Abi Hatim Al-Razy, *Kitab al-Jarh wa At-Ta'dil*, Juz II, Majelis Darirat Al-Maarif, Haiderabad, 1952.
- Ahmad Warson Munawwir, *Al-Munawwir Kamus Arab-Indonesia*, cet. 14, Pustaka Progressif, Surabaya, 1997.
- Alfatih Suryadilaga, *Studi Kitab Hadits*, Teras, Yogyakarta, 2003.
- Al-Suyuthi, *Tadrib ar-Rawi fi Syarh Taqrib an-Nabawi*, Dar al-Fikr, Beirut, 1988.
- Amir Syarifuddin Syamsuddin, *Ushul Fiqh I*, Logos, Jakarta, 1997.
- Asjmuni Abdurrahman, *Memahami Makna Tekstual, Kontekstual, dan Liberal*, Suara Muhammadiyah, Yogyakarta, tt.
- Asplund, Knut D., Suparman Marzuki, Eko Riyadi (editor), *Hukum Hak Asasi Manusia*, cet. Ke-2, PUSHAM UII, Yogyakarta, 2008.
- Hamzah Al-Milyabari, *Nazharat Jadidah fi 'Ulum al-Hadits*, (ttp: tnp, tt).
- Harun Nasution dan Bahtiar Effendy (peny.), *Hak Asasi Manusia dalam Islam*, terj. Badri Yatim dkk, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 1987.
- Harun Nasution, *Pembaharuan dalam Islam Sejarah Pemikiran dan Gerakan*, cet. 9, Bulan Bintang, Jakarta, 1992.
- Jamal ad-Din Al-Qasimi, *Qawa'id at-Tahdits min Funun Mushthalah al-Hadits*, Dar al-Kutub al-'Ilmiyah, Beirut, 1979.

- Kassim Ahmad, *Hadits Ditelanjangi Sebuah Re-evaluasi Mendasar atas Hadits*, terj. Wisnu Pambudi, Trotoar, Yogyakarta, 2006.
- M. Hasbi Ash-Shiddiqiey, *Falsafah Hukum Islam*, cet. 5, Bulan Bintang, Jakarta, 1993.
- Manna' Al-Qaththan, *Mabahis fi Ulum Al-Qur'an*, (t.t.p : t.n.p, t.t).
- Maslahul Falah, *Aisyah r.a. Perempuan Pilihan Nabi*, Media Insani, Yogyakarta, 2003.
- Moeslim Abdurrahman, *Islam Yang Memihak*, LkiS, Yogyakarta, 2005.
- Muhammad 'Ajjaj Al-Khatib, *Ushul al-Hadits Ullumuhu wa Musthalahu*, Dar al-Fikr, Beirut, 1989.
- Muhammad Abdul Azhim Az-Zarqani, *Manahil al-'Irfan fi 'Ulum al-Qur'an*, terj. Qodirun Nur dan Ahmad Musyafiq, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2002.
- Muhammad Abed Al-Jabiri, *Post Tradisionalisme Islam*, terj. Ahmad Baso, LkiS, Yogyakarta, 2000.
- Muhammad Hasbi Ash-Shiddiey, *Sejarah dan Pengantar Ilmu Al-Qur'an/Tafsir*, cet. Ke-8, Bulan Bintang, Jakarta, 1980.
- Muhammad Ibn Mukarram Ibn Manzhur, *Lisan al-'Arabi*, Dar Shadir, Beirut, t.t.
- Muhammad Mustafa Azami, *Metodologi Kritik Hadits*, terj. A. Yamin, Pustaka Hidayah, Jakarta, 1992.
- , *Hadits Nabawi dan Sejarah Kodifikasinya*, terj. Ali Mustafa Yaqub, cet. 2, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2000.
- Muhammad Syamsuddin, *Manusia dalam Pandangan KH. A. Azhar Basyir*, Titian Ilahi Press, Yogyakarta, 1997.
- Munzier Suparta, *Ilmu Hadits*, cet. 4, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003.
- Mushthafa As-Siba'I, *as-Sunnah wa Makanatuhu fi At-Tasyri' Al-Islami*, Dar as-Salam, Kairo, 1998.

- Quraish Shihab, *Membumikan Al-Qur`an Fungsi dan Peran Wahyu dalam Kehidupan Masyarakat*, cet. 4, Mizan, Bandung, 1994.
- UNHCR, Departemen Kehakiman dan HAM, dan Polri, *Instrumen Pokok Hak Asasi Manusia Internasional bagi Aparatur Penegak Hukum*, Jakarta t.n.p, 2002.
- Yunahar Ilyas, *Cakrawala Al-Qur`an Tafsir Tematis tentang Berbagai Aspek Kehidupan*, Itqan Publishing, Yogyakarta, 2009.
- Yusuf Al-Qardhawi, *Pengantar Studi Hadits*, terj. Agus Suyadi Raharusun dan Dede Rodin, Pustaka Setia, Bandung, 2007.
- Zaky Mubarak Latif (et al), *Akidah Islam*, UII Press, Yogyakarta, 2003.

Jurnal dan Naskah Ilmiah

- Agung Danarto, *Perempuan Periwiyat Hadits dalam Al-Kutub Al-Tis`ah*, Disertasi Tidak Diterbitkan, Pascasarjana UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 2007.
- Nurcholish Madjid, Hak Asasi Manusia dalam Tinjauan Semangat Keagamaan, dalam *Islamika; Jurnal Dialog Pemikiran Islam*, no. 6, 1995.
- Tim Penyusun MKD IAIN Sunan Ampel Surabaya, *Studi Hadits*, IAIN Sunan Ampel Press, Surabaya, 2011.

HAK-HAK PEREMPUAN DALAM KOMPILASI HUKUM ISLAM PERSPEKTIF KONVENSI MENGENAI PENGHAPUSAN SEGALA BENTUK DISKRIMINASI TERHADAP PEREMPUAN

Lilik Andaryuni¹

A. Pendahuluan

Indonesia telah meratifikasi Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan (selanjutnya disebut Konvensi) atau *Convention on the Elimination All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)* melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984. Meski telah lebih dari 28 tahun berjalan, implementasi konvensi ini masih dipertanyakan, terutama terkait dengan prinsip adanya kewajiban negara untuk menghapus berbagai bentuk diskriminasi terhadap perempuan.

Selain Konvensi di atas, sesungguhnya pemerintah Indonesia juga telah meratifikasi berbagai instrumen internasional hak asasi manusia yang menyangkut nasib perempuan antara lain Konvensi tentang Pemberantasan Perdagangan Manusia dan Eksploitasi Prostitusi (1949), Konvensi 100 ILO (1951), Konvensi tentang Hak Politik Perempuan (1952), Konvensi mengenai Kewarganegaraan Perempuan yang Menikah (1957), Deklarasi Perlindungan Perempuan dan Anak-anak dalam Situasi Darurat dan Konflik Bersenjata (1974), ICPD Kairo tentang Kesehatan Reproduksi Perempuan (1994), Deklarasi tentang Tujuan Pembangunan Milenium (MDGs) yang antara lain menyepakati nilai kesetaraan gender (2000), dan lain sebagainya.

¹ Lilik Andaryuni, S.HI., M.Si., Dosen Fakultas Syariah Sekolah Tinggi Agama Islam Negeri, Samarinda.

Banyaknya konvensi dan perjanjian internasional yang telah diratifikasi ternyata tidak berbanding lurus dengan pemenuhan hak-hak perempuan. Perjuangan kaum perempuan untuk memperoleh dan menikmati hak asasinya masih panjang dan berliku. Ratifikasi berbagai konvensi tidak menjadi jaminan bahwa hak-hak perempuan akan terakomodasi. Hal ini antara lain disebabkan oleh: *pertama*, tidak ada mekanisme untuk mengontrol apakah negara-negara yang meratifikasi konvensi-konvensi tersebut menerapkannya dalam konteks hukum dan peraturan nasional; *kedua*, kaum perempuan pada umumnya belum mengetahui bahwa ada perangkat hukum yang bisa membantu mereka dalam memperjuangkan hak-haknya. Margaret Shuler dan Dorothy Tomas sebagaimana dikutip oleh Rosalia menyatakan bahwa “kebanyakan perempuan tidak menyadari bahwa mereka mempunyai hak, tidak mengetahui bahwa di negaranya ada gerakan perempuan dan menganggap sistem hukum sebagai satu hal yang abstrak.”²

Pada situasi demikian, tidak mengherankan jika berbagai macam konvensi yang telah diratifikasi tersebut hanya dipandang sebagai “payung fantasi”.³ Terlebih lagi, keberadaan konvensi yang menjamin kesetaraan dan keadilan dilemahkan oleh berbagai peraturan perundang-undangan lain yang berimplikasi tidak adil bagi perempuan. Standar ganda dan penempatan perempuan yang tidak setara dalam perumusan hukum juga dapat dijumpai dalam pasal-pasal tertentu dalam berbagai peraturan yang ada. Situasi ini dapat dilihat antara lain dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, Kompilasi Hukum Islam, Kitab Undang-undang Hukum Pidana, Undang-Undang Keimigrasian, dan berbagai peraturan perundang-undangan lainnya.

² Rosalia Sciortio, Kata Pengantar dalam ‘International Law and the Status of Women’, terj. Alex Irwan, *Perisai Perempuan; Kesepakatan Internasional untuk Perlindungan Perempuan*, Yayasan Galang, Yogyakarta, 1999, hlm. xviii.

³ Lihat LM Lopian Gandhi, *Hukum Payung Fantasi, Payung Pajangan: Sebuah Hasil Penelitian Mengenai Seberapa Jauh Konvensi Wanita Pasal 11 Diadopsi dalam Peraturan Perundang-undangan Perburuhan Indonesia*, Convention Watch, Jakarta, 1995.

Hasil kajian Nursyahbani menjelaskan bahwa diskriminasi terhadap kaum perempuan dalam bidang hukum dijumpai pada tiga aspek hukum sekaligus, yaitu pada materi hukum (*content of law*), budaya hukum (*culture of law*), dan struktur hukumnya (*structure of law*).⁴ Berkenaan dengan aspek struktur, diskriminasi ditandai oleh masih rendahnya sensitivitas gender di lingkungan penegak hukum, terutama di kalangan jaksa dan hakim. Hal ini kemudian diperparah oleh keterbatasan materi hukum yang ada sebagaimana terlihat dalam berbagai peraturan perundang-undangan di antaranya Undang-undang Perkawinan (UUP), Kompilasi Hukum Islam. Materi-materi hukum dalam kedua perundang-undangan tersebut sarat dengan muatan ideologi patriarki⁵ yang bias gender.

Padahal kehadiran Konvensi tersebut justru untuk mengkritisi keberadaan berbagai aturan yang melanggengkan diskriminasi terhadap perempuan.⁶ Sejauh ini belum banyak langkah-langkah nyata yang dilakukan khususnya dalam membuat kebijakan baru atau kebijakan mengoreksi hukum/peraturan yang masih diskriminatif, salah satunya

⁴ Penjelasan lebih lanjut dapat dilihat dalam Nursyahbani Katjasungkawa dan Muntahanah, *Kasus-kasus Hukum Kekerasan Terhadap Perempuan*, LBH APIK, Jakarta, 2002.

⁵ Ideologi patriarki menurut Muhajir Darwin mengutip pendapat Karen D. Pyke dalam 'Class Based Masculinities; the Interdependence of Gender, Class and Interpersonal Power, Gender and Society' adalah budaya yang memposisikan laki-laki sebagai pihak yang superior dan inferior terhadap perempuan diberbagai sektor kehidupan, baik domestik maupun publik. Hegemoni laki-laki atas perempuan memperoleh legitimasi dalam nilai-nilai sosial, agama, hukum negara, dan sebagainya, dan tersosialisasi secara turun temurun dari generasi ke generasi. Ideologi patriarki merupakan salah satu ideologi hegemoni, suatu ideologi yang membenarkan penguasaan satu kelompok terhadap kelompok lainnya. Dominasi kekuasaan seperti ini dapat terjadi antar kelompok berdasarkan perbedaan jenis kelamin, agama, ras, etnis, atau kelas ekonomi. Muhajir Darwin, 'Maskulinitas; Posisi Laki-laki dalam Budaya Patriarki, Sebuah Prolog' dalam Muhajir Darwin dan Tukiran (ed.), *Menggugat Budaya Patriarki*, Cet. Ke-1, PPK UGM dan TFF, Yogyakarta, 2001, hlm. 24.

⁶ Sebagaimana tercantum dalam Pasal 2 butir f.

adalah Kompilasi Hukum Islam (selanjutnya ditulis KHI).⁷ KHI merupakan salah satu peraturan yang mengikat umat Islam Indonesia, yang di dalamnya diatur berbagai peraturan berkaitan dengan urusan keluarga, seperti perkawinan, perceraian, kewarisan dan perwakafan. KHI secara eksplisit menempatkan perempuan hanya sebagai objek seksual dan meneguhkan subordinasi perempuan. Hal ini diperparah dengan budaya hukum yang masih sangat dipengaruhi nilai-nilai patriarki dan kemudian mendapat legitimasi dari interpretasi agama. Oleh karena itu, KHI mesti dikritisi dan ditinjau ulang keberadaannya.

Musdah Mulia⁸ menyatakan bahwa setidaknya terdapat empat alasan untuk mengkritisi KHI antara lain: *pertama*, KHI dipandang sebagai jantung syari'at atau inti ajaran Islam sehingga menjadi rujukan nilai di masyarakat; *kedua*, KHI merupakan panduan hukum hakim agama di Pengadilan Agama dalam memutuskan perkara-perkara keluarga, khususnya di bidang perkawinan; *ketiga*, upaya mengeliminasi semua bentuk diskriminasi terhadap perempuan harus dimulai dari

⁷ Revisi dan pembaruan terhadap KHI sebenarnya pernah dilakukan oleh kelompok kerja pengarusutamaan gender (Pokja PUG) Departemen Agama yang dimotori oleh Siti Musdah Mulia pada tahun 2004, dengan nama *Counter Legal Draft-KHI (CLD)* yang mengusulkan perubahan dari beberapa pasal KHI dengan menggunakan perspektif demokrasi, pluralisme, hak asasi manusia, dan keadilan gender. Usulan inipun kemudian mendatangkan berbagai kontroversi di masyarakat. Para penentang konsep CLD ini umumnya berasal dari kelompok pejuang formalisasi syari'at Islam, sedangkan para pendukungnya kebanyakan berasal dari kelompok yang gigih memperjuangkan kesetaraan dan keadilan gender, hak asasi manusia, demokrasi dan pluralisme. Kalangan akademisi kebanyakan masih memberikan apresiasi terhadap konsep CLD ini, meskipun hanya menyetujui beberapa usulan. Penolakan terhadap draft CLD ini lebih dikarenakan penggunaan perspektif yang kurang lazim diterapkan dalam hukum Islam seperti demokrasi, pluralisme, hak asasi manusia dan gender, yang dianggap sebagai intervensi pemikiran Barat terhadap hukum Islam, sehingga tidak lagi murni bersumber dari Al-Qur'an dan Hadits. Kontroversi kedua muncul karena penyusunan draft CLD didanai oleh *the Asia Foundation*, sehingga isu politik turut mewarnai perdebatan, terutama terkait dengan kepentingan politik Barat untuk menyebarkan liberalisme dan sekularisme. Lihat Marzuki Wahid, *Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam (CLD-KHI) dalam Perspektif Politik Hukum di Indonesia*, Paper, pernah dipresentasikan dalam the 4th Annual Islamic Studies Postgraduate Conference, The University of Melbourne, 17-18 November 2008.

⁸ Siti Musdah Mulia, 'Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam: Upaya Implementasi CEDAW' dalam 'Perkawinan', *Jurnal Perempuan*, No. 45, 2006, hlm. 67-68.

keluarga, sebab keluarga yang katanya merupakan wilayah paling aman itu justru paling banyak merekam kasus-kasus kekerasan dalam rumah tangga (*domestic violence*); dan *keempat*, sejumlah pasal dalam KHI berseberangan dengan undang-undang baru, seperti Amandemen UUD 1945, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 tentang Ratifikasi Konvensi Menentang Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan, dan Undang-Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Berdasar pada pemaparan tersebut, tulisan ini dimaksudkan untuk melakukan pembacaan terhadap hak-hak perempuan dalam KHI menurut perspektif Konvensi. Pada awalnya akan diuraikan tentang substansi dan prinsip-prinsip Konvensi, KHI dalam Perdebatan, dan Hak-hak Perempuan dalam KHI menurut Perspektif Konvensi.

B. Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan dan Prinsip-prinsipnya

Indonesia telah banyak melakukan ratifikasi berbagai perjanjian internasional,⁹ termasuk Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 dengan reservasi (*reservation*) terhadap Pasal 1 ayat (1).¹⁰ Makna dari ratifikasi suatu konvensi internasional dengan undang-undang ialah perjanjian internasional (*treaty*) yang diratifikasi akan menciptakan

⁹ Negara Republik Indonesia dalam melakukan pengesahan perjanjian internasional berdasarkan Pasal 11 ayat (1), (2), dan (3) UUD 1945. Pasal 11 tersebut merupakan Pasal yang berkaitan langsung dengan persoalan pengikatan diri terhadap perjanjian internasional sekaligus merupakan landasan hukum dalam melakukan suatu perjanjian internasional. Lihat I. Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional*, bagian I, Mandar Maju, Bandung, 2002, hlm. 135.

¹⁰ Pasal 29 ayat (1) Konvensi berbunyi “Setiap perselisihan antara dua atau lebih negara mengenai penafsiran atau penerapan konvensi ini yang tidak diselesaikan melalui perundingan, diajukan untuk arbitrase atas permohonan salah satu negara –negara tersebut. Jika enam bulan sejak tanggal permohonan arbitrase pihak-pihak tidak dapat bersepakat mengenai penyelenggaraan arbitrase itu, salah satu dari pihak tersebut dapat menyerahkan perselisihan itu kepada Mahkamah Internasional melalui permohonan yang sesuai dengan peraturan Mahkamah itu.

kewajiban dan akuntabilitas negara yang meratifikasinya. Ratifikasi oleh pemerintah dengan persetujuan DPR menjadikan prinsip-prinsip dan ketentuan-ketentuan konvensi sebagai hukum formal dan bagian dari hukum nasional.

Konsekuensi dari ratifikasi konvensi internasional ialah bahwa negara pihak (peratifikasi) akan memberikan komitmen, mengikatkan diri untuk menjamin melalui peraturan perundang-undangan, kebijakan, program dan tindakan khusus sementara, mewujudkan kesetaraan dan keadilan antara laki-laki dan perempuan, serta terhapusnya segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan.¹¹

Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan ditetapkan oleh PBB pada tahun 1979. Konvensi ini diinisiasi oleh Komisi tentang Status Perempuan (*Commission on the Status of Women/ CSW*), selanjutnya disebut Komisi, yang merupakan sub komisi hak asasi manusia yang dibentuk oleh PBB tahun 1946. Komisi ini umurnya hanya 4 (empat) bulan, karena pada juni 1946 Komisi sudah ditetapkan sebagai Komisi penuh. Sejak awal hak-hak politik perempuan bukan merupakan isu prioritas, karena hanya sedikit negara yang mengakuinya. Komisi bekerja keras untuk mengatasi situasi tersebut dengan mendorong Majelis Umum PBB mengadopsi resolusi Desember 1946. Hasilnya Majelis Umum merekomendasikan agar negara-negara anggota PBB yang belum mengakui hak-hak perempuan untuk segera memberikan hak-hak politik perempuan pada posisi setara dengan laki-laki.

Komisi tentang Status Perempuan pada masa awalya memperjuangkan agar kedudukannya sebagai Komisi mempunyai hak yang sama dengan Komisi Hak Asasi Manusia. Komisi terus berjuang,

¹¹ Achie Sudiarti Luhulima, 'Hak Perempuan dalam Konstitusi Indonesia' dalam Sulistyowati Irianto (ed), *Perempuan dan Hukum: Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, NZAID bekerja sama dengan The Convention Watch, Universitas Indonesia dan Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006, hlm. 87-89.

hingga akhirnya Konvensi Hak Politik Perempuan diadopsi oleh Majelis Umum PBB pada tahun 1952, 14 tahun lebih dahulu daripada 2 (dua) Kovenan Utama lainnya yaitu *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)* dan *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR)* yang disahkan oleh PBB pada tahun 1966. Walaupun kedua Kovenan ini juga telah menyatakan bahwa pemenuhan, perlindungan dan penghormatan hak sipil dan politik, dan hak ekonomi, sosial dan budaya harus dilakukan tanpa diskriminasi atas dasar jenis kelamin, namun demikian Komisi tetap melanjutkan upayanya yang sudah dimulai sejak tahun 1965 untuk membuat sidang Majelis Umum PBB mengadopsi *Declaration on the Elimination of Discrimination Against Women* pada tahun 1967.

Komisi setiap kali sidang selalu menerima laporan dari berbagai penjurur dunia yang menyatakan bahwa diskriminasi tetap berjalan dan tidak ada upaya pencegahan yang sungguh-sungguh dari pemerintah. Oleh karenanya pada tahun 1972 Komisi bersepakat untuk terus mendesak agar dibuat 'konvensi anti diskriminasi' yang secara hukum mengikat negara-negara yang meratifikasi, dan bukan sekedar 'deklarasi' yang hanya mempunyai kekuatan moral dan politis. Setelah mendapat masukan dari 40 (empat puluh) negara, 4 (empat) badan khusus PBB dan 10 (sepuluh) organisasi non pemerintah, Komisi berhasil menyusun sebuah draft yang berisi prinsip penghapusan diskriminasi terhadap perempuan dalam hukum; dan hak-hak dalam perkawinan dan keluarga, dalam pendidikan, dunia kerja dan pembangunan pedesaan dalam pelayanan kesehatan, dalam pinjaman bank dan kredit. Draft tersebut kemudian diteruskan ke Majelis Umum PBB untuk diadopsi.

Pada persidangannya, dengan 130 (seratus tiga puluh) suara setuju dan 11 (sebelas) abstain, Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi terhadap Perempuan atau *Convention on the Elimination All Forms of Discrimination Against Women (CEDAW)* diadopsi

oleh Majelis Umum PBB pada tanggal 18 Desember 1979. Setelah itu, dibentuklah Komite yang bertugas memantau kemajuan yang dicapai dalam melaksanakan Konvensi. Hingga awal tahun 2005, 180 (seratus delapan puluh) dari 191 (seratus sembilan puluh satu) negara anggota PBB telah meratifikasi Konvensi tersebut.¹²

Konvensi tersebut dianggap paling komprehensif dan diakui dunia sebagai *Bill of Rights for Women*. Konvensi¹³ menetapkan prinsip-prinsip dan ketentuan-ketentuan untuk menghapus kesenjangan, subordinasi serta tindakan yang melanggar hak perempuan dan merugikan kedudukan perempuan dalam hukum, keluarga dan masyarakat. Prinsip-prinsip tersebut terjalin secara konseptual dalam pasal-pasal substansi khususnya Pasal 1-16.

Konvensi menekankan pada persamaan dan keadilan antara perempuan dan laki-laki (*equality and equity*), yaitu persamaan hak dan kesempatan serta penikmatan manfaat di segala bidang kehidupan dan segala kegiatan. Konvensi mengakui bahwa:

1. Ada perbedaan biologis atau kodrati antara perempuan dan laki-laki.
2. Ada perbedaan perlakuan yang berbasis gender yang mengakibatkan kerugian pada perempuan.
3. Ada perbedaan kondisi dan posisi perempuan dan laki-laki, di mana perempuan ada dalam kondisi dan posisi yang lemah karena mengalami diskriminasi atau menanggung akibat perlakuan diskriminatif di masa lalu, atau karena lingkungan,

¹² Disarikan dari "Kata dan Makna" dalam *Jurnal Perempuan*, No. 45, 2006, hlm. 131-133.

¹³ Konvensi ini merupakan instrumen hak asasi manusia yang dinamis. Sejak diadopsi oleh Majelis Umum PBB tahun 1979 dan berlaku 3 September 1981, Konvensi ini telah memberikan sumbangan pikiran dalam memberikan penjelasan-penjelasan dan meningkatkan pemahaman tentang prinsip-prinsip substantif yang terkandung dalam berbagai pasal, utamanya yang menyangkut ciri-ciri khusus dari diskriminasi terhadap perempuan, yang diderita perempuan karena ia perempuan.

keluarga dan masyarakat tidak mendukung kemandirian perempuan.

Memperhatikan kondisi dan keadaan tersebut, Konvensi menetapkan prinsip-prinsip¹⁴ serta ketentuan-ketentuan untuk menghapus kesenjangan, subordinasi serta tindakan yang merugikan hak dan kedudukan perempuan dalam hukum, keluarga dan masyarakat.

Adapun prinsip-prinsip tersebut adalah:¹⁵

1. Prinsip persamaan substantif

Secara ringkas, prinsip persamaan substantif yang dianut Konvensi adalah:

- a. Langkah-tindak untuk merealisasi hak perempuan yang ditujukan untuk mengatasi perbedaan, disparitas/kesenjangan atau keadaan yang merugikan perempuan.
- b. Langkah-tindak untuk melakukan perubahan lingkungan, sehingga perempuan mempunyai kesempatan dan akses yang sama dengan laki-laki serta menikmati manfaat yang sama.
- c. Konvensi mewajibkan negara untuk mendasarkan kebijakan dan langkah-tindak pada beberapa prinsip antara lain (a) kesempatan yang sama bagi perempuan dan laki-laki; (b) akses yang sama bagi perempuan dan laki-laki; (c) perempuan dan laki-laki menikmati manfaat

¹⁴ Prinsip-prinsip yang dianut oleh Konvensi perlu dipahami untuk dapat menggunakan konvensi sebagai alat untuk advokasi. Prinsip-prinsip tersebut merupakan kerangka untuk merumuskan strategi pemajuan dan penegakan hak perempuan. Prinsip-prinsip Konvensi dapat digunakan pula sebagai alat untuk menguji apakah suatu kebijakan, aturan, atau ketentuan mempunyai dampak, dalam jangka pendek atau jangka panjang yang merugikan perempuan.

¹⁵ Achie Sudiarti Luhulima, 'Hak Perempuan dalam Konstitusi Indonesia' dalam Sulistyowati Irianto (ed), *op. cit.*, hlm. 87-89.

yang sama dari hasil-hasil penggunaan kesempatan dan akses tersebut.

- d. Hak hukum yang sama bagi perempuan dan laki-laki antara lain dalam (i) dalam kewarganegaraan; (ii) dalam perkawinan dan hubungan keluarga; (iii) dalam perwalian anak.
 - e. Persamaan kedudukan dalam hukum dan perlakuan yang sama di depan hukum.
2. Prinsip non-diskriminasi

Istilah diskriminasi dalam Pasal 1 Konvensi dimaknai sebagai “setiap perbedaan, pengucilan atau pembatasan yang dibuat atas dasar jenis kelamin, yang mempunyai pengaruh atau tujuan untuk mengurangi atau menghapus pengakuan, penikmatan atau penggunaan hak asasi manusia dan kebebasan-kebebasan pokok di bidang ekonomi, sosial, budaya, sipil atau apapun lainnya oleh perempuan, terlepas dari status perkawinan mereka, atas dasar persamaan antara laki-laki dan perempuan”.

Yang tidak dianggap tindakan diskriminasi adalah:

- a. Langkah-tindak khusus sementara, Pasal 4 ayat (1) Konvensi yaitu langkah-tindak yang dilakukan untuk mencapai persamaan kesempatan dan perlakuan bagi perempuan dan laki-laki, dan mempercepat persamaan *de-facto* antara laki-laki dan perempuan.
 - b. Perlindungan kehamilan Pasal 4 ayat (2) dan kehamilan sebagai fungsi sosial.
3. Prinsip kewajiban negara¹⁶
- Menurut Konvensi, prinsip dasar kewajiban negara meliputi hal-hal sebagai berikut:

¹⁶ Prinsip ini tertuang dalam Pasal 2-5 Konvensi.

- a. Menjamin hak perempuan melalui hukum dan kebijakan, serta menjamin hasilnya.
- b. Menjamin pelaksanaan praktis dari hak itu melalui langkah-tindak atau aturan khusus sementara, menciptakan kondisi yang kondusif untuk meningkatkan kesempatan dan akses perempuan pada peluang yang ada, dan menikmati manfaat yang sama/adil dari hasil menggunakan peluang itu.
- c. Negara tidak saja menjamin tetapi juga merealisasi hak perempuan.
- d. Tidak saja menjamin secara *de-jure* tetapi juga secara *de-facto*.
- e. Negara tidak saja harus bertanggungjawab dan mengaturnya di sektor publik, tetapi juga melaksanakannya terhadap tindakan orang-orang dan lembaga di sektor privat (keluarga) dan sektor swasta.

Pemaparan di atas menegaskan bahwa ada prinsip tentang kewajiban negara untuk membuat atau mengubah hukum, menghapus *stereotype* dan kebiasaan yang diskriminatif, serta melakukan upaya atau langkah khusus yang diperlukan guna memastikan adanya persamaan secara *de facto*. Konvensi mengakui bahwa sifat diskriminasi terhadap perempuan adalah historis dan sistemik, sehingga tujuannya diarahkan pada persamaan *de facto* melalui jaminan secara konstitusional, hukum dan regulasi, juga menempuh langkah-langkah lainnya, termasuk langkah-langkah khusus termasuk *affirmative action*.¹⁷

¹⁷ *Affirmative action* adalah tindakan sementara untuk mengangkat kaum minoritas atau marginal. Misalnya kebijakan tentang kuota perempuan 30% untuk melibatkan perempuan di parlemen sehingga kebijakan-kebijakan untuk penghapusan diskriminasi terhadap perempuan dapat terakomodasi.

C. Kompilasi Hukum Islam dalam Perdebatan

Kompilasi secara etimologi berarti kegiatan pengumpulan bahan-bahan dari berbagai buku atau tulisan mengenai persoalan-persoalan tertentu, sehingga bahan yang diperlukan dapat ditemukan dengan mudah. Istilah ini berasal dari bahasa Latin *Compilare* dan menjadi *Compilation* dalam bahasa Inggris dan *Compilatie* dalam bahasa Belanda. Istilah-istilah tersebut kemudian diserap dan dipergunakan dalam bahasa Indonesia menjadi “kompilasi” yang diartikan sebagai kumpulan yang tersusun secara teratur.¹⁸

Secara keseluruhan, KHI di samping merujuk perundang-undangan yang telah ada, seperti Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1946, Undang-Undang Nomor 32 Tahun 1954, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, dan Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1977, juga merujuk pendapat ulama dalam berbagai kitab fiqh yang membahas hukum perkawinan, hukum kewarisan, dan hukum perwakafan. Oleh karenanya KHI menjadi penjelas dan pengurai bagi perundang-undangan yang telah ada, dan menjadikan pendapat para ulama yang terdapat dalam berbagai kitab, sebagai hukum positif di Indonesia. Jika sebelumnya ada berbagai pendapat ulama yang dianggap belum menjadi “hukum Islam”, maka KHI inilah yang “mengislamkan” pendapat mereka.¹⁹

KHI adalah kumpulan hukum Islam produk pemerintah Indonesia masa Orde Baru. Ada empat jalur dalam pengumpulan data untuk KHI yaitu, (1) jalur kitab-kitab fikih;²⁰ (2) jalur wawancara dengan ulama-

¹⁸ Cipto Sembodo dalam <http://publik-syariah.blogspot.com/2011/03/khi-pembaharuan-hukum-islam-indonesia.html> (diaksesn pada 2 Mei 2011).

¹⁹ Suparman Usman, *Hukum Islam: Asas-asas dan Pengantar Studi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2001, hlm. 152.

²⁰ Adapun jumlah kitab fiqh yang dijadikan rujukan dalam pengumpulan KHI menurut satu sumber adalah sebanyak 38 (tiga puluh delapan) kitab, sementara sumber lain menyebutkan ada 41 (empat pulu satu) kitab. Untuk menguji kitab-kitab tersebut, panitia penyusun KHI memberikan sejumlah pertanyaan kepada yang ditugaskan untuk dijawab oleh kitab-kitab tersebut, dengan cara menunjuk sejumlah dosen dari tujuh IAIN

ulama Indonesia;²¹ (3) jalur yurisprudensi peradilan agama; dan (4) jalur studi banding ke negara-negara yang mempunyai perundang-undangan di bidang yang dibahas dalam KHI, dalam hal ini Maroko, Turki, dan Mesir.²² Alasan penggunaan empat jalur tersebut adalah *pertama*, kitab fikih merupakan bentuk perkembangan pemikiran hukum Islam; *kedua*, karena ulama-ulama Indonesia dianggap paling mengetahui kondisi Indonesia dari sisi tradisi, kebudayaan dan konteks masyarakatnya (sebab dipercaya bahwa pemberlakuan hukum Islam sangat dipengaruhi oleh faktor budaya dan konteks setempat); *ketiga*, lewat yurisprudensilah diketahui bagaimana praktik yang berlaku di masyarakat Indonesia; dan *keempat*, untuk mengetahui bagaimana negara-negara Muslim lain memberikan respon terhadap fenomena kontemporer yang berhubungan dengan Hukum Perkawinan.²³

Adapun tujuan penetapan KHI adalah untuk penyatuan hukum (unifikasi). Di samping itu juga sebagai upaya untuk membuat keputusan

se Indonesia, yaitu; IAIN Syarif Hidayatullah Jakarta, IAIN Sunan Kalijaga Yogyakarta, IAIN Sunan Ampel Surabaya, IAIN Ar Raniry Banda Aceh, IAIN Antasari Banjarmasin, IAIN Alauddin Makasar, dan IAIN Imam Bonjol Padang. Pembatasan tujuh IAIN ini berdasarkan surat perjanjian kerja sama Menteri Agama RI dan Rektor IAIN pada tanggal 19 Maret 1986. Lihat Abdurahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Cet. Ke-2, AKAPRES, Jakarta, 1995, hlm. 39-41. Lihat juga Atho Mudzar, *Fatwa-fatwa Majelis Ulama Indonesia; Sebuah Studi tentang Pemikiran Hukum Islam di Indonesia, 1975-1988*, ed. Dwibahasa, INIS, Jakarta, 1993, hlm. 39.

²¹ Ulama Indonesia yang diwawancarai dalam proses penyusunan KHI ada sekitar 166 (seratur enam puluh enam) ulama yang mewakili organisasi-organisasi Islam dan individu, khususnya pimpinan pesantren-pesantren, baik diwawancarai secara individu maupun kolektif. Lihat Hasan Basri, 'Perlunya Kompilasi Hukum Islam', dalam *Mimbar Ulama* No. 104/x, April 1986, hlm. 61.

²² Maroko, Turki, dan Mesir dipilih sebagai tempat untuk mengadakan studi banding sebab Maroko adalah negara pengikut mazhab Maliki, Turki sebagai negara sekuler dan pengikut mazhab Hanafi, sementara Mesir di samping lokasinya yang berada di antara Maroko dan Turki, juga sebagai negara pengikut mazhab Syafi'i. Lihat Munawir Sadzali, 'Pengadilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam' dalam Moh. Mahfud dkk., *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, UII Pres, Yogyakarta, 1993, hlm. 3.

²³ Lihat Bustanul Arifin, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996, hlm. 58-60.

hakim sebagai ketetapan yang mempunyai kekuatan hukum sama dengan putusan Pengadilan Umum.²⁴

KHI menduduki posisi yang dilematis dalam sistem hukum Indonesia. Hal ini disebabkan oleh adanya dua fakta²⁵ yang integral dengan KHI itu sendiri. *Fakta pertama* adalah tentang dasar pemberlakuan KHI yang tidak mengikutkan proses tertentu sehingga KHI tidak melewati lembaga legeslatif,²⁶ yang notabene berhak penuh untuk melegalkan sebuah aturan hukum menjadi undang-undang. *Fakta kedua* adalah adanya konsensus ahli hukum Islam Indonesia sendiri yang menginginkan KHI menjadi pedoman hukum yang bisa menjamin keseragaman keputusan para hakim. Kedua fakta inilah yang menyebabkan tarik ulur dan menciptakan dilema tersendiri ketika KHI dianggap sebagai undang-undang dan/atau bersifat mengikat atau tidak, karena KHI hanya diterbitkan dengan Instruksi Presiden.

²⁴ Bustanul Arifin, 'Pentadbiran Undang-undang Islam di Indonesia' dalam Ahmad Mohamed Ibrahim dan Abdul Munir Yacob (eds), *The Administration of Islamic Laws*, Institute of Islamic Understanding Malaysia, IKIM, Kuala Lumpur, 1997, hlm. 114.

²⁵ Atun Wardatun, 'Kompilasi Hukum Islam: Dari Dominasi Fiqh Menuju Dominasi Hukum' dalam *Istinbath; Jurnal Hukum dan Ekonomi Islam*, Vol. 5 No. 1 Desember 2007, hlm. 7

²⁶ Pembuatan hukum melalui proses legislasi tidak dapat dihindari kesan kalah cepat dibandingkan dengan perkembangan masyarakat yang membutuhkan jawaban hukum melalui peraturan perundang-undangan. Akibatnya hukum produk legislatif selalu tertinggal di belakang perkembangan sosial. Interaksi timbal balik pembangunan hukum dengan perubahan sosial (*mutual between social change and law development*) menjadi tercecer. Lihat Yahya Harahap, 'Peran Yurisprudensi sebagai Standar Hukum' dalam Dien Muhammad (Ketua Tim), *Pustaka Peradilan Jilid VIII*, Mahkamah Agung, Jakarta, 1992, hlm. 92. Pembangunan hukum nasional melalui proses legislasi yang lambat menjadi sebuah konsekuensi dari kedudukan lembaga legislatif yang merupakan lembaga politik, sehingga proses pembentukan hukum di dalamnya tidak lepas dari tarik-menarik berbagai kepentingan dan aspirasi politik lengkap dengan ideologi yang mendasarinya. Dengan demikian, sebenarnya hukum merupakan produk politik dari lembaga politik berupa parlemen. Proses politik dalam lembaga legislatif ini sering disebut oleh David Easton berlangsung dalam *black box*. Artinya, meskipun pada mulanya *in put* (bahan baku) hukum dari masyarakat dimasukkan secara terbuka, namun ketika masuk ke lembaga legislatif, *in put* bahan baku hukum tersebut akan diproses secara tertutup, sebab hanya para politikus saja yang akan memperdebatkan, sedangkan masyarakat umum, termasuk kaum akademisi dan intelektual tidak dapat lagi secara langsung terlibat dalam membahasnya. Akibatnya banyak produk legislatif menemukan resistensinya sendiri di tengah masyarakat tempat berlakunya hukum tersebut. Lihat Mahfud MD, *Politik Hukum*, LP3ES, Jakarta, 1999, hlm. 123

Menurut Atun Wardatun, dasar pemberlakuan KHI yang berbentuk Instruksi Presiden tersebut sebenarnya jika dilihat dari konteks sosial politik dan proses pemberlakuannya lebih bersifat politis.²⁷ Sejak awal KHI dihajatkan sebagai aturan yang bisa menyeragamkan keputusan para hakim pengadilan agama untuk menjamin kepastian hukum, yang secara nyata berarti dimaksudkan sebagai aturan yang bersifat mengikat. Selain bersifat politis, juga karena kondisi darurat, yaitu mempercepat tersedianya hukum materiil bagi Pengadilan Agama yang notabene telah mempunyai undang-undang tersendiri yakni Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989 yang kemudian diamandemen dengan Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2006.

Meskipun KHI pada praktiknya dipakai sebagai pedoman dalam menerima, memeriksa, dan memutus sengketa antara umat Islam, akan tetapi karena landasan pemberlakuannya hanya berdasarkan Inpres dan sifatnya hanya sebagai kompilasi,²⁸ maka secara yuridis kekuatan hukum berlakunya sangat lemah.²⁹ Hal ini paling tidak disebabkan oleh dua hal antara lain: *pertama*, dasar pemberlakuan KHI hanya Instruksi Presiden. Sebagai instrumen hukum, Inpres tidak masuk dalam tata aturan perundang-undangan yang ditetapkan dalam MPRS Nomor I/ MPRS/ 1966, ketetapan MPR masa reformasi; TAP MPR Nomor I/ MPR/ 2003,³⁰ atau ketetapan MPR sebelumnya, yakni TAP MPR Nomor III/MPR/2000, termasuk juga Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004

²⁷ Atun Wardatun, *op. cit.*, hlm. 8.

²⁸ Kompilasi berbeda dengan kodifikasi atau unifikasi. Secara bahasa, kompilasi merupakan proses kegiatan pengumpulan berbagai bahan dan data yang diambil dari berbagai sumber buku untuk disusun kembali ke dalam sebuah buku baru yang lebih teratur dan sistematis. Lihat C. Kruyskamp dan F. De Tollenaere, *Van Dale's Xlleuw Groart Waardenboek der Nederlands Taal*, Martinus Nijhoff, Gavenhage, 1950, hlm. 341.

²⁹ Jaenal Aripin, 'Reformasi Hukum dan Posisi Peradilan Agama di Indonesia' dalam *Al Qalam; Jurnal Keagamaan dan Kemasyarakatan* (Lembaga Penelitian Institut Agama Islam Negeri Sultan Maulana Hasanuddin, Banten, Vol. 26, No. 1 (Januari – April) 2009, hlm. 57.

³⁰ H.A.S. Natabaya, *Sistem Peraturan Perundang-Undangan Indonesia*, Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006, hlm. 234.

tentang Tata Urut Peraturan Perundang-undangan.³¹ Baik ketetapan MPR maupun Undang-Undang tersebut,³² merupakan dasar hukum atas tata aturan perundang-undangan yang mempunyai kekuatan hukum positif secara tertulis. Keberadaannya dapat memaksa dan mengikat setiap warga negara. Sedangkan Inpres adalah instrumen hukum yang absah dilakukan Presiden dan mempunyai kekuatan hukum mengikat dan memaksa hanya pada pihak yang diperintah.³³

Kedua, jika dilihat dari pemberlakuannya, KHI bersifat fakultatif dan tidak imperatif. Hukum imperatif adalah hukum yang memaksa, yakni kaidah-kaidah hukum yang secara *a priori* harus ditaati.³⁴ Ia mempunyai kekuatan untuk memaksa dan mengikat secara mutlak.³⁵ Sedangkan hukum fakultatif tidaklah secara *a priori* harus ditaati atau tidak *a priori* untuk dipatuhi, melainkan sekedar melengkapai, subsider atau dispositif.³⁶ Pada hukum fakultatif masih terdapat ruang pilihan untuk melakukan yang lain ataupun sama sekali tidak melakukannya,³⁷ atau dalam istilah lain hukum fakultatif adalah hukum yang tidak harus mengikat oleh karenanya dapat dipilih.³⁸

³¹ Pasal 7 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004.

³² H.A.S. Natabaya, *op. cit.*, hlm. 17.

³³ Instruksi Menteri bukanlah peraturan perundang-undangan karena instruksi hanya mengikat secara intern suatu organisasi (baik pemerintah/ negara/ non pemerintah). Jikalaupun mengikat keluar, maka hanya sebatas pada orang atau instansi yang diberi instruksi tersebut. Dengan demikian, baik instruksi menteri maupun instruksi presiden tidak termasuk dalam jenis peraturan perundang-undangan. Lihat *Ibid.*, hlm. 117-118.

³⁴ S. Adiwinata, *Kamus Istilah Hukum*, Intermedia, Jakarta, 1986, hlm. 5.

³⁵ Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Edisi II, Liberty, Yogyakarta, 1988, hlm. 30.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Ini artinya bersifat tawaran atau dalam bahasa lain sebagai alternatif. Lihat Soedjono Dirdjosiswono, *Pengantar Ilmu Hukum*, cet. pertama, Rajawali, Jakarta, 1984, hlm. 212.

³⁸ S. Adiwinata, *op. cit.*, hlm. 44.

Terlepas dari sifat dan karakter tersebut, yang jelas KHI adalah hukum transmisi untuk menuju pada kekuatan hukum positif tertulis³⁹ seperti dalam tata aturan perundang-undangan yang bersumber dari fiqh. Hal ini merupakan konsekuensi negara Indonesia mengikuti sistem hukum Romawi (*Romawi law system*), mengingat peraturan perundang-undangan yang telah dijadikan hukum positif oleh negara merupakan sumber hukum yang kuat bagi hakim dalam memutuskan perkara.⁴⁰ Dengan demikian, hakim tidak boleh menyimpang dari ketentuan ini, jika hakim menganggap dalam peraturan hukum tidak jelas, diharuskan untuk melakukan penafsiran (*verstehen*) terhadap pasal yang berbeda untuk menemukan hukum (*rechtssvinding*).⁴¹ Jika ada kasus yang dihadapi belum ada hukumnya, wajib bagi hakim menciptakan (*rechtschepping*) hukum baru dengan ijtihad.

Meskipun KHI secara yuridis lemah, akan tetapi masyarakat pencari keadilan tidak begitu mempermasalahkannya. Dasar berlaku dan diterimanya KHI oleh masyarakat lebih didasarkan pada kondisi bahwa KHI (fiqh Indonesia) merupakan hukum yang hidup (*living law*) yaitu sebuah hukum yang dipatuhi oleh masyarakat karena memang sesuai dengan kondisi masyarakat dan kesadaran hukum masyarakat, sebagaimana ungkapan Eugien Ehrlich, bahwa hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat, hukum

³⁹ Hukum berlaku sebagai hukum positif apabila telah mengandung dua unsur; (1) mengikat secara umum dan secara khusus; (2) hukum tersebut ditegakkan oleh dan melalui kekuasaan negara atau pengadilan. Hukum positif yang berlaku umum dalam pengertian mengikat seluruh warga negara merupakan hukum dalam bentuk peraturan perundang-undangan, termasuk hukum adat dan hukum agama yang telah dimasukkan dalam peraturan perundang-undangan. Sedangkan hukum positif yang berlaku khusus merupakan hukum yang mengikat subyek hukum tertentu yang dalam ilmu hukum disebut *beschiking*. Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2004, hlm. 5-7.

⁴⁰ Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006, hlm. 296.

⁴¹ Abdul Gani Abdullah, 'Penemuan Hukum (*Rechtssvinding*) dan Penciptaan Hukum (*Rechtschepping*) Bagi Para Hakim' dalam *Jurnal Ahkam*, Vol. 8 No. 2, September 2006, Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2006, hlm. 36.

positif akan efektif apabila searah dengan hukum yang hidup dalam masyarakat.⁴²

D. Hak-Hak Perempuan dalam KHI Menurut Perspektif Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan

Di atas telah dijelaskan bahwa Indonesia dengan penuh kesadaran telah melakukan ratifikasi Konvensi melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 tentang Pengesahan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan. Hal ini dilakukan pemerintah karena tindakan dimaksud merupakan perwujudan dari tanggung jawab negara sesuai dengan amanat UUD 1945 yang dengan tegas menyatakan bahwa segala warga negara adalah memiliki kedudukan yang sama di dalam hukum dan pemerintahan, oleh karena itu segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan wajib dihapuskan karena tidak sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945.⁴³

Akibat hukum dari telah diratifikasinya Konvensi, secara moral, negara dan seluruh bangsa Indonesia berkewajiban untuk melaksanakan seluruh asas-asas yang tercantum dalam konvensi tersebut, kecuali apabila ada asas yang diresevasi pada waktu dilakukan penandatanganan perjanjian dimaksud. Negara berkewajiban membuat peraturan-peraturan hukum yang diperlukan untuk dapat segera mewujudkan ketentuan-ketentuan yang terkandung dalam perjanjian tersebut. Selain itu, ditegaskan bahwa Konvensi sebagai perjanjian internasional juga mempunyai daya ikat, salah satunya adalah bahwa perjanjian harus ditaati.

⁴² Teori ini berpangkal pada perbedaan antara hukum positif (hukum yang berlaku) dengan hukum yang hidup (*living law*) dalam masyarakat. Eugene Ehrlich dalam Soerjono Soekanto, *Perspektif Teoritis Studi Hukum dalam Masyarakat*, Rajawali, Jakarta, 1985, hlm. 19.

⁴³ Hal ini sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 28D ayat (1) UUD 1945 bahwa setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.

Sejalan dengan itu, dalam Pasal 26 Konvensi Wina 1969 dinyatakan bahwa tiap-tiap perjanjian yang berlaku mengikat negara-negara pihak dan harus dilaksanakan dengan i'tikad baik.

Sebagaimana uraian sebelumnya, Indonesia telah meratifikasi Konvensi sejak tahun 1984 dengan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984. Sementara KHI yang tertuang dalam Instruksi Presiden Nomor 1 Tahun 1991, dan dilaksanakan dengan Keputusan Menteri Agama Nomor 154 Tahun 1991⁴⁴ terbentuk setelah Indonesia meratifikasi Konvensi. Namun demikian, hak-hak perempuan yang tertuang dalam Pasal-Pasal KHI dianggap masih patut dipermasalahkan baik dari sisi keadilan, gender, dan persamaan, terutama pasal-pasal yang ada dalam buku I tentang Perkawinan. Hak-hak tersebut antara lain terkait dengan saksi dalam pernikahan, wali nikah, kawin beda agama, *nusyuz* dalam perkawinan, hak dan kewajiban suami isteri, *'iddah* (masa tunggu), *ihdad* (masa berkabung), kedudukan anak di luar nikah, talak dan rujuk.

Pasal 25 KHI tentang saksi menjelaskan bahwa "Yang dapat ditunjuk menjadi saksi dalam akad nikah ialah seorang laki-laki muslim, adil, aqil baligh, tidak terganggu ingatan, dan tidak tuna rungu atau tuli". Perkawinan mensyaratkan perlunya saksi sebagai bukti bahwa perkawinan tersebut benar-benar terjadi. Namun di era saat ini, kehadiran saksi semata dalam sebuah perkawinan belumlah memadai, karena justru ada yang lebih penting lagi yaitu pencatatan perkawinan dari lembaga yang berwenang, seperti Kantor Urusan Agama. Persyaratan saksi sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 25 KHI tersebut jelas memunculkan pertanyaan, mengapa perempuan tidak bisa menjadi saksi dalam perkawinan? Justru, kaum perempuanlah yang biasanya paling sibuk mempersiapkan seluruh perlengkapan perkawinan. Hal ini jelas tidak adil. Perempuan dianggap tidak cakap dan tidak mampu untuk menjadi saksi. Padahal di era sekarang

⁴⁴ Cik Hasan Bisri (ed.), *op. cit.*, hlm. 11.

sudah banyak perempuan yang mempunyai kecakapan dan kemampuan yang bahkan melebihi kemampuan laki-laki.

Rumusan Pasal 25 KHI tentang saksi jelas tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 15 Konvensi yang menyatakan bahwa bahwa negara-negara peserta wajib memberikan kepada perempuan persamaan hak dengan laki-laki di muka hukum. Kemudian diperkuat lagi dengan Pasal 4 ayat (1) Konvensi bahwa pembuatan peraturan-peraturan khusus sementara oleh negara-negara peserta yang ditujukan untuk mempercepat persamaan *de facto* antara laki-laki dan perempuan.

Begitu juga pasal tentang wali nikah dalam Pasal 19 KHI yang menyebutkan, "wali nikah dalam perkawinan merupakan rukun yang harus dipenuhi bagi calon mempelai wanita yang bertindak untuk menikahkannya". Pasal ini menegaskan bahwa hanya calon mempelai wanita yang harus ada walinya, sementara calon mempelai pria tidak perlu ada wali. Menurut beberapa kitab fikih dijelaskan bahwa keberadaan wali bagi calon mempelai perempuan adalah untuk menjaga hubungan anak dengan orang tua, karena anak biasanya lebih tahu tentang calon anaknya. Sebab anak perempuan Islam yang belum menikah tidak patut bergaul bebas.⁴⁵ Selain itu, hanya dengan izin dan persetujuan dari walilah perempuan bisa menikah. Perempuan bukan individu mandiri, dan dalam konteks ini dia hanya diperlakukan sebagai objek, bukan subjek. Perempuan tidak bisa mengambil keputusan untuk dirinya sendiri, sebagaimana halnya kaum laki-laki. Hal ini jelas bertentangan dengan Pasal 16 poin (a) Konvensi yang menyatakan bahwa perempuan dan laki-laki memiliki hak yang sama untuk memasuki perkawinan.

Pasal 20-24 KHI menjelaskan bahwa "yang bertindak sebagai wali nikah ialah seorang laki-laki yang memenuhi syarat-syarat hukum Islam, yakni muslim, akil dan baligh. Persyaratan ini menegaskan bahwa hanya

⁴⁵ Moh. Rifa'i, *Ilmu Fikih Islam Lengkap*, Toha Putra, Semarang, 1978, hlm. 460-461.

pihak laki-laki yang bisa bertindak sebagai wali. Jika ayah tidak ada, maka hak perwalian jatuh ke tangan saudara laki-lakinya, dan seterusnya sampai ke kerabat laki-lakinya. Kalau semua kerabat tidak ada hak itu pindah ke tangan wali hakim yang tidak memiliki ikatan kekerabatan apa pun. Ibunya, meskipun telah mengasuh sang anak sejak bayi, bahkan sejak dalam kandungan tidak pernah mendapatkan hak itu. Rumusan Pasal 20-24 KHI tersebut jelas tidak sesuai dengan Pasal 16 poin (f) Konvensi yang menyebutkan bahwa "hak dan tanggung jawab yang sama berkenaan dengan perwalian, pemeliharaan, pengawasan, dan pengangkatan anak atau lembaga-lembaga yang sejenis di mana konsep-konsep ini ada dalam perundang-undangan nasional".

Terkait kawin beda agama, KHI menjelaskan dalam Pasal 44 bahwa "seorang wanita Islam dilarang melangsungkan perkawinan dengan seorang pria yang tidak beragama Islam". Hal ini berbeda dengan Pasal 16 poin (b) Konvensi yang menyatakan bahwa "Hak sama untuk memilih suami secara bebas dan untuk memasuki jenjang perkawinan hanya dengan persetujuan yang bebas dan sepenuhnya". Jelas rumusan pasal dalam KHI tersebut tidak sesuai, karena dalam Pasal 16 poin (b) Konvensi menjelaskan, bahwa seorang perempuan berhak memilih calon suami secara bebas, apakah dia seorang yang beragama Islam maupun non Islam.

Begitu juga Pasal 84 ayat (1) KHI yang menyatakan bahwa "Istri dapat dianggap *nusyuz* jika ia tidak mau melaksanakan kewajiban-kewajiban sebagaimana dimaksud dalam Pasal 83 ayat (1) kecuali dengan alasan yang sah". *Nusyuz* dimaknai sebagai pembangkangan atau tidak taat pada perintah. Selama ini anggapan yang terbangun di masyarakat adalah bahwa *nusyuz* merupakan pembangkangan isteri terhadap suami, dan tidak sebaliknya. Jelas ini merupakan ketidakadilan, karena sebagaimana manusia biasa laki-laki pun mempunyai peluang untuk melakukan *nusyuz*, bahkan secara tegas Al-Qur'an (QS. Al-Nisa': 34) sendiri telah

mengakui akan hal itu, yaitu *nusyuz* pada laki-laki. Hal ini membuktikan bahwa dalam Al-Qur'an *nusyuz* berlaku baik bagi suami maupun isteri. Oleh karena itu seharusnya rumusan pasal tersebut disusun dengan tidak bertentangan dengan Konvensi dengan menyatakan bahwa suami atau isteri dapat dianggap *nusyuz* jika ia tidak mau melaksanakan kewajiban-kewajiban sebagaimana dimaksud dalam Pasal 83 ayat (1) KHI kecuali dengan alasan yang sah.

Terkait hak dan kewajiban suami istri, Pasal 79 KHI menyebutkan bahwa (1) Suami adalah kepala keluarga dan isteri ibu rumah tangga; (2) Hak dan kedudukan isteri adalah seimbang dengan hak dan kedudukan suami dalam kehidupan rumah tangga dan pergaulan hidup bersama dalam masyarakat; (3) Masing-masing pihak berhak untuk melakukan perbuatan hukum.

Pasal di atas mengandung unsur inkonsistensi. Di mana ayat (1) menjelaskan bahwa suami adalah kepala keluarga dan isteri ibu rumah tangga, tetapi dalam ayat berikutnya, baik suami maupun isteri mempunyai hak dan kedudukan yang seimbang baik dalam rumah tangga maupun masyarakat. Penegasan bahwa suami adalah kepala rumah tangga dan isteri adalah ibu rumah tangga semakin memperjelas superioritas laki-laki atas perempuan. Penggunaan kata "kepala" dalam konteks ini mengandung konotasi kekuasaan dan sangat terkesan otoriter sehingga tidak salah kalau muncul pandangan yang memposisikan suami identik dengan penguasa dalam kehidupan keluarga. Implikasi pemahaman seperti ini di masyarakat antara lain suami dapat berkuasa secara otoriter di rumah sehingga ia mewajibkan isteri melakukan seluruh tugas domestik dan juga melayani seluruh keperluan dan kebutuhan suami lahir dan batin. Pemahaman itu jelas bertentangan dengan pesan moral Islam dalam Al-Qur'an surah Al Baqarah 187 yang menegaskan tentang kesetaraan kedudukan suami-isteri (isteri merupakan pelindung bagi suami dan sebaliknya suami

merupakan pelindung isteri).⁴⁶ Padahal ketentuan dalam konvensi justru menghendaki penghapusan segala bentuk praktik superioritas salah satu jenis kelamin atau berdasar peranan *stereotype* laki-laki atas perempuan (Pasal 5 poin (a) Konvensi).

Masa *'iddah* dan *ihdad* diatur dalam Pasal 153 dan 170 KHI. Pasal 153 KHI menyebutkan bahwa "Bagi seorang istri yang putus perkawinannya berlaku waktu tunggu atau *'iddah*, kecuali yang perkawinan tersebut putus sebelum melakukan hubungan suami istri (*qabla dukhul*), dan perkawinannya putus bukan karena kematian suami". Pasal 170 menyebutkan bahwa (1) Istri yang ditinggalkan mati oleh suaminya, wajib melaksanakan masa berkabung selama masa *'iddah* sebagai tanda turut berduka cita dan sekaligus menjaga timbulnya fitnah; (2) suami yang ditinggal mati oleh istrinya, melakukan masa berkabung menurut kepatutan.

'Iddah bagi perempuan adalah untuk menentukan hamil atau tidaknya perempuan tersebut setelah ditinggal mati atau diceraikan oleh suaminya.⁴⁷ *'Iddah* sejatinya mengandung makna yang dalam, selain berkaitan dengan seksualitas dan kehamilan, juga mempertimbangkan soal psikologis, tenggang rasa, solidaritas pada anak dan keluarga pasangan. Bahkan, *'iddah* merupakan masa transisi di mana salah satu pasangan (*'iddah* karena cerai mati) atau kedua pasangan (*'iddah* karena cerai hidup) dapat berpikir jernih dan bijaksana untuk mengambil keputusan selanjutnya.⁴⁸

Begitu juga terkait dengan masa berkabung, Pasal 170 KHI ayat (1) menjelaskan masa berkabung selama masa *'iddah* bagi isteri selain

⁴⁶ Siti Musdah Mulia, 'Menuju Hukum Perkawinan Yang Adil: Memberdayakan Perempuan Indonesia' dalam Sulistyowati Irianto (ed.), *Perempuan dan Hukum: Menuju Hukum Yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, NZAID bekerja sama dengan *The Convention Watch*, Universitas Indonesia dan Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006, hlm. 163-164.

⁴⁷ Moh. Rifa'i, *op.cit.*, hlm. 499.

⁴⁸ Sulistyowati Irianto (ed.), *op. cit.*, hlm. 170.

sebagai tanda berduka cita juga untuk menghindari fitnah. Sementara bagi suami [ayat (2)] masa berkabung hanya menurut kepatutan. Rumusan Pasal 170 KHI ayat (1) tersebut semakin mempertegas *stereotype* isteri, yaitu berkabung agar terhindar dari fitnah. Mengapa soal fitnah hanya dikaitkan dengan pihak isteri, padahal itu bisa saja terjadi pada siapa saja, termasuk suami. Ketentuan ini semakin memperkuat kesan negatif terhadap perempuan, bahwa perempuan itu rapuh, mudah tergoda, dan gampang terjerumus dalam penyimpangan seksual karenanya mereka harus dikekang di rumah.⁴⁹

Padahal Pasal 5 Konvensi antara lain mewajibkan negara untuk "mengubah pola tingkah laku sosial dan budaya laki-laki dan perempuan dengan maksud untuk mencapai penghapusan prasangka dan kebiasaan dan segala praktik lainnya yang didasarkan atas inferioritas atau superioritas salah satu jenis kelamin atau peran *stereotype* bagi laki-laki dan perempuan". Harusnya, agar ketentuan Pasal tentang *'iddah* dan *ihdad* tersebut sesuai dan tidak bertentangan dengan Konvensi, maka rumusan diubah menjadi "Bagi suami dan isteri yang perkawinannya telah dinyatakan putus oleh Pengadilan Agama berlaku masa *'iddah*". Di sini, baik suami maupun isteri sama-sama menjalani masa *'iddah* dan tidak hanya isteri saja yang wajib menjalaninya.⁵⁰ Begitu juga Pasal tentang *ihdad* agar selaras dengan Konvensi maka diubah menjadi, "Suami atau isteri yang pasangannya meninggal dunia wajib melaksanakan masa berkabung selama masa berkabung".⁵¹ Ketentuan ini menghilangkan kesan negatif terhadap pihak isteri, dan kedua belah pihak juga mempunyai hak yang sama untuk menjalani masa berkabung selama masa *'iddah*.

⁴⁹ *Ibid.*, hlm. 171

⁵⁰ Rumusan ini sebagaimana ditawarkan oleh CLD-KHI yang dimotori oleh Musdah Mulia.

⁵¹ Rumusan ini sebagaimana ditawarkan oleh CLD-KHI yang dimotori oleh Musdah Mulia.

Selanjutnya hak dan status anak di luar perkawinan diatur dalam Pasal 100 KHI. Anak yang lahir di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan nasab dengan ibunya dan keluarga ibunya. Imbasnya adalah si bapak lepas tanggung jawabnya sebagai orang tua. Konsekuensinya, segala keperluan dan pemeliharaan si anak dibebankan kepada ibu. Ini jelas tidak adil. Pasal 16 poin (b) Konvensi menjelaskan bahwa orang tua mempunyai hak dan tanggung jawab yang sama, terlepas dari status perkawinan mereka, karena kepentingan anak-anaklah yang harus diutamakan. Harusnya jika mengacu pada rumusan Pasal 16 poin (b) Konvensi, anak yang lahir di luar perkawinan tidak hanya menjadi tanggung jawab ibu semata, tapi kedua belah pihak, baik si ibu maupun ayah biologis, karena Islam sendiri telah menegaskan bahwa anak tidak mewarisi dosa kedua orang tuanya (QS. Al Fathir: 18). Anak tersebut berhak bernasab kepada orang tuanya, berhak mendapatkan biaya pengasuhan dan biaya pendidikan dari kedua orang tuanya dan sebagainya, bahkan juga berhak mendapatkan warisan.

Talak diatur dalam Pasal 129 KHI, yang menyatakan bahwa suami yang akan menjatuhkan talak kepada isterinya mengajukan permohonan baik lisan maupun tertulis ke Pengadilan Agama yang mewilayahi tempat tinggal isteri. Sementara rujuk diatur dalam Pasal 163 KHI yang menyatakan bahwa seorang suami dapat merujuk isterinya yang dalam masa *'iddah*. Ketentuan tentang talak dan rujuk tersebut menggambarkan bahwa hak talak dan rujuk hanya di tangan suami, sementara isteri tidak mempunyai hak untuk menjatuhkan talak maupun meminta rujuk dengan suaminya. Padahal pasal 16 poin (c) Konvensi mengatur tentang "hak dan tanggung jawab yang sama selama masa perkawinan dan pada pemutusan perkawinan". Harusnya jika mengacu pada ketentuan ini, baik suami maupun isteri mempunyai hak yang sama selama masa perkawinan dan pemutusan perkawinan.

Uraian-uraian di atas menjelaskan bahwa hak-hak perempuan dalam KHI seharusnya sudah tidak ada lagi yang bertentangan dengan Konvensi, karena konsekuensinya ketika sudah meratifikasi perjanjian internasional, maka asas serta prinsip dasar yang terkandung di dalamnya harus dilaksanakan. Negara harus komitmen untuk mengikat diri dan menjamin melalui peraturan perundang-undangan serta kebijakan untuk mewujudkan kesetaraan dan keadilan antara laki-laki dan perempuan, serta terhapusnya segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Jelas-jelas Pasal 2 Konvensi mewajibkan negara untuk (a) mengutuk diskriminasi, melarang segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan melalui perundang-undangan dan kebijakan serta pelaksanaannya, (b) menegakkan perlindungan hukum terhadap perempuan melalui peradilan nasional yang kompeten dan badan-badan pemerintah lainnya serta perlindungan yang efektif bagi perempuan dari setiap tindakan diskriminasi, (c) mencabut semua aturan dan kebijakan, kebiasaan dan praktik diskriminatif terhadap perempuan. Nyatanya, pasal-pasal KHI yang terkait dengan hak-hak perempuan masih tidak selaras dengan Konvensi.

Pembacaan beberapa Pasal dalam KHI tersebut sebagaimana dituturkan Nursyahbani, memperlihatkan bahwa pelaksanaan Konvensi menghadapi kendala baik kultural maupun struktural.⁵² Kendala kultural terkait sikap masyarakat yang masih enggan untuk mengakui persamaan laki-laki dan perempuan. Sikap ini sering dikuatkan oleh berbagai ajaran agama, adat dan budaya yang masih dianut sampai saat ini. Tragisnya sikap ini kemudian diadopsi menjadi sikap resmi negara sebagaimana terlihat dalam penjelasan Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1984 yang berbunyi "Dalam pelaksanaannya, ketentuan dalam Konvensi ini wajib disesuaikan

⁵² Nursyahbani Katjasungkana, "Perempuan dan Hak Azasi Manusia, Tinjauan dari Sudut Hukum Internasional dan Permasalahannya di Indonesia, Kata Pengantar dalam, Mohamad Farid, *Perisai Perempuan; Kesepakatan Internasional untuk Perlindungan Perempuan*, terj. Alex Irwan Yayasan Galang, Yogyakarta, 1999, hlm. xiii

dengan tata kehidupan masyarakat yang meliputi nilai-nilai budaya, adat istiadat serta norma-norma keagamaan yang masih berlaku dan diikuti secara luas oleh masyarakat Indonesia”.

Dari bunyi penjelasan tersebut jelaslah bahwa ada inkonsistensi dalam usaha menerapkan Konvensi, karena di satu pihak negara berkewajiban melaksanakan konvensi ini (antara lain menghilangkan hambatan adat, tradisi, budaya dan ajaran agama yang mendiskreditkan perempuan sebagaimana diamanatkan Pasal 2, 3, 4, dan 5 Konvensi), namun di pihak lain pelaksanaan konvensi ini justru harus disesuaikan dengan adat, kebiasaan, tradisi dan ajaran. Akibatnya, di tingkat peraturan pelaksanaan, yang terjadi justru penguatan asumsi-asumsi gender dan nilai-nilai *stereotype* tersebut.

Kendala struktural berkaitan dengan berbagai kebijakan baik yang umum maupun yang khusus ditujukan kepada kaum perempuan yang secara prinsip justru bertentangan dengan prinsip-prinsip yang ada dalam Konvensi ini. Jika disimak isi Pasal 1 Konvensi ini, dapat disimpulkan bahwa pemenuhan dan penghargaan terhadap hak asasi manusia adalah prasyarat mutlak untuk dapat terlaksananya konvensi ini.

Menghadapi kendala-kendala tersebut, menurut Achi⁵³ ada langkah-langkah yang perlu dilaksanakan yaitu *pertama*, berkaitan dengan substansi hukum dan kebijakan, perlu mengintegrasikan prinsip-prinsip persamaan antara laki-laki dan perempuan dalam sistem hukum. Perlu juga menghapus peraturan perundang-undangan yang diskriminatif dan menetapkan peraturan baru yang melarang diskriminasi terhadap perempuan, menerapkan norma dan standar yang ditetapkan oleh Konvensi dalam menyusun perencanaan, melaksanakan dan memantau kebijakan di tingkat nasional maupun lokal untuk melindungi, meningkatkan dan memenuhi hak asasi perempuan.

⁵³ Achi Sudiarti Luhulima, “Hak Asai Perempuan Belum Menjadi Bagian Institusional Hukum”, dalam *Jurnal Perempuan*, No. 45, 2006, hlm. 79-80

Kedua, berkaitan dengan struktural perlu mengembangkan kapasitas kelembagaan yang akan melaksanakan atau menegakkan peraturan perundang-undangan dan kebijakan baru. Selain itu juga perlu menetapkan mekanisme kelembagaan untuk memantau perkembangan pemenuhan hak-hak asasi perempuan dan memberikan laporan kepada Komite Penghapusan Diskriminasi Terhadap Perempuan. *Ketiga*, berkaitan dengan aspek kultural, perlu ditingkatkan kesadaran seluruh masyarakat akan kesamaan hak asasi perempuan dan laki-laki yang dijamin oleh Konvensi. Oleh karena itu, negara, dengan kekuasaannya, harusnya bisa merevisi dan menyelaraskan Pasal-Pasal dalam KHI dengan Konvensi, sebagaimana ditegaskan dalam Pasal 5 Konvensi di atas. Adalah tidak mungkin tingkah laku sosial dan budaya akan bisa berubah jika tidak didukung oleh negara, sehingga segala bentuk diskriminasi dan superioritas akan terhapuskan. Masyarakat selama ini terus melanggar diskriminasi dan superioritas karena mendapatkan legalitas, salah satunya adalah dalam bentuk rumusan pasal-pasal KHI tersebut.

E. Penutup

Secara Yuridis, pemerintah Indonesia telah meratifikasi Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan, namun kenyataannya masih banyak dijumpai ketidakadilan dan diskriminasi terhadap perempuan, salah satunya adalah beberapa ketentuan dalam KHI. Konvensi telah menetapkan prinsip-prinsip dan ketentuan-ketentuan untuk menghapus kesenjangan, subordinasi serta tindakan yang melanggar hak perempuan dan merugikan kedudukan perempuan dalam hukum, keluarga dan masyarakat. Konsekuensinya ialah bahwa Negara Pihak pada Konvensi harus memberikan komitmen, mengikatkan diri untuk menjamin melalui peraturan perundang-undangan, kebijakan, program dan tindakan khusus sementara,

mewujudkan kesetaraan dan keadilan antara laki-laki dan perempuan, serta terhapusnya segala bentuk diskriminasi terhadap perempuan. Namun demikian, rumusan Pasal-pasal KHI masih tetap bermasalah, baik dari sisi keadilan, gender, dan juga persamaan, hal ini misalnya dapat dilihat dalam Pasal tentang wali nikah, saksi nikah, batas usia perkawinan, *nusyuz*, dan hak dan kewajiban suami isteri, dan ketentuan mengenai *'iddah* dan *ihdad*.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Abdul Manan, *Reformasi Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2006.
- Abdurahman, *Kompilasi Hukum Islam di Indonesia*, Cet. Ke-2, AKAPRES, Jakarta, 1995.
- Ahmad Mohamed Ibrahim dan Abdul Munir Yaacob, (ed), *The Administration of Islamic Laws*, Institute of Islamic Understanding Malaysia (IKIM), Kuala Lumpur, 1997.
- Alex Irwan (Penerjemah), *Perisai Perempuan; Kesepakatan Internasional untuk Perlindungan Perempuan*, Yayasan Galang, Yogyakarta, 1999.
- Amrullah Ahmad (ed.), *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996.
- Atho Mudzar, *Fatwa-fatwa Majelis Ulama Indonesia; Sebuah Studi tentang Pemikiran Hukum Islam di Indonesia, 1975-1988*, edisi Dwibahasa, INIS, Jakarta, 1993.
- Bagir Manan, *Hukum Positif Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2004.
- Bustanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia: Akar Sejarah, Hambatan dan Prospeknya*, Gema Insani Press, Jakarta, 1996.
- C. S. T. Kansil, *Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Indoensia*. Balai Pustaka, Jakarta, 1980.
- Cik Hasan Bisri (Ed.), *Kompilasi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Logos, Jakarta, 1999.
- Dien Muhammad (Ketua Tim), *Pustaka Peradilan Jilid VIII*, Mahkamah Agung, Jakarta, 1992.
- H.A.S. Natabaya, *Sistem Peraturan Perundang-undangan Indonesia*, Sekretaris Jenderal dan Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi, Jakarta, 2006.

- I. Wayan Parthiana, *Hukum Perjanjian Internasional*, bagian I, Mandar Maju, Bandung: 2002.
- Kruyskamp C. dan F De Tollenaere, *Van Dale's Xlleuw Groart Waardenbook der Nederlands Taal*, Martinus Nijhoff, Gavenhage, 1950.
- LM Lopian Gandhi, *Hukum Payung Fantasi, Payung Pajangan: Sebuah Hasil Penelitian Mengenai Seberapa Jauh Konvensi Wanita Pasal 11 Diadopsi Dalam Peraturan Perundang-undangan Perburuhan Indonesia*, Convention Watch, Jakarta, 1995.
- Moh. Mahfud MD. dkk., *Peradilan Agama dan Kompilasi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, UII Pres, Yogyakarta, 1993.
- Moh. Mahfud MD., *Politik Hukum*, LP3ES, Jakarta, 1999.
- Mohamad Farid, *Perisai Perempuan; Kesepakatan Internasional untuk Perlindungan Perempuan*. terj. Alex Irwan, Yayasan Galang, Yogyakarta, 1999.
- Muhajir Darwin dan Tukiran (ed.), *Menggugat Budaya Patriarkhi*, cet. pertama, PPK UGM dan TFF, Yogyakarta, 2001.
- Nursyahbani Katjasungkawa dan Muntahanah. *Kasus-kasus Hukum Kekerasan Terhadap Perempuan*, LBH APIK, Jakarta, 2002.
- S. Adiwinata, *Kamus Istilah Hukum*, Intermasa, Jakarta, 1986.
- Siti Musdah Mulia (Ed.). *Pembaharuan Hukum Islam: Counter Legal Draft KHI*, PUG Departemen Agama, Jakarta, 2004.
- Soedjono Dirdjosiswono, *Pengantar Ilmu Hukum*, Cet. Ke-1, Rajawali, Jakarta, 1984.
- Soerjono Soekanto, *Perspektif Teoritis Studi Hukum dalam Masyarakat*, Rajawali, Jakarta, 1985
- Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum (Suatu Pengantar)*, Edisi II, Liberty, Yogyakarta, 1988.

- Sulistiyowati Irianto (ed)., *Perempuan dan Hukum: Menuju Hukum yang Berperspektif Kesetaraan dan Keadilan*, NZAID bekerja sama dengan The Convention Watch, Universitas Indonesia dan Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2006.
- Suparman Usman, *Hukum Islam: Asas-asas dan Pengantar Studi Hukum Islam dalam Tata Hukum Indonesia*, Gaya Media Pratama, Jakarta, 2001.
- Syahmin A.K., *Hukum Internasional Publik*. Jilid I, Bina Cipta, Bandung. 1992.

Makalah, Jurnal dan Web

- Istinbath*, Jurnal Hukum dan Ekonomi Islam, Vol. 5 No. 1 Desember 2007.
- Jurnal Ahkam*, Vol. 8 No. 2, September 2006, Fakultas Syari'ah dan Hukum UIN Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2006.
- Al Qalam*, Jurnal Keagamaan dan Kemasyarakatan (Lembaga Penelitian Institut Agama Islam Negeri Sultan Maulana Hasanuddin, Banten, Vol. 26, No. 1 (Januari – April) 2009.
- Mimbar Ulama*, No. 104/x, April 1986.
- Jurnal Perempuan*, No. 45, 2006.
- Marzuki Wahid, Counter Legal Draft Kompilasi Hukum Islam (CLD-KHI) dalam Perspektif Politik Hukum di Indonesia, (Paper).
- Cipto Sembodo, dalam <http://publik-syariah.blogspot.com/2011/03/khi-pembaharuan-hukum-islam-indonesia.html> (diakses pada 2 Mei 2011)

BENTURAN ANTARA HUKUM PIDANA ISLAM DENGAN HAK-HAK SIPIL DALAM PERSPEKTIF HAK ASASI MANUSIA

Soeharno¹

A. Pendahuluan

Hukum pidana merupakan kumpulan hukum yang mengatur kekuasaan negara untuk menjatuhkan hukuman pada pelaku kejahatan agar selanjutnya mereka patuh pada aturan yang telah ditetapkan. Tidak seperti hukum perdata yang mengatur proses hukum tentang hak-hak dan kewajiban pribadi, hukum pidana terkait dengan perlindungan kepentingan umum dan nilai-nilai yang dianggap penting bagi suatu masyarakat; bahkan kepentingan individu sekalipun juga dilindungi oleh hukum pidana. Contohnya tindak pidana pencurian. Kejahatan ini merupakan tindak pidana terhadap harta pribadi, namun karena perlindungan terhadap harta pribadi dianggap penting untuk menjamin tatanan sosial, pelanggaran terhadapnya dianggap oleh seluruh masyarakat sebagai kejahatan yang harus dihukum berat, yaitu hukuman berupa denda dan penjara.

Kepentingan dan nilai yang dilindungi oleh hukum pidana itu berbeda dari satu masyarakat ke masyarakat lain. Contohnya adalah aktivitas hubungan seksual; keterlibatan dua orang dewasa dalam hubungan kelamin suka sama suka bukanlah urusan negara pada sebagian masyarakat. Namun pada sebagian masyarakat lain, tindakan ini dianggap ilegal disebabkan nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat ini menyatakan bahwa hubungan seksual hanya boleh dilakukan dalam ikatan perkawinan. Oleh karena itu, aturan tentang hubungan kelamin adalah penting bagi

¹ Soeharno, S.H., M.H., adalah Dosen Fakultas Hukum Universitas Samratulangi, Manado.

masyarakat ini sehingga pelanggaran terhadapnya berakibat hukuman berat yang dijatuhkan negara untuk memelihara tatanan sosial.

Berdasarkan uraian di atas, hukum pidana menjelaskan apa yang menjadi nilai dasar bagi suatu masyarakat dan pemerintahnya. Ini karena perlindungan terhadap nilai dasar tadi menjadi 'obat' bagi kepentingan dan tatanan umum yang 'dicederai' oleh pelanggaran terhadapnya. Konsekuensinya, penerapan hukuman yang telah digariskan oleh nilai dasar tadi juga menjadi penting.

Di dalam ajaran Islam, nilai dasar tadi dihubungkan dengan wahyu Tuhan. Umat Islam yang percaya akan keharusan implementasinya, akan merasa telah mengingkari Tuhan dengan mengabaikan penerapan wahyunya di bidang hukum pidana. Mereka beranggapan bahwa seluruh umat Islam di masyarakat ini akan mempertanggungjawabkan kelalaian ini di akhirat. Keyakinan ini melandasi tuntutan dari sebagian umat Islam agar hukum pidana Islam diterapkan oleh negara.

Motivasi di balik tuntutan itu bisa beragam, ada yang karena alasan praktis yaitu sebagai obat bagi degradasi moral di masyarakat yang tidak teratasi oleh hukum pidana 'sekuler'. Akan tetapi, alasan bahwa hukum Islam itu adalah perintah suci sehingga harus diterapkan oleh negara dianggap lebih berperan besar pada tuntutan tadi. Apakah hukuman mati atau hukuman badan boleh diterapkan oleh negara karena ia disyaratkan oleh Syariat Islam, sedangkan pada saat yang sama ia bertentangan dengan kewajiban negara untuk mematuhi norma hukum hak asasi manusia?

Pasal 6 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik (KIHSP) mengatur tentang hak untuk hidup, yang dianggap sebagai hak tertinggi oleh Komite Hak Asasi Manusia. Mengingat hal ini, sidang umum PBB telah mengeluarkan resolusi tentang penghapusan hukuman mati. Pasal 7 KIHSP --yang diperkuat oleh Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan, Perlakuan atau Penghukuman Lain yang Tidak Manusiawi dan Merendahkan Martabat (selanjutnya disebut Konvensi

Menentang Penyiksaan)-- yang melarang segala bentuk penyiksaan atau hukuman/perlakuan yang keji, tidak manusiawi dan merendahkan martabat. Komite Hak Asasi Manusia telah menetapkan hak untuk tidak disiksa atau hukuman dan/atau perlakuan yang keji, tidak manusiawi dan merendahkan martabat sebagai hak yang tidak bisa dihapuskan dari hukum internasional.

Sejumlah negara muslim yang memberlakukan hukum pidana Islam telah mengesahkan hukum hak asasi manusia internasional seperti KIHSP dan Konvensi Menentang Penyiksaan ke dalam sistem hukum nasional mereka. Indonesia termasuk negara yang baru meratifikasi KIHSP yaitu pada 23 Februari 2006, tapi Indonesia telah mengesahkan Konvensi Menentang Penyiksaan sebelumnya yaitu pada tanggal 28 November 1998. Dengan ratifikasi ini, Indonesia terikat pada ketentuan hukum internasional dan berkewajiban untuk melaksanakannya dengan niat baik.

Indonesia tengah dalam proses mereformasi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP). Usulan dan tuntutan agar norma-norma hukum yang hidup di tengah masyarakat Indonesia (termasuk norma hukum Islam) menjadi salah satu sumber penyusunan KUHP baru turut mengedepan. Jika usulan ini diterima, metode eksekusi hukuman berupa hukuman mati dalam bentuk rajam (untuk kasus perzinaan yang dilakukan oleh orang yang terikat dalam perkawinan atau pernah kawin dan/atau kasus homoseksualitas), dan hukuman badan berupa potong tangan (untuk kasus pencurian) dan cambuk (untuk kasus perzinaan dan konsumsi minuman beralkohol) bisa diterapkan di Indonesia. Khusus untuk Propinsi Nanggroe Aceh Darussalam, pemberlakuan Qanun Provinsi NAD Nomor 10 Tahun 2002² dan Qanun Provinsi NAD Nomor

² Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 tentang *Peradilan Syariah Islam*; Pasal 49.

11 Tahun 2002,³ Nomor 12 Tahun 2003⁴, dan Nomor 13 Tahun 2003⁵ menjadikan hukum pidana Islam dan metode eksekusinya berupa cambuk sudah diterapkan di wilayah Indonesia.

Hal ini juga dibarengi dengan kemunculan kelompok-kelompok Islam berhaluan garis keras yang menuntut agar hukum (pidana) Islam diterapkan sepenuhnya di Indonesia. Sebagian dari mereka malah sudah menerapkan eksekusi hukuman pidana Islam berupa rajam terhadap anggotanya yang mengaku telah berbuat zina (kasus anggota laskar jihad di Ambon). Pada kasus terbaru, terpidana mati bom Bali I menuntut agar hak asasi mereka dalam kebebasan menjalankan agama dipenuhi dengan cara penggantian metode eksekusi hukuman mati mereka diganti dari regu tembak menjadi hukuman pancung.

Situasi ini memperlihatkan kesulitan yang bisa dihadapi oleh Indonesia dalam menyeimbangkan antara tuntutan Syariat Islam dengan norma hak asasi manusia internasional yang telah diratifikasi terutama KIHSP dan Konvensi Menentang Penyiksaan. Pada satu sisi Indonesia harus mematuhi ketentuan KIHSP dan Konvensi Menentang Penyiksaan termasuk hak-hak sipil seperti hak untuk hidup dan hak untuk bebas dari hukuman badan. Pada sisi lain, Indonesia juga harus mengakomodasi tuntutan dari sejumlah warga negaranya yang ingin menjalankan ajaran agamanya dengan bebas dan seutuhnya, termasuk untuk menerapkan hukum agama di bidang pidana. Di dalam KIHSP dan Konvensi Menentang Penyiksaan sendiri ada ketentuan tentang hak untuk menentukan nasib sendiri; bisakah pemenuhan tuntutan pemberlakuan hukum pidana Islam, seperti yang terjadi di Aceh, dipahami dalam konteks pemenuhan hak-hak sipil? Apakah dapat dikatakan juga bahwa negara

³ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darusalam Nomor 11 Tahun 2002 tentang *Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah dan Syiar Islam*.

⁴ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darusalam Nomor 12 Tahun 2003 tentang *Minuman Khamar dan Sejenisnya*.

⁵ Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darusalam Nomor 13 Tahun 2003 tentang *Maisir (perjudian)*.

dan komunitas internasional menghormati hak internal umat untuk menentukan nasib sendiri?

Pada situasi ini telah terjadi benturan hukum yang terjadi antara ketentuan hukum pidana Islam dengan hak-hak sipil dalam KIHSP dan Konvensi Menentang Penyiksaan yang telah diratifikasi oleh Indonesia. Analisa pada naskah ini difokuskan pada benturan yang mungkin terjadi dari aspek teori, seperti metode eksekusi hukuman mati dan hukuman badan dalam hukum pidana Islam dengan hak untuk hidup dan hak untuk bebas dari penyiksaan dan perlakuan atau hukuman yang keji, tidak manusiawi dan merendahkan martabat. Pembahasan juga diarahkan pada implementasi hukum pidana Islam di Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam dalam kerangka ratifikasi KIHSP dan Konvensi Menentang Penyiksaan di Indonesia.

Persoalan ini sangat kompleks dan tidak mungkin dijawab hanya dengan menggunakan pendekatan universalisme atau relativitas budaya secara eksklusif. Kecenderungan yang berlebihan pada salah satu pendekatan tadi tidak akan menyelesaikan persoalan perlindungan dan penegakan hak asasi manusia di Indonesia. Ini karena teori universalisme akan bermanfaat untuk menjamin perlindungan dan penegakan hak asasi individu dari pelanggaran yang dilakukan oleh negara dan/atau kelompok masyarakat. Akan tetapi, penekanan yang berlebihan pada pendekatan ini tanpa mempertimbangkan keyakinan Muslim pada aspek 'ke-Tuhan-an' dari hukum pidana Islam hanya akan menimbulkan resistensi terhadap penerapan standar hukum hak asasi manusia internasional dari umat Islam. Untuk itu, pendekatan yang mampu menjembatani ketentuan hukum pidana Islam dan hukum hak asasi manusia internasional sangat diperlukan.

B. Pembahasan

(1) Hukum Pidana Islam dan Prinsip-Prinsip Dasar

(a) Landasan Hukum Pidana Islam

Ketentuan hukum pidana Islam disyariatkan dalam dua sumber utama doktrin Islam yaitu Al-Qur'an dan Hadits. Terdapat sekitar tigapuluh ayat Al-Qur'an terkait dengan masalah hukum pidana.⁶ Ayat-ayat ini membahas jenis-jenis kejahatan, hukuman spesifik terhadapnya, dan beberapa aturan pembuktian agar hukuman bisa dilaksanakan. Ayat-ayat ini menjadi tujuan dan prinsip-prinsip dasar bagi kategori pertama dari hukum pidana Islam, yaitu *hudud*.⁷

Di samping ayat-ayat khusus tadi, Al-Qur'an juga datang dengan sejumlah ayat-ayat yang secara umum mewajibkan umat Islam untuk menegakkan Syariat Islam. Surat Al-Nisa: 59 mewajibkan Muslim untuk mematuhi Allah, Nabi Muhammad, dan para pemimpin mereka. Termasuk ke dalam ketentuan ini adalah dengan tidak melanggar hukum-Nya di bidang pidana, karena ketika seseorang memeluk Islam, dia telah diatur oleh hukum Syara' dan bertanggung jawab untuk mengaktualisasikannya.⁸ Berpaling dari ketentuan Allah dan Rasul-Nya dianggap sebagai suatu kemungkaran dan kesesatan yang nyata.⁹

Muhammad SAW kemudian menjelaskan lewat salah satu haditsnya akan arti penting *hudud* dan keharusan penerapannya dalam kehidupan. Hadits tersebut menyatakan bahwa perumpamaan antara orang yang menegakkan *hudud* dengan yang mengabaikannya adalah seperti sekelompok orang yang menempati bagian atas dan bawah sebuah kapal. Penghuni bagian bawah harus naik ke bagian atas untuk mengambil air minum, tetapi karena merasa tindakan ini menyulitkan

⁶ Khan, 'Juristic Classification of Islamic Law', *Houston Journal of International Law*, Volume 6, Number 23, 1983, hlm. 27.

⁷ Muhammad 'Ata al-Sid Ahmad, *Islamic Criminal Law*, Kuala Lumpur, hlm. 115.

⁸ *Ibid.*, hlm. 104.

⁹ Al-Qur'an, Al-Ahzab:36.

dan mengganggu, penghuni bagian bawah memutuskan untuk melobangi kapal sebagai jalan pintas untuk mendapatkan air. Jika penghuni bagian atas membiarkan tindakan ini terjadi, maka mereka semua akan tenggelam, tapi jika mereka melarangnya, mereka semua akan selamat.¹⁰

Berdasarkan ketentuan dari dua sumber utama doktrin Islam tadi dan *ijma'* para sahabat, hukum pidana Islam kemudian diteorisasikan dan disusun oleh para *fuqaha* pada tiga abad pertama sejak kelahiran Islam.¹¹ Hukum pidana Islam kemudian berkembang dan terbagi menjadi 4 (empat) mazhab hukum *sunni* di abad kesepuluh.¹² Terdapat sejumlah perbedaan doktrin hukum pidana dalam empat mazhab hukum tadi. Keempat mazhab hukum ini juga tersebar di sejumlah negara Muslim sehingga pada tataran tertentu mempengaruhi kandungan hukum pidana Islam pada masing-masing negara. Konsekuensinya, doktrin mazhab-mazhab hukum tadi harus juga dipertimbangkan ketika menganalisa penerapan hukum pidana Islam di negara Muslim.

(b) Ruang Lingkup Hukum Pidana Islam

Ada (3) tiga kategori tindak pidana dan hukuman dalam hukum pidana Islam yaitu *hudud*, *qisas* dan *ta'zir*. *Hudud* adalah kejahatan terhadap hak-hak Allah yang hukumannya telah ditentukan dalam Al-Qur'an dan Hadis.¹³ Ada tujuh macam kejahatan yang masuk kategori *hudud*,¹⁴ antara lain (1) pencurian (*sariqah*) yang hukumannya adalah potong tangan; (2) perampokan (*hirabah*) yang hukumannya berupa pidana mati, penyaliban, amputasi silang tangan dan kaki, atau pengasingan;

¹⁰ Hadits dari *Sahih al-Bukhari* sebagaimana dikutip oleh Muhammad 'Ata al-Sid Ahmad, *Islamic Criminal Law ... op. cit.*, hlm. 115-116.

¹¹ Noel J. Coulson, *The State and Individual in Islamic Law*, International and Comparative Law Quarterly, Volume 6, Number 78, 1957.

¹² Wael B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, hlm. 7.

¹³ Aly Mansour, 'Hudud Crimes' dalam M. Cherif Bassiouni, ed., *The Islamic Criminal Justice System*, Oceana Publications, London, New York, 1982, hlm. 195-201.

¹⁴ *Ibid*, hlm. 197-200.

(3) makar (*baghy*) yang hukumannya diperangi sampai tunduk pada perintah Allah; (4) perzinaan (*zina*), hukumannya rajam (pelaku adalah orang yang menikah) atau seratus kali cambuk (pelaku adalah orang yang tidak menikah); (5) tuduhan berzina (*qadhif*) yang hukumannya delapan puluh kali cambuk; (6) murtad (*riddah*) yang hukumannya mati; dan (7) meminum minuman beralkohol (*sharb al-khamr*) yang hukumannya empat puluh atau delapan puluh kali cambuk.¹⁵

Qisas adalah kejahatan terhadap orang dalam bentuk penyerangan fisik dan pembunuhan yang dihukum sama dengan kejahatan yang dilakukan.¹⁶ Hukuman bagi pelaku *qisas* bisa dihapuskan oleh korban kejahatan atau keturunannya, dan mereka bisa meminta kompensasi finansial (*diyat* atau ‘uang darah’) atau memaafkan si pelaku. Hal ini karena *qisas* adalah kejahatan yang terkait dengan hak-hak manusia yang berbeda dengan hak-hak Tuhan pada *hudud*.

Ta'zir adalah kejahatan yang hukumannya tidak ditentukan oleh Al-Qur'an dan Hadits. Kategori ketiga ini meliputi seluruh perbuatan dosa yang bisa membahayakan keamanan negara atau tatanan publik, hukumannya ditetapkan oleh pemerintah. Mayoritas *fuqaha* sepakat bahwa tanggung jawab penuntutan kejahatan *ta'zir* berada di tangan negara karena tugas negara-lah untuk memelihara tatanan dan kesejahteraan umum. Sama halnya dengan *qisas*, *ta'zir* juga berkaitan dengan hak-hak manusia sehingga korban *ta'zir* bisa meminta pemerintah untuk memaafkan pelaku. Sehubungan dengan ini pemerintah bisa memilih untuk menghukum atau tidak menghukum si pelaku. Mengingat sifatnya yang residual dan komprehensif, *ta'zir* bisa memberikan wewenang yang luas pada negara untuk menghukum segala jenis tindakan salah atau

¹⁵ Aly Mansour, 'Hudud Crimes' dalam M. Cherif Bassiouni, ed., *op. cit.*, hlm. 200.

¹⁶ Rudolph Peters, *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*, Cambridge University Press, New York, 2005, hlm. 7.

yang secara sosial dan politik dianggap mengganggu. Karena kekuasaan negara untuk menghukum hampir tak terbatas di bawah doktrin *ta'zir* ini, tersangka pelaku *ta'zir* akan menerima sedikit perlindungan hak.

Di atas telah diuraikan bahwa perbedaan doktrin hukum pidana Islam bisa ditemui pada mazhab-mazhab hukum Islam. Contohnya minum minuman beralkohol (*sharb al-khamr*) dan murtad. Mayoritas Imam pendiri mazhab sepakat bahwa *sharb al-khamr* adalah termasuk pada *hudud*, tapi fuqaha yang lain menganggapnya sebagai *ta'zir*. Terkait dengan hukumannya, mazhab Hanafi, Maliki dan Hanbali berpendapat bahwa pelaku *sharb al-khamr* mendapat delapan puluh kali cambuk, sedangkan Imam Syafii dan beberapa *fuqaha* lain berpendapat empat puluh kali cambuk. Keberadaan murtad sebagai kejahatan kategori *hudud* juga diperdebatkan oleh sejumlah ilmuwan Muslim kontemporer. Menurut mereka, murtad hanya bisa menjadi *hudud* yang hukumannya mati jika perbuatan murtad itu mencakup tindakan makar terhadap negara.

(c) Ketelitian Konsep Hukum Pidana Islam dan Tujuannya

Melihat jenis-jenis hukuman di atas, *fuqaha* klasik dan kontemporer tidak menampik kerasnya hukuman dalam *hudud*. Menurut mereka hal ini bisa dipahami dari tujuan *hudud*, yaitu untuk memberi efek jera pada pelaku lain agar tidak melakukan kejahatan yang sama di lain waktu.¹⁷ Di samping itu, hukuman untuk *hudud* hanya bisa dilaksanakan setelah proses peradilan yang cermat dijalankan. *Fuqaha* periode klasik telah menetapkan standar pembuktian yang ketat bagi *hudud*, yaitu eksekusi hukuman harus bebas dari keraguan sebagaimana hadits Nabi Muhammad SAW yang menganjurkan untuk membatalkan hukuman *hudud* jika terdapat keraguan dalam prosesnya, karena kesalahan dalam memberikan

¹⁷ Mashood A. Baderin, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, hlm. 79.

pengampunan adalah lebih baik dari pada salah dalam menjatuhkan hukuman. Contohnya adalah hukuman pembuktian untuk perzinaan. Disyaratkan oleh Syariat Islam bahwa kejahatan ini harus dilihat 'langsung dan jelas' oleh empat orang saksi yang adil. Kegagalan untuk memenuhi ketentuan ini akan mengakibatkan orang yang membawa kasus ini dan para saksinya dituntut dengan kejahatan *qadhf* yang dihukum dengan delapan puluh kali cambuk.

Melihat standar yang ketat ini, ada pendapat yang menyatakan bahwa pelaksanaan hukum *hudud* untuk zina adalah hampir tidak mungkin karena hukuman itu hanya mungkin dijatuhkan pada orang, yang melakukan hubungan kelamin di luar nikah di hadapan umum tanpa sama sekali menghiraukan moralitas publik. Pada kasus pencurian *fuqaha* telah menetapkan bahwa yang masuk kategori *hudud* adalah tindakan mengambil barang dengan nilai nisab atau lebih yang dilakukan secara sembunyi-sembunyi dari tempat penyimpanan atau penjagaannya yang mana barang tersebut tidak dimiliki sebagiannya oleh pelaku dan/atau dititipkan padanya. Tindakan pencurian yang tidak memenuhi kriteria di atas tidak bisa digolongkan pada *hudud* yang dihukum dengan amputasi tangan, tapi tindakan ini bisa dihukum dengan hukuman *ta'zir*.

Di samping prinsip *shubhat*, prinsip tobat juga bisa mencegah eksekusi hukuman *hudud* dalam doktrin hukum pidana Islam. Hal ini bisa dijelaskan dari tujuan lain hukuman dalam hukum pidana Islam, yaitu fungsi rehabilitasi. Contohnya tindakan murtad. Jika si pelaku murtad menyatakan tobat dan kembali ke Islam, maka si pelaku dianggap telah membuktikan bahwa dia telah memperbaiki diri, oleh karena itu hukuman dianggap tidak penting lagi untuk merehabilitasi perbuatannya. Tetapi untuk kasus yang melibatkan hak-hak manusia seperti pembunuhan dan penganiayaan, tobatnya si pelaku tidak menghapus hukuman terhadap kejahatannya. Melihat kecermatan dan ketelitian konsepnya, sejumlah *fuqaha* dan ilmuwan muslim mendukung pelaksanaan hukum pidana

Islam oleh negara dan meyakini kompatibilitas hukum pidana Islam dengan nilai-nilai hak asasi manusia.

(2) Kompatibilitas Hukum Pidana Islam dengan Hak-Hak Sipil dalam KIHSP dan Konvensi Menentang Penyiksaan

(a) Penerapan Hukum Pidana Islam dan Hak untuk Menentukan Nasib Sendiri

Pasal 1 ayat (1) KIHSP menjamin hak untuk menentukan nasib sendiri bagi semua orang. Menurut hak ini, semua orang bebas untuk menentukan status politiknya dan untuk mengembangkan ekonomi, sosial dan budayanya. Hak untuk menentukan nasib sendiri penting untuk mewujudkan hak politik, ekonomi, sosial dan budaya. Hak kolektif manusia yang memiliki tradisi sejarah yang sama, identitas ras dan etnik, homogenitas budaya, kesatuan linguistik, pertalian agama atau ideologi, hubungan teritorial, kesamaan kehidupan ekonomi dan memenuhi persyaratan jumlah minimum.

Pertanyaannya adalah apakah keinginan untuk menerapkan hukum pidana Islam termasuk pada ketentuan hak untuk menentukan nasib sendiri sebagaimana diakui dalam KIHSP? Pasal 1 ayat (1) KIHSP menyatakan bahwa masyarakat internasional harus menghormati hak internal untuk menentukan nasib sendiri. Hak khusus bagi muslim untuk menerapkan hukum agamanya bisa dipahami dari perspektif ini karena ia mencakup hak untuk menentukan perkembangan budaya sendiri tanpa intervensi dari luar. Di dalam sejarah, *hudud*, *qisas*, dan *ta'zir* adalah bagian dari budaya Negara muslim dan ketiganya diberlakukan dalam sistem hukum. Situasi ini berubah ketika sebagian besar negara muslim dijajah oleh bangsa Eropa. Hukum pidana dari Eropa (seperti system Eropa Kontinental atau *Anglo-Saxon*) mulai diperkenalkan di wilayah Islam dan hukum Islam secara sistematis digantikan oleh hukum kolonial kecuali di bidang hukum keluarga Islam.

KIHSP sebagai instrumen hukum hak asasi manusia internasional di bidang hak-hak sosial dan politik telah mencantumkan jaminan kebebasan beragama dalam Pasal 18 ayat (1). Kebebasan beragama yang dijamin tidak hanya kebebasan untuk memeluk agama atau keyakinan tertentu, tapi juga kebebasan untuk memanasifestasikan agama/keyakinan itu dalam ibadah, upacara keagamaan, praktik dan pengajarannya, baik sendiri maupun secara berkelompok.

Ruang lingkup ‘memanifestasikan agama’ pada pasal tadi sangat luas karena konsep ibadah dalam KIHSP tidak hanya mencakup tindakan ritual dan seremonial sebagai ekspresi langsung dari keyakinan, tapi juga meliputi seluruh tingkah laku integral dari tindakan ritual dan seremonial tadi. ‘Memanifestasikan agama’ adalah unsur aktif dari kebebasan beragama, sedangkan semata-mata mengikuti suatu agama/kepercayaan saja adalah unsur pasifnya. Setelah seseorang memeluk suatu agama/kepercayaan, seseorang akan memanasifestasikannya ke dalam ibadah, ritual keagamaan lain, dan perilaku-perilaku saleh. Oleh karena itu, umat Islam memiliki hak untuk memanasifestasikan keyakinan agamanya sebagaimana disyaratkan oleh ketentuan syariat, termasuk ke dalamnya pelaksanaan hukum pidana.

Memanifestasikan ajaran agama bisa jadi berbenturan dengan hak-hak orang lain atau membahayakan masyarakat, oleh sebab itu, *the freedom to manifest religion* bukanlah hak absolut. Pasal 18 ayat (3) KIHSP menyatakan bahwa kebebasan untuk memanasifestasikan ajaran agama hanya bisa dibatasi oleh hukum yang menyebutkan bahwa pembatasan itu diperlukan untuk melindungi keamanan, ketertiban, kesehatan umum atau moral atau hak-hak dasar dan kebebasan orang lain. Berdasarkan Pasal 18 ayat (3) KIHSP ini, *the freedom to manifest religion* secara sah bisa dibatasi sepanjang pembatasan itu dinyatakan dengan gamblang dalam instrumen hukum atau keputusan yang bisa diakses oleh masyarakat umum.

General Comment No. 22 untuk Pasal 18 ayat (3) KIHSP menekankan bahwa pembatasan terhadap ‘memanifestasikan agama’ tidak boleh dilakukan untuk tujuan diskriminatif atau diterapkan secara diskriminatif. Bahkan seorang narapidana yang hak-haknya sebagai manusia bebas telah dibatasi sekalipun tetap tidak boleh mendapatkan pembatasan untuk mendapatkan hak-haknya dalam memanifestasikan agamanya, sepanjang keinginan untuk memanifestasikan agama ini sejalan dengan ketentuan penahanannya. Contoh kasus dalam hukum hak asasi manusia internasional terkait dengan pembatasan terhadap ‘memanifestasikan agama’ yaitu kasus *Boodoo v Trinidad and Tobago* (721/96). Boodoo (orang yang membawa kasus ini dalam komunikasinya ke Komite Hak Asasi Manusia menyatakan bahwa selama di penjara dia telah dilarang untuk memelihara kumis, jambang dan jenggot dan dilarang untuk melaksanakan ibadah di tempat ibadah. Buku do’anya juga diambil oleh sipir penjara. Terkait dengan tuduhan ini, Trinidad and Tobago tidak memberikan penjelasan. Komite Hak Asasi Manusia akhirnya menyimpulkan telah terjadi pelanggaran hukum terhadap Pasal 18 KIHSP. Berdasarkan hal ini, Komite Hak Asasi Manusia meneguhkan penafsiran bahwa kebebasan untuk memanifestasikan agama dalam beribadah, perilaku, praktik dan pengajaran adalah sebuah konsep yang luas.

Dapat dipahami bahwa pembatasan terhadap kebebasan untuk memanifestasikan agama/kepercayaan adalah tidak sah secara hukum jika pembatasan itu dirancang untuk mencegah penganut suatu agama dari melakukan ritual agamanya dan perilaku yang terkait dengan ritual itu. Persoalannya, apakah pelarangan terhadap implementasi hukum pidana Islam di negara muslim masuk pada ketentuan Pasal 18 ayat (3) KIHSP?

Akibatnya terjadi kekosongan hukum karena pendekatan yang lebih cermat dalam hal aspek-aspek kebebasan beragama apa saja yang dilindungi justru diberikan oleh Komentar Umum (*General Comment*),

dan bukan oleh Protokol Pilihan (*Optional Protocol*) dari KIHSP, yang merupakan instrumen hukum yang lebih mengikat. Oleh karena itu, persoalan keharusan untuk menerapkan hukum pidana Islam juga harus dilihat pada hak-hak dasar lain yang dimuat dalam KIHSP, seperti hak untuk hidup.

(b) Hukum Pidana Islam dan Hak untuk Hidup

Ketentuan Syariat Islam tentang hukuman pidana mensyaratkan adanya hukuman mati dan hukuman untuk itu sangat beralasan untuk melihat persoalan ini dari perspektif Pasal 6 dan 7 KIHSP dan Pasal 16 ayat (1) Konvensi Menentang Penyiksaan, serta Komentar Umum dan Komite Hak Asasi Manusia terkait dengan maksud dan tujuan dari pasal-pasal tersebut.

Pasal 6 KIHSP membicarakan tentang hak untuk hidup, Komite Hak Asasi Manusia menggambarkan hak ini sebagai hak tertinggi. Pasal 6 ini terdiri dari enam paragraf yang memuat komponen negatif dan positif dari hak untuk hidup yang harus dilindungi oleh negara. Komponen negatif berhubungan dengan kewajiban negara untuk mencegah tindakan mengambil hidup orang secara sewenang-wenang dan tidak sah menurut hukum, baik yang dilakukan oleh penjahat maupun oleh negara sendiri dan agen-agenya. Pasal 6 ayat (1) menyatakan bahwa setiap manusia mempunyai hak untuk hidup yang melekat dalam dirinya. Hak ini harus dilindungi oleh hukum dan tidak seorang pun bisa diambil hidupnya secara sewenang-wenang.

Komponen positif mewajibkan negara untuk mengambil tindakan-tindakan yang kondusif sehingga semua orang dapat hidup. Komponen positif ini terkait langsung dengan kontroversi seputar penghapusan hukuman mati dan praktiknya di sejumlah negara. Di dalam Pasal 6 ayat (2) KIHSP disebutkan bahwa bagi negara-negara yang belum menghapuskan hukuman mati, mereka hanya boleh menerapkan hukuman ini pada

kejahatan yang paling serius sesuai dengan hukum yang berlaku pada saat kejahatan itu dihukum. Hukum yang menjadi dasar bagi hukuman mati itu tidak boleh bertentangan dengan ketentuan KIHSP dan Konvensi Pencegahan dan Hukuman bagi Kejahatan Genosida. Lebih jauh, hukuman mati hanya bisa dilaksanakan atas dasar putusan ahir yang dikeluarkan oleh pengadilan yang kompeten.

Melihat rumusannya, Pasal 6 ayat (2) KIHSP memberikan pengecualian terhadap hak untuk hidup dalam hal pemberian kemungkinan penerapan hukuman mati bagi suatu negara sepanjang negara itu belum meratifikasi Protokol Pilihan Kedua (*the Second Optional Protocol*) KIHSP tentang penghapusan hukuman mati. Pasal 1 ayat (1) Protokol Pilihan Kedua (*the Second Optional Protocol*) menyatakan bahwa tidak seorang pun dalam yurisdiksi negara peserta Protokol ini boleh dihukum mati. Meskipun KIHSP membuka kemungkinan penerapan hukuman mati, KIHSP sebenarnya lebih menginginkan agar Negara Pihak pada Kovenan ini untuk menghapuskan hukuman mati dalam sistem hukum mereka, sesuai dengan ketentuan Pasal 6 ayat (6) Kovenan yang menyatakan bahwa tidak satupun dalam Pasal ini yang bisa menunda atau mencegah penghapusan hukuman mati oleh Negara Pihak pada Kovenan.

Sekalipun terdapat kewajiban yang longgar untuk penghapusan total hukuman mati dalam Pasal 6 ayat (2) dan (6), KIHSP telah mewajibkan negara-negara peserta untuk membatasi penggunaannya dan menghapuskannya jika kejahatan tersebut tidak termasuk '*the most serious crime*' sesuai dengan Komentar Umum Nomor 6 KIHSP. Komite Hak Asasi Manusia juga berpendapat bahwa paragraf-paragraf yang terdapat dalam Pasal 6 KIHSP menggambarkan keinginan yang kuat untuk menghapuskan hukuman mati. Setiap tindakan yang diambil oleh negara peserta dalam rangka menghapuskan hukuman mati akan dianggap sebagai kemajuan bagi perwujudan hak untuk hidup.

Supremasi hak untuk hidup di atas hak-hak lain di dalam KIHSP menyebabkan Pasal 6 ini tidak bisa dihapuskan dari kewajiban negara-negara peserta pada KIHSP, bahkan pada kondisi darurat umum yang mengancam kehidupan bangsa,¹⁸ kecuali jika hukuman mati itu sudah lebih dahulu ada dalam hukum negara dan negara tidak meratifikasi Protokol Pilihan Kedua (*the Second Optional Protocol*) KIHSP. Bagi Negara Pihak yang masih menerapkan hukuman mati, kejahatan yang diganjar dengan hukuman mati harus dipahami dalam kerangka mengatasi *'the most serious crimes'*. Menurut Komite Hak Asasi Manusia, istilah ini harus dibaca secara terbatas berdasarkan ketentuan-ketentuan yang telah digariskan oleh Pasal 6 ayat (2) KIHSP, yaitu putusan hukuman mati harus hanya merupakan sebuah tindakan pengecualian, sesuai dengan hukum yang berlaku dan kompatibel dengan tujuan KIHSP.

Pada konteks ini, contoh kasusnya adalah kasus *Lubutov Zambia* (390/90). Di dalam kasus ini, Komite Hak Asasi Manusia setuju kalau putusan hukuman mati terhadap Lubuto di negara Zambia telah melanggar ketentuan Pasal 6 ayat (2) KIHSP. Alasannya, penggunaan senjata api untuk perampokan dengan pemberatan oleh Lubuto tidak menyebabkan mati atau mencederai satu orang pun. Keadaan ini telah diabaikan oleh pengadilan Zambia ketika menjatuhkan putusan.¹⁹ Pada kasus *Brown v Jamaica* (775/97), Komite Hak Asasi Manusia menemukan fakta bahwa penerapan hukuman mati terhadap Brown adalah salah karena telah melakukan *capital murder*.

Berdasarkan daftar di atas, putusan hukuman mati terhadap kejahatan-kejahatan tadi bertentangan dengan Pasal 6 KIHSP, sedangkan pembunuhan yang disengaja atau percobaan pembunuhan, dan

¹⁸ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), *Adopted and Opened for Signature, Ratification and Accession by General Assembly Resolution, 2200A (XXI) of 16 December 1966*, article 4(2).

¹⁹ Lubuto v Zambia (390/90) para. 7.2, sebagaimana dikutip oleh Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*, hlm. 166-167.

penganiayaan berat yang disengaja masih bisa dijatuhi hukuman mati berdasarkan Pasal 6 ayat (2) KIHSP. Seandainya hukuman mati tetap harus dijalankan terhadap *'the most serious crime'*, Komite Hak Asasi Manusia menekankan bahwa eksekusinya harus dengan cara yang paling sedikit menyebabkan penderitaan fisik dan mental. Jadi, metode eksekusi juga menjadi perhatian dalam kasus hukuman mati, jika ini diabaikan maka metode eksekusi itu dianggap melanggar Pasal 7 KIHSP. Pada konteks ini, kasusnya adalah *Ng v Canada (469/91)*. Di dalam kasus ini, Komite Hak Asasi Manusia sepakat dengan keberatan Ng bahwa gas mematikan adalah sebuah metode eksekusi yang melanggar Pasal 7 KIHSP. Alasannya, *gas asphyxiation* bisa menyebabkan penderitaan dan rasa sakit yang berlangsung cukup lama, kurang lebih sepuluh menit, sebelum si terpidana mati wafat.

Pada pembahasan di awal telah diuraikan, metode eksekusi hukuman mati dalam hukum pidana Islam bisa berbentuk rajam, penyaliban atau pancung yang dilakukan di hadapan khalayak ramai. Jika norma hak asasi manusia internasional dijadikan standar, metode-metode eksekusi ini berarti melanggar Pasal 7 KIHSP, karena metode-metode ini dilakukan dengan maksud untuk menimbulkan rasa sakit dan penderitaan yang lama. Di samping itu, sebagian kecil anggota Komite Hak Asasi Manusia mensyaratkan metode eksekusi hukuman mati yang melanggar Pasal 7 adalah metode hukuman yang bertujuan brutal sesuai dengan penjelasan dari Pasal 1 Konvensi Menentang Penyiksaan. Semua metode eksekusi hukuman mati dalam hukum pidana Islam berarti masuk kategori tindakan/hukuman yang menyiksa, kejam, tidak manusiawi dan merendahkan yang telah dilarang oleh hukum hak asasi manusia internasional.

(c) Hukum Pidana Islam dan Larangan terhadap Hukuman yang Kejam

Pasal 7 KIHSP melarang penyiksaan atau perlakuan/hukuman yang kejam, tidak manusiawi dan merendahkan martabat. Bebas dari penyiksaan dan hak untuk mendapatkan perlakuan yang manusiawi adalah salah satu hak absolut yang tidak boleh dibatasi aplikasinya dalam KIHSP. Sama halnya dengan Pasal 6 KIHSP, Pasal 7 KIHSP adalah hak yang tidak boleh dihapuskan. Komite Hak Asasi Manusia juga menguatkan status absolutnya pada situasi darurat umum seperti yang diuraikan dalam Pasal 4 KIHSP. Konsekuensinya, Pasal 7 KIHSP harus tetap ditegakkan walaupun terjadi situasi yang mengancam kehidupan dan kelangsungan bangsa. Komite Hak Asasi Manusia lebih jauh menekankan bahwa penggunaan dalih pembenaran atau situasi yang meringankan, dengan alasan apapun, tetap tidak menjadikan pelanggaran terhadap Pasal 7 KIHSP dapat dimaafkan; termasuk pada ketentuan ini adalah perintah dari atasan atau penguasa.

Terdapat tiga level perlakuan atau hukuman kejam yang dilarang oleh KIHSP yaitu: penyiksaan, perlakuan keji dan hukuman keji. Tulisan ini akan lebih memfokuskan pada pembahasan hukuman yang keji/bengis (*heinous punishments*), karena konsep *torture* bisa berarti tindakan pelanggaran di luar peradilan yang dilakukan oleh negara. Larangan terhadap hukuman yang keji/bengis (*heinous punishments*) dalam KIHSP berkaitan erat dengan persoalan jenis-jenis hukuman dalam pidana Islam seperti potong tangan, cambuk atau rajam. Jenis-jenis hukuman ini menjadi wilayah konflik yang paling jelas antara hukum pidana Islam dengan hukum hak asasi manusia internasional. Penerapan hukum pidana Islam akibatnya akan bertentangan dengan kewajiban negara muslim untuk mematuhi hukum hak asasi manusia internasional yang telah mereka ratifikasi ke dalam sistem hukum nasional.

Data dari PBB, status ratifikasi dan reservasi terhadap KIHSP dan Konvensi Menentang Penyiksaan menunjukkan bahwa sejumlah negara muslim yang menerapkan hukum pidana Islam belum menjadi peserta dari kedua instrumen tersebut. Atau, ketika mereka menjadi Peserta Pihak pada Kovenan, mereka tidak meratifikasi the Protokol Pilihan Kedua KIHSP yang bertujuan untuk menghapuskan hukuman mati. Situasi ini memperlihatkan 'kebingungan' negara muslim yang menerapkan hukuman pidana Islam dalam menyeimbangkan ketentuan agama dan norma hak asasi manusia internasional.

Terkait dengan Protokol Pilihan Kedua KIHSP yang bertujuan untuk menghapuskan hukuman mati, tidak satupun dari negara-negara muslim berpartisipasi pada sesi ke-44 Majelis Umum PBB. Sesi inilah yang kemudian menghasilkan Protokol Pilihan Kedua KIHSP yang diterima dan dilaksanakan oleh PBB lewat Resolusi 44-128 tanggal 15 Desember 1989. Berdasarkan data di Kantor Komisi Tinggi PBB untuk Hak Asasi Manusia per 8 Mei 2006, tidak satupun negara-negara muslim yang telah meratifikasi dan menyetujuinya, ini termasuk Indonesia.

Sama halnya dengan KIHSP, status ratifikasi terhadap Konvensi Menentang Penyiksaan oleh negara muslim yang menerapkan hukum pidana Islam juga beragam. Iran dan Pakistan belum meratifikasi atau menyetujui Konvensi Menentang Penyiksaan.

Sudan dan Saudi Arabia telah menyetujui Konvensi Menentang Penyiksaan tanpa melakukan reservasi terhadap pasal-pasal yang berkaitan dengan hukuman kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Sedangkan mereka menerapkan hukum pidana Islam berupa hukuman badan yang berat bagi kejahatan di dalam sistem hukum mereka. Sedangkan Indonesia memberikan otonomi khusus di bidang hukum kepada Provinsi Nangroe Aceh Darussalam untuk menerapkan hukuman cambuk bagi pelanggar terhadap Qanun setelah Konvensi Menentang Penyiksaan diratifikasi.

C. Hukum Pidana Islam dan Perlindungan Hak-Hak Sipil

Hukum pidana yang berlaku di Indonesia merupakan peninggalan kolonial Belanda yang disahkan dengan Undang-Undang Nomor 1 tahun 1946 dengan beberapa perubahan menjadi Kitab Undang-Undang Hukum Pidana (KUHP).²⁰ Pasal 1 ayat (1) KUHP kemudian menegaskan bahwa selain ketentuan pidana yang terdapat dalam KUHP dan ketentuan-ketentuan pidana khusus yang telah diundangkan oleh pemerintah adalah tidak berlaku di Indonesia, termasuk hukum pidana Islam. Meskipun begitu, propinsi Nangroe Aceh Darussalam menerapkan hukum pidana Islam terutama dalam kategori *jarimah ta'zir*, sebagai bagian dari pelaksanaan otonomi khusus yang diberikan oleh pemerintah pusat.

Dasar hukum penerapan hukum Islam di propinsi Nangroe Aceh Darussalam adalah Undang-Undang Nomor 44 tahun 1999 tentang otonomi khusus untuk Aceh dan Undang-Undang Nomor 18 tahun 2001 tentang perluasan otonomi Aceh menjadi Nangroe Aceh Darussalam. Sejak saat itu sejumlah peraturan terkait dengan hukum Islam dikeluarkan oleh pemerintah daerah Nangroe Aceh Darussalam, yaitu: Qanun Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariat Islam; Qanun Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam di Bidang Aqidah, Ibadah dan Syiar Islam; Qanun Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minuman Khamr dan Sejenisnya; Qanun Nomor 13 Tahun 2003 tentang *Maisir* (perjudian); Qanun Nomor 14 Tahun 2003 tentang *Khalwat* (Mesum).

Semenjak Qanun-Qanun tadi diterapkan, Komisi Nasional Anti Kekerasan Terhadap Perempuan (Komnas Perempuan) mencatat 46 kasus pelanggaran telah terjadi sampai tahun 2005. Rinciannya adalah: 8 kasus pencambukan untuk tuduhan mesum, 2 untuk minuman keras, 1 untuk judi; 5 kasus penahanan untuk tuduhan mesum; 8 kasus sedang dalam proses peradilan untuk tuduhan mesum; 2 kasus penangkapan untuk

²⁰ Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam: Penegakan Syariat dalam Wacana dan Agenda*, Gema Insani Press, Jakarta, 2003, hlm. 123.

tuduhan mesum dan judi; 2 kasus pengurangan untuk tuduhan mesum; 2 kasus penggrebakan untuk tuduhan mesum; 3 kasus penangkapan dan diserahkan ke Dinas Syariah Islam untuk tuduhan mesum; 2 kasus razia busana muslim.²¹

Persoalan hak asasi manusia yang muncul dari penerapan Qanun di Aceh terutama muncul karena: *pertama*, inkonsistensi pemerintah daerah provinsi Nangroe Aceh Darussalam dalam menerapkan hukum pidana Islam. Semenjak otonomi khusus untuk menerapkan Syariat Islam diberikan, pemerintah lebih memfokuskan diri untuk mengeluarkan regulasi hukum pidana Islam yang berkaitan dengan pelanggaran kesusilaan dan pengaturan perilaku (*jarimah ta'zir*). Konsekuensinya adalah hukuman pidana Islam 'hanya'diperuntukkan untuk menghukum rakyat kecil yang melakukan kesalahan seperti tidak shalat jumat, berjudi, *berkhalwat* dan mengkonsumsi minuman beralkohol. Pada sisi lain, korupsi yang dilakukan oleh oknum pejabat belum tersentuh oleh penerapan hukum pidana Islam. Situasi ini telah mendatangkan sejumlah spekulasi dan kritik tentang motif dari penerapan hukum pidana Islam di Aceh.²²

Persoalan hak asasi manusia *kedua* adalah kekurangtahuan aparat penegak Syariah terhadap prosedur standar hak asasi manusia dalam menangani kasus-kasus pelanggaran. Banyak dilaporkan bahwa pejabat berperilaku arogan ketika melakukan razia dalam penegakan Qanun. Tersangka pelaku pelanggaran bahkan sering sudah 'dihukum' lebih dahulu *on the spot* oleh polisi Syariah ini dengan cara mempertontonkan dan memparadekan tersangka kepada khalayak ramai. Ucapan yang merendahkan tersangka tidak jarang juga dilontarkan oleh pejabat polisi

²¹ *Ibid.* 'Kekerasan terhadap Perempuan 2005: KDRT dan Pembatasan atas Nama Kesusilaan' Komnas Perempuan, (http://www.komnasperempuan.or.id/public/naskah_final_catahun_2006.rtf).

²² Teuku Kemal Fasya, *Hukum Cambuk dan Keadilan*, Kompas-Opini 25 Juni 2005 (<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0506/25/opini/1839177.htm>).

daerah (*wilayahul hisbah*.)²³ Contoh ungkapan yang kemudian menjadi bahan perbincangan di level internasional adalah sindirian seorang pejabat *wilayahulhisbah* pada seorang perempuan yang dianggap melanggar aturan berbusana dan kaitannya dengan tsunami di Aceh “inilah salah satu sebab bencana terjadi di Aceh, karena perempuan *nggak* pakai jilbab”.

Adapun persoalan hak asasi manusia *ketiga* adalah keterlibatan masyarakat sipil untuk menegakkan Qanun yang sering berujung pada kekerasan dan pemaksaan.²⁴ Dari sekian banyak masalah, fenomena paling mencolok dari penerapan Qanun di Aceh adalah dijadikannya perempuan sebagai target dari penerapan hukum pidana Islam. Di samping menjadi korban dari tiga contoh pelanggaran hak asasi manusia di atas, aturan-aturan Qanun dan tafsiran pemerintah daerah terhadapnya telah mendiskriminasikan perempuan. Cara berpakaian perempuan diawasi serta waktu dan gerak-geriknya di ruang publik juga dibatasi.²⁵ Hal ini justru terjadi setelah sekitar dua puluh tahun Indonesia mengesahkan Konvensi Mengenai Penghapusan Segala Bentuk Diskriminasi Terhadap Perempuan (*Convention on the Elimination All Forms of Discrimination Against Women*) pada tahun 1984.

D. Penutup

Ada dua pendekatan utama terkait dengan validitas norma hak asasi manusia ketika diterapkan pada masyarakat budaya yang berbeda, yakni universalisme dan relativitas budaya. Masing-masing kelompok menyatakan bahwa pendekatan yang mereka ajukan lebih sah dibandingkan yang lain, sehingga usaha untuk merekonsiliasi keduanya hamper tidak mungkin dilakukan. Pendukung teori universalisme

²³ Semacam satuan polisi pamong praja di daerah lain.

²⁴ Masriadi Sambo, *Massa Bersorban Bubarkan Pengunjung Pantai Lhokseumawe*, Media Center Aceh - Aji, 25 Juni 2006, (<http://www.mediacenteraceh.org>).

²⁵ Komnas Perempuan, *Sebagai Korban dan Survivor - Sebuah Laporan Temuan Dokumentasi Kondisi Pemenuhan HAM Perempuan Pengungsi Aceh* (21 April 2006).

menyatakan bahwa norma hak asasi manusia bisa diaplikasikan di seluruh konteks budaya. Setiap orang telah diberkahi hak karena statusnya sebagai manusia tanpa memandang suku, gender, kelas dan agamanya. Oleh karena itu, apa yang dipahami oleh suatu masyarakat sebagai hak untuk persamaan perlindungan di hadapan hukum, keamanan, kebebasan berbicara dan agama pasti dipahami sama oleh masyarakat lainnya. Kaum universalitas mengklaim hak-hak tadi sebagai alamiah dan tak terpisahkan dengan tujuan untuk melindungi individu dari penindasan dan pelanggaran hak asasi manusia yang dilakukan oleh negara dan masyarakat. Sebaliknya, pendukung relativitas budaya menolak penerapan standar hak asasi manusia universal secara sama di seluruh masyarakat tanpa mempertimbangkan perbedaan budaya yang ada. Bagi kelompok ini, aplikasi standar hak asasi manusia universal dapat dipahami sebagai upaya untuk memaksakan unsur-unsur budaya Barat.

Dari sudut pandang antropologi, seluruh masyarakat diyakini mempunyai sistem moral karena praktik untuk menilai pengalaman nilai mereka sebagai kebajikan atau kejahatan ada di sana. Praktik inilah yang telah membedakan manusia dari organisme lainnya. Adanya perbedaan budaya meniscayakan perbedaan nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat. Kandungan prinsip moral-lah yang bervariasi di antara manusia, dan bukan keberadaan prinsip moralnya.

Bahwa ketika prinsip-prinsip moral ini didokumentasikan ke dalam kerangka normatif internasional, prinsip-prinsip moral ini pun kemudian turut berlaku universal. Majelis Umum PBB memproklamkan Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia /DUHAM (*Universal Declaration of Human Rights/UDHR*) sebagai standar umum pencapaian hak asasi manusia bagi seluruh bangsa. Pasal-Pasal dalam DUHAM memuat istilah-istilah yang menggeneralisir. Persoalannya, DUHAM sendiri dikritik sebagai sebuah dokumen yang hanya didasarkan pada filsafat politik Barat, sedangkan aspirasi dan prioritas masyarakat non-Barat belum diakomodir

sepenuhnya. DUHAM dianggap sebagai refleksi dari etnosentrisme budaya dan ideologi Barat yang mengabaikan perbedaan ideologi dan budaya yang ada hingga menjadi penghalang ketika diterapkan pada negara-negara non-Barat. Faktanya, masyarakat Barat sangat memprioritaskan hak-hak sipil dan politik individu sedangkan masyarakat non-Barat lebih mengutamakan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya sebagai titik tolak untuk penegakan hak asasi manusia. Perbedaan dasar filosofis di kedua masyarakat telah membentuk sifat manusianya dan relasi antara individu dengan masyarakat dan antara individu itu sendiri.

Kelompok relativisme budaya karenanya mengajak seluruh masyarakat untuk merujuk pada nilai budaya mereka sendiri sebagai sumber validitas moral dan hukum. Sikap kelompok relativisme ini dikritik karena dianggap mengaburkan antara hak asasi manusia dan kehormatan manusia, antara hak dan kewajiban.

Karakter penting dari hak asasi manusia adalah tak-terpisahkan. Hal ini akan terancam dengan masuknya pandangan dunia ketiga seperti penekanan yang berlebihan terhadap keutamaan kelompok dari individu. Akibatnya, bisa saja terjadi pelanggaran terhadap hak asasi manusia yang kemudian didukung oleh negara dengan alasan ketertiban/ketentruman umum.

Situasi yang dihadapi Indonesia menjadi kompleks. Kecenderungan yang berlebihan pada salah satu perspektif tidak akan menyelesaikan persoalan perlindungan dan penegakan hak asasi manusia. Ini karena teori universalisme akan bisa bermanfaat untuk menjamin perlindungan dan penegakan hak asasi individu dari pelanggaran yang dilakukan oleh negara dan/atau kelompok masyarakat. Akan tetapi, penekanan yang berlebihan pada perspektif ini tanpa mempertimbangkan ketentuan Syariat Islam hanya akan menimbulkan resistensi terhadap penerapan standar hukum hak asasi manusia internasional dari umat Islam. Hal ini disebabkan oleh pengaruh yang cukup kuat dari Syariat yang diyakini

sebagai hukum Tuhan yang suci. Berdasarkan hal ini, diperlukan sebuah pendekatan yang bisa merekonsiliasi antara kedua klaim kebenaran dari pendekatan universalisme dan relativisme budaya.

Supaya pendekatan mediasi ini berhasil dalam masyarakat Islam Indonesia, pemahaman baru terhadap ayat-ayat *hudud* perlu dilakukan dengan menggunakan metodologi teori hukum Islam yang memadai. Terdapat tantangan yang besar untuk menafsirkan kembali ayat-ayat *hudud* dalam kerangka norma hak asasi manusia internasional tentang larangan perlakuan/hukuman kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat. Usaha tersebut dapat dijalankan melalui salah satu dari tiga langkah berikut: *pertama*, kembali pada ketentuan Al-Qur'an dan Hadits; *kedua*, hak untuk berijtihad atau ketidakbolehan *taqlid* (tunduk pada rumusan hukum Islam klasik); *ketiga*, pemahaman yang sesuai dengan Al-Qur'an dan Hadits, tanpa dicampuri oleh unsur-unsur yang tidak Islami.

Selama ini usaha untuk mereformasi hukum Islam mengalami tantangan terkait dengan manusia sebagai agen untuk memahami perintah suci sedangkan manusia adalah makhluk *profane* yang rentan akan kesalahan. Pada isu kedua, ijtihad tidak diperbolehkan pada *nash-nash qat'iy* (redaksinya jelas dan tegas dalam Al-Qur'an); sedangkan isu ketiga, terdapat kesulitan untuk menilai sampai di mana tingkat keislaman pemahaman yang dikemukakan.

Mayoritas muslim meyakini, dengan melihat arti zahirnya, bahwa seluruh ayat-ayat *hudud* adalah *nash qat'iy*, sehingga jenis-jenis hukuman yang ditetapkan seharusnya tidak dipertanyakan lagi. Akibatnya bisa diduga kalau formalisasi pendekatan lintas budaya dan reinterpretasi terhadap *hudud* tidak akan bisa membatalkan seluruh hukuman yang dianggap kejam, tidak manusiawi atau merendahkan martabat di negara muslim yang menerapkan hukum pidana Islam.

Meskipun begitu, ada hal-hal lain yang bisa dilakukan untuk mengontrol pelaksanaan hukuman-hukuman ini jika ditinjau dari teori hukum pidana Islam klasik. Banyak yang berpendapat bahwa penerapan hukum pidana Islam yang tepat adalah ketika kondisi ideal masyarakat telah terwujud. Kondisi ini dianggap terwujud jika nilai-nilai Islam seperti keadilan, tanggung jawab sosial dan kesejahteraan sosial telah masuk ke dalam sendi kehidupan masyarakat. Jadi, ketika bisa dibuktikan secara rasional bahwa pelaku kejahatan adalah produk dari problem sosial masyarakat, maka kepentingan si pelaku harus dipertimbangkan dan hukuman *hudud* bisa dihilangkan.

Terdapat banyak cara yang dapat dilakukan untuk membatasi penerapan hukum pidana Islam. Dengan memperketat persyaratan sosial ekonomi dan memperketat pelaksanaannya dengan menerapkan standar hukum pembuktian yang tinggi. Sumber-sumber ajaran Islam telah mengingatkan kita agar ekstra hati-hati dalam menjatuhkan hukuman pidana Islam. Nabi Muhammad SAW telah bersabda agar hukuman tidak dijalankan jika terdapat unsur *shubhat*, dan keutamaan dari berbuat salah karena tidak jadi menjatuhkan hukuman daripada berbuat salah karena telah menjatuhkan hukuman tapi ragu-ragu terhadap keputusan itu.

Ketentuan hukum pidana Islam dan hak-hak sipil sebenarnya bisa direkonsiliasi dengan cara, *inter alia*, mematuhi secara penuh asas-asas dan standar litigasi hukum pidana Islam sebagaimana ketentuan Al-Qur'an yang kemudian diteorisasikan oleh *fuqaha* klasik. Hal ini harus menjadi prioritas para perancang undang-undang jika norma-norma hukum pidana Islam dimasukkan dalam rancangan KUHP baru serta dipahami oleh aparat penegak hukum yang menangani pelanggaran pidana Islam.

Solusi ini akan menyebabkan implementasi kategori *ta'zir* karenanya Indonesia harus meningkatkan standar peradilan agama (dalam hal ini mahkamah syar'iyah di provinsi Nangroe Aceh Darussalam) supaya sesuai dengan ketentuan peradilan yang fair menurut hukum

hak asasi manusia internasional. Di samping itu, hukuman badan yang dijatuhkan atas dasar *ta'zir* bisa digantikan dengan jenis hukuman yang sesuai dengan standar KIHSP dan Konvensi Menentang Penyiksaan. Hal ini dimungkinkan karena *ta'zir* adalah kebijakan; negara bebas dalam menentukan jenis hukuman untuk 'mengobati' tatanan sosial yang cedera akibat pelanggaran/kejahatan. Jadi untuk pelanggaran terhadap Qanun Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariat Islam Bidang Aqidah, Ibadah dan Syiar Islam, Qanun Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minuman *Khamr*, dan sejenisnya dan Qanun Nomor 13 Tahun 2003 tentang Maisir (perjudian) atau Qanun-Qanun lain yang masih dalam tahap penyusunan sepanjang masuk dalam kategori pidana *ta'zir*, jenis hukuman yang diancamkan tidak harus berbentuk cambuk.²⁶

²⁶ Alfitri, Konflik Antara Ketentuan Hukum Pidana Islam dan Hak-Hak Sipil, *Jurnal Konstitusi*, Volume 7, Nomor 2, April, 2010, hlm. 133.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Alfitri, *Konflik Antara Ketentuan Hukum Pidana Islam dan Hak-hak Sipil*, Jurnal Konstitusi, Volume 7, Nomor 2, April, 2010.
- A. Baderin Mashood, *International Human Rights and Islamic Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- J. Coulson Noel, *The State and Individual in Islamic Law*, International and Comparative Law Quarterly, Volume 6, Number 78, 1957.
- B. Hallaq Wael, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- Khan, 'Juristic Classification of Islamic Law', *Houston Journal of International Law*, Volume 6, Number 23, 1983.
- Sarah Joseph, Jenny Schultz and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights*.
- M. Cherif Bassiouni, ed., *The Islamic Criminal Justice System*, Oceana Publications, London, New York, 1982.
- Muhammad 'Ata al-Sid Ahmad, *Islamic Criminal Law*, Kuala Lumpur, 1955.
- Peters Rudolph, *Crime and Punishment in Islamic Law: Theory and Practice from the Sixteenth to the Twenty-first Century*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- Topo Santoso, *Membumikan Hukum Pidana Islam: Penegakan Syariat dalam Wacana dan Agenda*, Gema Insani Press, Jakarta, 2003.

Sumber-sumber Lain :

- International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), *Adopted and Opened for Signature, Ratification and Accession by General Assembly Resolution, 2200A (XXI) of 16 December 1966*.

- Kekerasan terhadap Perempuan 2005: KDRT dan Pembatasan atas Nama Kesulitan” Komnas Perempuan ([http://www.komnasperempuan.or.id/public/naskah final catahun 2006.rtf](http://www.komnasperempuan.or.id/public/naskah%20final%20catahun%202006.rtf)).
- Kemal FasyaTeuku, ‘Hukum Cambuk dan Keadilan’, Kompas-Opini 25 Juni 2005 (<http://www.kompas.com/kompas-cetak/0506/25/opini/1839177.htm>).
- Sambo Masriadi, ‘*Massa Bersorban Bubarkan Pengunjung Pantai Lhokseumawe*’, Media Center Aceh - Aji, 25 Juni 2006, (<http://www.mediacenteraceh.org>).
- Komnas Perempuan, *Sebagai Korban dan Survivor*, Sebuah Laporan Temuan Dokumentasi Kondisi Pemenuhan HAM Perempuan Pengungsi Aceh’ (21 April 2006).
- Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 10 Tahun 2002 tentang Peradilan Syariah Islam.
- Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 11 Tahun 2002 tentang Pelaksanaan Syariah Islam Bidang Aqidah, Ibadah dan Syiar Islam.
- Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 12 Tahun 2003 tentang Minuman Khamar dan Sejenisnya.
- Qanun Provinsi Nanggroe Aceh Darussalam Nomor 13 Tahun 2003 tentang Maisir (perjudian).

PERDEBATAN SANKSI PIDANA HUKUM ISLAM DALAM PERSPEKTIF HAK ASASI MANUSIA

Rabith Madah Khulaili Harsya¹

A. Pendahuluan

Penerapan hukum pidana Islam yang mencakup *had*, *qishash*, dan *diyat* dianggap telah menyimpang dari prinsip penologi dan norma hak asasi modern. Hal ini, oleh mereka yang menolak pemberlakuan pidana Islam, disebabkan oleh watak dasar dari hukuman dalam pidana Islam yang terkesan sadis dan kejam, di samping adanya watak diskriminatif dalam aturan-aturan prosedural tertentu.²

Fenomena di atas sekaligus menunjukkan betapa pemahaman akan makna hukuman ataupun sanksi hukum, terutama hukuman mati, masih pada tataran tradisi klasik (barbar) yang dianggap sudah tidak relevan dengan kehidupan modern yang menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan (hak asasi manusia). Bahkan, konsep hukum pidana Islam, yang di dalamnya terdapat *qishash* dan *diyat* (*hudud*), oleh sebagian kalangan ahli hukum Barat dan juga Indonesia dianggap sebagai hukum yang merepresentasikan keterbelakangan nilai-nilai kemanusiaan, atau bahkan dianggap sebagai pelestarian tradisi masyarakat *jahiliah*.

Oleh karena itu, banyak pakar hukum dan hak asasi manusia yang menolak gagasan adanya hukuman mati sebagai hukuman pokok dalam sistem hukum positif modern. Penolakan ini didasarkan pada pertimbangan-pertimbangan antara lain *pertama*, hukuman mati adalah

¹ Rabith Madah Khulaili Harsya, S.H.I., Dosen Fakultas Tarbiyah Sekolah Tinggi Agama Islam Nahdlatul Ulama, Kebumen, Jawa Tengah.

² Lihat Ann Elizabeth Mayer, 'Ambiguitas Al-Naim dan hukuman pidana Islam' dalam Tore dan Kari Vogt (Ed), *Dekonstruksi Syari'ah* (II) (terj), cet. pertama, LKiS, Yogyakarta, 1996, hlm. 41.

hukuman yang kejam dan mengerikan, yang mengingatkan pada hukum rimba; *kedua*, hukuman mati tidak mampu memberantas tindak pidana atau tidak akan mampu menghalang-halangi seseorang untuk melakukan pembunuhan; *ketiga*, hukuman mati tersebut abadi, artinya apabila dilaksanakan maka tidak bisa diubah, meskipun jika di kemudian hari diketahui bahwa keputusan tersebut tidak memiliki dasar hukum yang kuat; *keempat*, hukuman mati berlawanan dengan kebebasan orang (pribadi) karena hidup manusia adalah milik pribadinya, yang esensial dan tidak bisa diganggu oleh orang lain.

B. Pembahasan

Berikut ini akan dipaparkan pandangan An-Naim terkait problem syari'ah dengan hak asasi manusia dan respon intelektual muslim.

(1) Pandangan An-Naim tentang Syari'ah dan Hak Asasi Manusia

Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia (*Universal Declaration of Human Rights*), selanjutnya disebut Deklarasi, yang disahkan Majelis Umum PBB pada tanggal 10 Desember 1948, berisi konsensus paling luas tentang hak asasi manusia. Hak asasi manusia pada dasarnya merupakan hak-hak yang diberikan langsung oleh Tuhan Yang Maha Pencipta (bersifat kodrati). Karenanya, tidak ada satu kekuasaanpun yang dapat mencabutnya.

Pasal 2 Deklarasi menyebutkan bahwa 'setiap orang mempunyai hak dan kebebasan-kebebasan yang tercantum dalam Deklarasi ini dengan tanpa perkecualian apa pun, seperti perbedaan bangsa, ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama, politik, asal usul kebangsaan atau kemasyarakatan, milik, kelahiran, ataupun kedudukan lain'. Pasal 4 berbunyi bahwa "Tiada seorang pun boleh diperbudak atau diperhamba; perbudakan dan perdagangan budak dalam bentuk apa pun harus

dilarang.³ Jika Pasal-pasal seperti ini dihadapkan dengan syari'ah, akan timbul problem yang cukup serius.

Problem itu salah satunya tampak pada aturan syari'ah yang masih mengakui perbudakan. Syari'ah mengakui perbudakan sebagai institusi, tetapi mengharuskan pembatasan sumber-sumber yang dapat menambah perbudakan, memperjuangkan mereka, dan mendorong pembebasannya dengan berbagai cara. Akan tetapi, tidak ada ayat yang secara tegas melarangnya.⁴ Problem lainnya adalah adanya aturan syari'ah yang diskriminatif terhadap perempuan dan non-muslim dalam hampir setiap bidang kehidupan, seperti bidang muamalah dan *siyasah, munakahat, jinayat*, dan waris.⁵

Sehubungan dengan problem ini, An-Na'im menyarankan agar syari'ah direformasi dengan tetap memakai sudut pandang Islam, bukan berdasar pada landasan sekuler.⁶ Persoalannya, apa mungkin melakukan pembaruan syari'ah. Di kalangan kaum muslimin terdapat perbincangan mengenai kesakralan dan kemutlakbenaran syari'ah, yang berimplikasi pada tidak mungkinnya dilakukan pembaruan terhadapnya.

Bagi yang berpandangan bahwa keseluruhan syari'ah bersifat sakral dan mutlak benar, maka syari'ah bersifat abadi dan tertutup dari kemungkinan pembaruan, bagaimanapun keadaannya karena syari'ah dipahami sebagai konsep final yang harus diberlakukan apa adanya dalam semua keadaan. Sebaliknya, bagi orang yang meyakini adanya

³ Peter Baehr dkk, *Instrumen Internasional Pokok-pokok Hak Asasi Manusia*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2001, hlm. 279.

⁴ *Surat al-Anfa1 (4):36, mewajibkan berbuat baik kepada budak: Budak sebagai mustahiq zakat* (QS. Al-Taubah: 60), pembebasan budak sebagai penebus dosa keagamaan (QS. al-Nahl: 92 dan QS. al-Mujadalah: 3), tebusan bagi yang banyak dosa (QS. al-Balad: 11-13), dan sebagai tanda kesempurnaan iman (QS. al-Baqarah:177).

⁵ Salah satu contohnya adalah dalam masalah perkawinan, waris, dan persaksian yang berbeda haknya antara muslim di satu pihak dengan perempuan; muslim dan nonmuslim, di pihak lain. Secara lebih rinci dapat dilihat pada kajian tentang hukum perdata Islam.

⁶ An-Na'im, *Toward an Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse University Press, New York, 1990, hlm.10.

aspek syari'ah, walaupun tidak keseluruhannya, yang merupakan produk penafsiran (ijtihad), maka syari'ah dipandang sebagai sesuatu yang bersifat nisbi (relatif), dan karenanya sangat terbuka untuk menerima penafsiran baru yang kontekstual sesuai dengan perkembangan zaman.⁷

An-Na'im berpandangan bahwa syari'ah merupakan produk sejarah. Ia bersifat nisbi dan tidak seluruhnya langsung diwahyukan Allah Swt. Oleh karena itu, syari'ah sangat mungkin untuk diperbarui, bahkan niscaya sekiranya syari'ah ingin tetap relevan dengan kebutuhan masyarakat kontemporer. Reformasi syari'ah merupakan hal yang niscaya. Karena bila tidak, umat Islam hanya mempunyai dua pilihan: tetap menerapkan syari'ah meskipun tidak memadai atau meninggalkannya untuk mendukung hukum sekuler.⁸

Bagi An-Na'im, kedua pilihan ini tidak ada yang memuaskan. Pilihan pertama, secara moral tidak dapat diterima dan secara politik tidak dapat dipertahankan. Secara moral tidak dapat diterima karena syari'ah mengandung ajaran yang merendahkan dan menghina perempuan dan non-muslim; demikian juga secara politik karena kelompok non-muslim tidak dapat menerima dan memahami keharusan melaksanakan hukum syari'ah tersebut. Adapun pilihan kedua, secara prinsip tidak dapat disetujui karena melanggar kewajiban fundamental agama yang menuntut untuk menjalankan syari'ah dalam seluruh aspek kehidupan.

Salah satu pilihan yang mungkin adalah memperbarui aspek-aspek tertentu dari syari'ah yang relevan dengan kehidupan kontemporer. Akan tetapi, masalahnya adalah bahwa syari'ah sendiri mengandung ajaran yang absolut, di samping yang relatif yang dapat diperbarui. Persoalannya kemudian adalah bagaimana membedakan, kalau mungkin memisahkan, aspek syari'ah yang sakral dan tidak dapat diperbarui dengan aspek lainnya yang tidak sakral dan dapat diperbarui.

⁷ Baharuddin Lopa, *Al-Qur'an dan Hak-hak Asasi Manusia*, Dana Bhakti Prima Yasa, Yogyakarta, 1996), hlm. 79.

⁸ An-Na'im, *op. cit.*, hlm.10.

Menurut Harun Nasution, ajaran dasar yang bersifat absolut, kekal, dan tidak dapat berubah adalah yang terdapat di dalam Al-Qur`an dan Sunnah, sedangkan ajaran yang bersifat nisbi dan dapat berubah sesuai dengan perkembangan zaman dan perubahan tempat, adalah hasil ijtihad atau pemikiran ulama atas ajaran dasar tersebut. Hasil ijtihad ini dapat ditemukan dalam berbagai buku, seperti tafsir, hadis, fikih atau hukum Islam, ilmu tauhid atau teologi Islam, ilmu tasawuf atau mistisisme Islam, dan lain sebagainya.⁹

Para pembaru, seperti Muhammad Abduh dan muridnya, seperti Qasim Amin dan Taha Husein, berpendapat bahwa yang sakral dan abadi adalah ajaran dasar yang dibangun oleh nas yang *qath'i* (pasti benar), sedangkan yang tidak sakral dan dapat diperbarui adalah ajaran bukan dasar, yakni yang diperoleh dari nas yang *zhanni* (relatif benar). Berbeda dengan hal tersebut, Rasyid Ridla, murid Abduh lainnya, berpendapat bahwa semua ajaran yang didasarkan pada firman Allah bersifat sakral, tidak dapat diperbarui.¹⁰

Berbeda dari pemikiran para pembaru tersebut, An-Na'im berpendapat bahwa seluruh dalil tersebut yang penting dipelihara. Selain yang berkenaan dengan ibadah ritual adalah nilai yang terkandung di dalam nas tersebut, semacam nilai keadilan, persamaan, dan kemerdekaan. Adapun yang harus tetap abadi adalah komitmen dalam memegang sumber-sumber Islam. Oleh karena itu, bagi An-Na'im, sejauh masih dalam kerangka Islam atau masih berada dalam bingkai Al-Qur`an dan Sunnah, pembaruan syari'ah selalu mungkin untuk dilakukan. Sebaliknya, pembaruan yang tidak berangkat dari sumber-sumber Islam, sebagaimana diajukan kaum muslimin sekuler, tidak dapat diterima, dan oleh An-Naim

⁹ Harun Nasution, *Hukum Islam dan Signifikansinya dalam Kehidupan Masyarakat Modern*, IAIN SU, Sumatera Utara, 1995, hlm. 122.

¹⁰ Karena perbedaan ini, kelompok Abduh disebut sebagai pembaharu dan kelompok Ridla disebut pembaharu *tradisional* (Harun Nasution pada perkuliahan Program Pascasarjana IAIN Sumatera Utara Medan, 26 Desember 1996).

dianggap bukan merupakan jawaban Islam.¹¹

Menurut An-Na'im, pembaruan syari'ah seyogianya tetap berpijak pada sumber-sumber Islam yaitu Al-Qur'an dan Sunnah, tetapi dengan interpretasi yang sesuai dengan isi dan misinya. An-Na'im merujuk pendapat gurunya, Mahmoud Taha, bahwa pembaruan dan perkembangan syari'ah dapat dilakukan dengan melakukan perpindahan dari satu nas ke nas lain (*al-intiqal min nashsh ila nashsh*), dari satu ayat/hadis ke ayat/hadis lain, atau perpindahan dari satu nas yang cocok untuk masa lalu kepada nas lain yang cocok untuk masa kini dan mendatang, begitu pula sebaliknya.¹² Bagi mereka, kesempurnaan syari'ah bukan terletak pada bentuknya yang final, melainkan pada kemungkinannya untuk terus menerima perubahan dan perkembangan. Konsekuensinya, sangat dimungkinkan adanya nas Al-Qur'an dan atau hadis yang tidak dipakai pada masa tertentu karena dianggap tidak relevan dengan kebutuhan zamannya.

Nas yang tidak dipakai itu boleh jadi berupa ayat-ayat dan atau hadis-hadis yang selama ini dinilai *qath'i* dari sisi *wurud* (keberadaan) dan *dalalah* (pemahaman dan penunjukan maknanya). Dengan demikian, bagi An-Na'im, pembaharuan syari'ah bukan hanya mungkin, melainkan harus, ketika formula syari'ah yang ada dianggap sudah tidak memadai. Pembaharuan itu sendiri tidak terbatas pada masalah yang belum ada nasnya, tetapi boleh jadi yang sudah ditunjuk dalam ayat-ayat Al-Qur'an, bahkan yang bernilai *qath'i*, sepanjang hasilnya sesuai dengan esensi tujuan risalah Islam.¹³

Keberadaan syari'ah sampai pada bentuknya yang sekarang berkembang karena problem yang muncul di sekitarnya. Sepanjang sejarah, para ulama selalu berupaya merespon berbagai macam problem

¹¹ An-Na'im, *op. cit.*, hlm. 9-10.

¹² Mahmoud Muhammad Taha, *Al-Risalat al-Tsaniyat min al-Islam*, (ttp.tp.), dalam edisi Inggris *The Second Message of Islam by Ustadz Mahmoud Muhammad Taha*, Syracuse University Press, New York, 1987, hlm. 9.

¹³ An-Na'im, *op. cit.*, hlm. 28-29.

sekaligus mencari jawabannya di dalam Al-Qur`an dan Sunnah, dengan melakukan interpretasi atau reinterpretasi terhadapnya. Semakin serius problem yang muncul, semakin radikal interpretasi yang harus dilakukan. Sekali saja hukum syari'ah tidak dapat memberi jawaban terhadap problem yang muncul, maka akan menciptakan peluang bagi berkembangnya hukum sekuler sebagai penggantinya. Oleh karena itu, menurut An-Na'im yang harus dilakukan adalah melakukan revisi fundamental terhadap asumsi dasar dan orientasi syari'ah historis, kemudian merumuskannya kembali berdasarkan kriteria objektif dan adil, tanpa ada diskriminasi gender ataupun agama.¹⁴

Pandangan An-Na'im tersebut berbeda dengan kecenderungan pemikir Islam lain, yang berpendapat bahwa norma-norma hukum modern yang harus direvisi, bukan syari'ahnya. Sebaliknya, An-Na'im menyarankan justru syari'ahnya yang harus direvisi dari sudut pandang Islam, untuk memelihara hak asasi manusia universal. Inilah bagian dari pemikiran kontroversial An-Na'im. Untuk lebih memperjelas posisi An-Na'im dan gagasan yang diajukannya, berikut ini akan dikaji bagaimana respon muslim mengenai problem syari'ah dalam kaitannya dengan berbagai persoalan modernitas, termasuk di dalamnya tentang hak asasi manusia.

(2) Respon Muslim Kontemporer

Respon kalangan intelektual muslim dalam menanggapi problem syari'ah dapat dikelompokkan menjadi tiga, yaitu (1) tetap berpegang teguh pada aturan-aturan yang ada dalam tradisi syari'ah dan menolak dengan tegas terhadap otoritas hukum yang berlawanan dengannya;¹⁵ (2)

¹⁴ *Ibid.*, hlm.123.

¹⁵ Dengan alasan bahwa syari'ah merupakan aturan Tuhan yang harus diikuti dan dilaksanakan, penolakan dan penyimpangan terhadap syari'ah merupakan pembangkangan terhadap Tuhan. Mereka dikategorikan sebagai *kafirun*, *dzalimun*, dan *munafiqun*. Ini merupakan tuntutan ideologis sebagai seorang muslim.

berpegang pada prinsip-prinsip hukum modern, meninggalkan aturan syari'ah;¹⁶ (3) berusaha mencari jalan untuk mengompromikannya.¹⁷

Dari ketiga alternatif tersebut, yang realistis dan lebih simpatik adalah respon ketiga, yang berusaha mencari kompromi antara syari'ah dan hukum internasional, konstitusionalisme, hukum publik, ataupun hak asasi manusia; mengingat komunitas Islam tidak bisa bersikap apriori atau mengasingkan diri dari pergaulan masyarakat internasional, dan pada saat yang sama mereka pun tidak dapat mengabaikan begitu saja ketentuan-ketentuan syari'ah. Di dalam upaya mempertemukan syari'ah dengan hukum internasional terdapat beberapa alternatif pemikiran. Marchel A. Boisard menawarkan pemikiran agar umat Islam dapat menerima hukum internasional dengan meyakinkan umat Islam, meskipun tidak didukung oleh data historis yang kuat bahwa hukum internasional sebenarnya merupakan hasil dari pengaruh Islam. Ada yang menyatakan bahwa antara keduanya saling melengkapi. Di samping itu, ada juga yang mengatakan bahwa hukum internasional merupakan bagian dari khazanah kemanusiaan yang tidak memerlukan justifikasi Islam terhadapnya.

Betapapun ketiga pemikiran tersebut telah berusaha merukunkan keduanya, dengan menyadari agar satu sama lain saling menerima dan memberi hak untuk hidup dan berkembang, tetapi ketiganya tidak memberikan perspektif yang jelas mengenai jalan keluar yang dimaksudkan ketika syari'ah dan hukum internasional berlawanan satu sama lain. Pada konteks ini, An-Na'im sendiri berpendapat bahwa ia dapat menghormati konsistensi para pendukung syari'ah, tetapi ia tidak setuju terhadap sikap

¹⁶ Dengan alasan bahwa *syari'ah* tidak memberikan persamaan konstitusional dan hukum kepada warga negara non-muslim dan perempuan, sebagaimana yang diberikan kepada warganya yang muslim dan kepada laki-laki. Status dan hak non-muslim dan perempuan di bawah hukum publik sekuler lebih tinggi dari pada di bawah syari'ah. Sistem ini lebih realistis dengan tuntutan global.

¹⁷ Artinya, mencari solusi dengan melakukan interpretasi terhadap syari'ah yang kondusif dengan hukum modern, tanpa harus melanggar sumber dan esensi syari'ah itu sendiri. Inilah yang ingin dilakukan oleh An-Na'im.

mereka yang bersikeras untuk menerapkan syari'ah dengan mengabaikan problem-problem yang mungkin muncul dari perkembangan hukum modern. Sebagai bagian dari masyarakat dunia, negara-negara yang mendasarkan diri pada syari'ah, juga dituntut untuk menaati berbagai konsensus internasional dalam kerangka menjalin hubungan dan kerja sama bilateral maupun multilateral.

Menurut kajian John O. Voll, terdapat tiga tema pembaharuan pemikiran (*tajdid-ishlah*) yang muncul pada masa-masa utama dalam sejarah Islam, baik pada masa pra-modern maupun masa modern, yaitu (1) kembali kepada Al-Qur'an dan Sunnah dengan menerapkannya secara ketat dan sempurna; (2) penegasan hak untuk lebih menggunakan ijtihad (pemikiran hukum secara mandiri) daripada taklid (mengikuti secara buta pandangan dan ketentuan-ketentuan para imam mazhab terdahulu; dan (3) penegasan kembali ke keaslian (otentisitas) dan keunikan-keunikan pengamalan Al-Qur'an.¹⁸

Kembali kepada Al-Qur'an dan Sunnah merupakan respon para pembaharu terhadap berbagai krisis dan problem yang dihadapi. Gaung seruan ini sudah terdengar sejak abad ke-9 Masehi, meskipun fokus dan penekanan gerakannya berbeda-beda, tergantung pada situasi yang dihadapi. Mereka mengatakan bahwa kaum Muslimin, baik sebagai individu maupun sebagai bagian dari komunitas, harus berpegang teguh dan relatif tekstual pada Al-Qur'an dan Sunnah Nabi. Segala sesuatu yang berfungsi berlawanan atau mengurangi ketaatan terhadapnya, harus ditepis oleh proses *tajdid* dan *islah* melalui kerja ijtihad.

Kaum pembaru umumnya menyatakan berhak mengkaji dan melakukan pertimbangan langsung terhadap Al-Qur'an dan Sunnah. Oleh karena itu, sejalan dengan seruan kembali kepada kedua sumber

¹⁸ John O Volt, "Pembaharuan dan Perubahan dalam Sejarah Islam: *Tajdid dan Ishlah*" dalam John L. Esposito (ed.), *Dinamika Kebangkitan Islam*, Rajawali Press, Jakarta, 1987.

pokok Islam itu, diserukan pula agar membuka pintu ijtihad.¹⁹ Menurut mereka, keharusan ijtihad merupakan konsekuensi dari kehendak menerapkan Al-Qur`an dan Sunnah; karena pembumian keduanya menuntut dilakukannya kerja pikir ini. Ijtihad diyakini sebagai bagian penting dari proses tajdid dan islah. Bagi mereka, ijtihad bukan hanya kegiatan intelektual, melainkan juga sebagai upaya pembaruan terhadap berbagai kondisi dan institusi-institusi yang berlaku dalam masyarakat Islam, yang dianggap sudah tidak relevan. Oleh karena itu, tema kembali kepada Al-Qur`an dan Sunnah serta keharusan ijtihad merupakan dasar bagi revolusi pemikiran atau gerakan yang secara bersamaan tetap berakar pada khazanah dan cakrawala Islam.²⁰

Penegasan akan kemestian kembali dan berpegang pada keaslian dan keunikan pesan Al-Qur`an merupakan kerangka dasar bagi tradisi ijtihad dan islah yang secara operasional mendorong dilakukannya ijtihad. Al-Qur`an dan Sunnah dipertahankan sebagai tuntunan Tuhan yang asli, lengkap, dan universal, yang dapat diterapkan dalam kehidupan manusia sepanjang zaman. Maka, ijtihad diperlukan dalam rangka menerapkan secara tepat amanat Al-Qur`an agar tidak sampai meminjam tradisi-tradisi non-Islam dalam mengamalkan dan mengembangkan prinsip-prinsip Islam.²¹

Pada dasarnya, An-Na'im setuju terhadap tiga tema pembaharuan yang dilukiskan oleh John O. Voll tersebut, yakni penerapan Al-Qur`an dan Sunnah secara sempurna, penggunaan ijtihad, dan penegasan kembali otentisitas Islam. Akan tetapi, An-Na'im melihat ada masalah pokok ketika kriteria ini diterapkan dalam konteks modern, yakni penerapan Al-Qur`an dan Sunnah selalu melibatkan interpretasi manusia. Oleh karena

¹⁹ N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1991, hlm. 80-81 dan Joseph Sehaeht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, London 1971, hlm. 69-70.

²⁰ Amrullah Ahmad dkk., *Dimensi Hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional*, Gema Insani Press, Jakarta 1996, hlm. 15.

²¹ Al-Syathibi, *Al-Muwafaqat fi ushul Al-Ahkam*, Dar Al-Fikr, tt, tth, juz II, hlm. 285.

itu, diperlukan adanya ketentuan bagi interpretasi dan upaya penerapan Al-Qur`an dan Sunnah, dalam kaitannya dengan realitas kehidupan sosial, ekonomi, dan politik kaum muslimin sekarang ini. Penegasan otentisitas Islam juga merupakan interpretasi sehingga diperlukan definisi mengenai apa yang dimaksud dengan islami dan tidak islami. Ketika ditetapkan bahwa kriteria islami adalah sesuai dengan totalitas Al-Qur`an dan Sunnah, kata An-Na'im masih terdapat masalah karena ayat-ayat Al-Qur`an dan Sunnah tertentu tidak sesuai satu sama lainnya. Masalah inilah yang dijawab dan diselesaikan oleh An Na'im dengan metode *nasakh* (menghapus).

Di beberapa negeri Muslim, pembaharuan hukum resmi telah dilakukan sejak pertengahan abad ke-19. Pembaharuan tersebut dapat dikelompokkan ke dalam dua model yaitu *pertama*, mengganti syari'ah dengan hukum sekuler dalam bidang hukum perdagangan, sipil, konstitusi, dan hukum pidana. Sebagian besar dunia Islam hanya melaksanakan hukum syari'ah dalam hukum keluarga dan waris;²² dan *kedua*, memperbarui hukum keluarga dan waris syari'ah melalui cara-cara berikut:

1. *Takhshish al-qadha`*, yaitu memberikan hak progresif kepada penguasa untuk memutuskan dan mengukuhkan keputusan pengadilan dalam membatasi penerapan syari'ah pada persoalan perdata bagi umat Islam, dengan tidak mengubah substansi aturan syari'ah yang relevan, seperti hukum Mesir tahun 1931 yang mensyaratkan usia 18 tahun bagi laki-laki dan 16 tahun bagi perempuan untuk dapat melangsungkan pernikahan. Upaya ini dimaksudkan untuk menghalangi terjadinya pernikahan antar anak. Upaya yang sama juga dilakukan oleh Pemerintah Indonesia melalui Undang-

²² Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries, History, Text, and Comparative Analysis*, Academy of law and Religion, New Delhi, 1987, hlm. 3.

Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

2. *Takhayyur*, yaitu kebolehan menyeleksi dan mengamalkan berbagai pendapat mazhab fikih tertentu, yang dalam literatur fikih disebut dengan *talfiq*. Contohnya, pengadilan di Sudan diizinkan menyimpang dari aturan mazhab Hanafi (berdasarkan kebutuhan), atau di Indonesia dengan ditetapkannya Kompilasi Hukum Islam (KHI) pada tahun 1991.
3. Penafsiran kembali terhadap hukum syari'ah. Hal ini untuk membatasi pria melakukan perceraian dan poligami. Contohnya hukum pernikahan di Tunisia 1956 yang menyatakan bahwa perceraian baru sah dengan adanya keputusan pengadilan. Hal yang sama dilakukan di Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 dan KHI Tahun 1991.
4. *Siyasah syar'iyah*, yaitu pembaharuan melalui kebijakan penguasa untuk menerapkan aturan-aturan administratif yang bermanfaat dan tidak bertentangan dengan syari'ah. Misalnya kebijakan untuk memaksakan prinsip umum syari'ah yang mengharuskan istri taat kepada suami, pencatatan pernikahan, dan perizinan bagi suami untuk memaksa istri menaatinya.

Pembaruan dilakukan dengan berbagai keputusan pengadilan melalui cara-cara yang digunakan dalam tradisi hukum adat. Dalam hal ini, pengadilan berhak menggunakan atau menolak pandangan para ahli hukum yang ada, tetapi bukan untuk menolak aturan syari'ah yang berdasarkan Al-Qur'an dan Sunnah yang sudah jelas dan pasti. Ini dilakukan di India dan beberapa negara bekas koloni Inggris lainnya.²³

²³ JND. Anderson, *Islamic Law in The Muslim*, New York University Press, New York, 1956, hlm. 43-82; dan An-Na'im, *op. cit.*, hlm. 44-46.

Dalam pandangan An-Na'im, berbagai upaya pembaharuan syari'ah tersebut hanya sebagai modifikasi syari'ah yang tidak memberikan perspektif apapun dalam menyelesaikan konflik syari'ah dengan hukum modern dan implikasi penerapannya di negara-negara modern saat ini. Bahkan, metode ijtihad dan teknik-tekniknya dinilai sudah tidak memadai untuk menyelesaikan masalah-masalah tersebut.²⁴

Padahal, kunci dan respon intelektual muslim yang dibutuhkan dalam menghadapi berbagai persoalan aktual tersebut, selain tetap konsisten terhadap keaslian dan keunikan pesan Al-Qur'an adalah dengan membuka pintu ijtihad. Inilah yang diyakini oleh kalangan pembaharu sampai saat ini. Bahkan lebih dari itu, An-Na'im melihat bahwa ijtihad itu sendiri perlu direformasi karena sudah tidak memadai lagi bagi pemecahan persoalan syari'ah kontemporer. Menurut An-Na'im problem syari'ah saat ini sangat serius, dan tidak dapat dipecahkan hanya dengan ijtihad belaka.

Meskipun di dalam sejarah perkembangan hukum Islam ijtihad telah menunjukkan perannya secara nyata, khususnya selama abad VIII dan XIX Masehi, tetapi dalam perkembangan selanjutnya peran itu tampak semakin mengecil dan cenderung punah, yaitu ketika syari'ah dirasa sudah mapan sebagai suatu sistem perundang-undangan dan pengembangan prinsip-prinsipnya dipandang sudah cukup. Dalam sejarah hukum Islam, fenomena ini disebut sebagai periode taklid, atau periode kemunduran ijtihad.²⁵

Sejak abad ke-10 hingga sekarang, kebanyakan kaum muslim meyakini bahwa pintu ijtihad sudah tertutup. Namun sejalan dengan

²⁴ *Ibid.*, hlm.46.

²⁵ Secara harfiah ijtihad berasal dari *al-jahdu* atau *al-juhdu* yang berarti *almasyaqah* (kesulitan) dan *al-thaqah* (kekuatan), atau istilah lain yang searti dengan itu. Secara teknis diartikan sebagai upaya pencurahan segenap kemampuan pikir seseorang dalam mengeluarkan hukum-hukum *syari'ah* yang bersifat *furu'* dari dalil-dalilnya. Dalam arti ini, ijtihad berfungsi untuk memberikan jawaban terhadap permasalahan aktual, ketika Al-Quran dan Sunnah tidak menjelaskannya.

itu, banyak ulama kontemporer yang berusaha membukanya kembali. Ibnu Taimiyah misalnya,²⁶ termasuk salah seorang pemuka Islam yang paling vokal dalam menentang taklid, dan menyuarakan semangat untuk menegakkan kembali hak melakukan ijtihad. Sebenarnya, Islampun menyeru kaum muslim agar kembali ke pangkal syari'ah Islam, yaitu Al-Qur`an dan Sunnah, dan menuntut penerapan syari'ah secara total dalam kehidupan publik maupun pribadi.²⁷ Ibnu Taimiyah, juga tokoh-tokoh yang muncul setelahnya, meyakini bahwa ijtihad merupakan konsep ampuh yang dapat menyelesaikan problem kaum Muslimin berkaitan dengan penerapan syari'ah pada era modern.

Kemudian, salah satu masalah yang sangat penting dan banyak mendapat perhatian dalam hukum pidana Islam adalah soal hukuman. Hal ini dikarenakan adanya pro dan kontra terkait hukuman tersebut dengan hak asasi manusia. Salah satu pihak berpendapat bahwa sanksi hukum pidana Islam dianggap kejam dan melanggar hak asasi manusia. Namun di pihak lain berpendapat sebaliknya, sanksi hukum pidana Islam tidak melanggar hak asasi manusia.

Kelompok pertama, dalam hal ini kebanyakan para orientalis mengatakan bahwa dengan menggunakan standar-standar manusia,

²⁶ w. 728/1328 H)/53. Ia dilahirkan pada 1263 M, lima tahun setelah Bagdad, ibu kota pemerintahan Islam jatuh ke tangan tentara Mongolia (1258), yang sekaligus menandai berakhirnya pusat kekuasaan Islam. Situasi sosial umat Islam saat itu mendorong Ibnu Taimiyah sering terlibat kontroversi dalam berbagai isu teologis, hukum politik yang tak jarang mengantarkannya ke penjara dan belakangan menjadikannya sebagai tokoh yang disegani.

²⁷ Semangat dan langkah ini dilanjutkan dan dikembangkan oleh generasi berikutnya, Muhammad bin Abdul Wahab (1703-1787) di Arabia dan Syah Waliyullah (17-3-1762) di India. Setelah itu, semangat pembaharuan di dunia Islam terus menggelinding dari waktu ke waktu, dan memperoleh momentumnya pada permulaan dan sepanjang abad ke-20, dengan hadirnya para pemikir dan pembaharu Islam, seperti Jamaluddin al-Afghani (dari Afghanistan), Tahtawi, Muhammad Abduh, Rasyid Ridha, Hasan al-Banna dan Sayid Qutub (dari Mesir), Muhammad Iqbal dan Maulana Sayid Abdul Ala al- Maududi (Indo-Pakistan), Malik bin Nabi' dan Syeikh Ibrahim Aljazairi (Aljazair), termasuk yang datang belakangan seperti Fazlur Rahman (Pakistan). Untuk memperaleh gambaran kebangkitan Islam sepanjang abad ke-20, berikut tokoh-tokoh dan sifat kebangkitannya dapat dilihat dalam Esposito (ed.), *loc. cit.*

hukuman-hukuman dalam hukum pidana Islam adalah tidak manusiawi. Di bawah syari'ah, kejujuran, kewajaran, keadilan, kebenaran, dan seterusnya hanya memainkan peran yang rendah. Ide tentang kesalahan pidana sangat tidak memadai. Prosedur hukum di bawah Islam sangat sulit untuk disebut tidak berpihak atau adil terutama muncul dalam pembuktian.²⁸

Hak asasi manusia menurut mereka tidak ditemui dalam syari'ah (yang hanya memberikan kewajiban asasi), tetapi hanya dijumpai dari akal manusia, argumen-argumen rasional dan pemikiran yang kritis. Dan ide-ide tersebut dibangun dalam peradaban Barat, khususnya dari para filsuf. Ketentuan agama juga dianggap sebagai halangan bagi manusia untuk hidup bebas. Dalam lapangan seksualitas misalnya, secara tegas Islam melarang perzinaan, di mana hal ini dipandang terlalu jauh masuk dalam urusan pribadi seseorang.

Muhammad Iqbal Shiddiqi, mewakili kelompok kedua, melihat bahwa kritik-kritik Barat yang dilancarkan terhadap hukuman perzinaan bukan semata karena mereka tidak suka terhadap ide hukuman fisik, tetapi lebih karena perasaan moral (*moral sense*) mereka yang belum terbangun seutuhnya.

Pertama, karena mereka memandang perzinaan (*fornication*) sebagai sesuatu yang *indecent*; mereka melihat sebagai sesuatu yang menyenangkan, sebagai sesuatu yang biasa yang menyenangkan kedua pelakunya sesaat saja. Oleh karena itu, mereka ingin agar hukum menoleransi perbuatan tersebut dan tidak memandangnya sebagai perbuatan yang serius, kecuali jika dilakukan dengan paksaan. Konsekuensi dari pandangan ini adalah bahwa hukuman bagi pelaku zina yang diancamkan oleh hukum pidana Islam dianggap sangat kejam. Namun kata Shiddiqi, jika perasaan moral dan sosial telah terbangun,

²⁸ Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam*, As-Syamir Press, Bandung, 2000, hlm. 96.

mereka akan menyadari bahwa perzinaan, baik dilakukan dengan paksaan ataupun sukarela, baik oleh orang yang terikat pernikahan ataupun tidak, merupakan suatu kejahatan sosial yang akan mempengaruhi masyarakat secara keseluruhan.²⁹

Kedua, kritik terhadap hukuman dalam Islam bisa juga disebabkan karena tidak disadarinya alasan spiritual dari hukuman tersebut. Hukuman tidak dijatuhkan secara kejam oleh seseorang kepada orang lain, melainkan merupakan suatu pelaksanaan dari ketentuan Allah terhadap hamba-hamba-Nya yang melanggar aturan-aturan-Nya. Ketaatan kepada hukum Allah adalah karakter dasar bagi masyarakat Muslim yang benar.

C. Hak Asasi Manusia dan Hukum Pidana Islam

(1) Aspek Perlindungan Hak Asasi Manusia dalam Hukum Pidana Islam

Agama dengan keunikannya, yakni iman, Islam, dan ihsan atau akidah, syariat, dan akhlak adalah murni diperuntukkan bagi umat manusia. Tidak ada sedikit pun kepentingan Tuhan di dalamnya karena Tuhan memang tidak punya kepentingan sekecil apa pun dalam hal tersebut.

Oleh karena itu, setiap ketentuan agama, termasuk hukum pidana akan bertumpu pada pemenuhan serta perlindungan hak dan kepentingan manusia. Di kalangan para ulama dikenal istilah *maqashid asy-syariah*, yaitu tujuan hukum Islam yang mencakup perlindungan terhadap lima hal yang menjadi tonggak keberadaan manusia, yakni agama (akidah), nyawa, akal, nasab atau harga diri dan keluarga, dan harta benda.³⁰

Dengan demikian, pertanyaan seperti sejauh manakah hukum

²⁹ Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal Law of Islam*, Kazi Publication, Lahore, 1985, hlm. 31.

³⁰ Shabhi Mahmashani, *Falsafatu al-Tasyri fi al-Islam*, Dar al-Kasyayaf, t.t., 1952. Dibandingkan dengan pernyataan Khalid Mas'ud dalam memberikan judul bukunya mengenai pemikiran al-Syathibi sebagai berikut, *Islamic legal philosophy: A Study of Abu Ishak al-Syathibi's Life and Thought*, International Islamic Publishers, Delhi 1989, hlm. 325-325.

pidana Islam dapat melindungi hak-hak asasi manusia, tidak perlu muncul di tengah umat yang meyakini kebenaran agama tersebut. Namun demikian, pertanyaan tersebut menemukan relevansinya karena didukung oleh berbagai faktor, di antaranya yang terpenting ialah (1) perbedaan pandangan antara agama dengan pandangan umum yang berkembang dalam melihat hak asasi manusia serta dasar filosofinya; dan (2) perhatian terhadap Islam yang menitikberatkan pada hukum pidananya. Kedua faktor ini tidak hanya melahirkan tanda tanya bagi sebagian orang terkait hukum pidana Islam dengan hak asasi manusia, bahkan telah melahirkan sikap apriori dari sebagian umat Islam terhadap hukum Islam secara keseluruhan.³¹

Bahwa Islam menyatakan secara eksplisit sangat menghormati harkat manusia adalah jelas. Namun, dalam melihat manusia, Al-Qur`an telah menggabungkan dua sisi yang bertolak belakang dari makhluk ini. Manusia dianggap sebagai makhluk yang sangat mulia, tetapi pada saat yang sama ia juga dianggap sebagai makhluk yang sangat hina.

Jika mendengarkan kisah Al-Qur`an tentang Malaikat yang bersujud di hadapan Adam a.s., maka kita tahu betapa mulianya makhluk ini. Akan tetapi, ketika mendengarkan Al-Qur`an berkali-kali mengingatkan manusia akan asal usulnya, maka dapat diketahui betapa tidak berharganya makhluk ini karena berasal dari air yang memancar dari tulang rusuk.

Kedua sisi yang bertolak belakang ini diperintahkan agar dipelihara secara seimbang. Manusia bisa menjadi besar dan sombong kalau tidak melihat sisi kehinaannya, dan sebaliknya bisa menjadi kerdil dan tidak berdaya kalau tidak ingat akan sisi kemuliaannya. Oleh karena itu, Al-Qur`an tidak hanya mengutuk Fir'aun yang sombong, tetapi juga mengutuk kaumnya yang lemah dan tidak punya keberanian untuk melawannya.

³¹ Harun Nasution dan Bachtiar Effendi (peny.), *Hak Asasi Manusia dalam Islam*, Pustaka Firdaus, Jakarta 1995, hlm. 66.

Kedua sisi manusia yang bertolak belakang ini juga diterjemahkan oleh agama melalui tatanan hukumnya. Ketika seorang manusia tidak bersalah, maka hak dan martabatnya dianggap suci dan harus dilindungi secara penuh. Sebaliknya, ketika kesalahan seseorang sampai pada kejahatan *qishash* atau *hudud*, maka satu persatu dari sendi-sendi kemuliaannya itu runtuh, kemudian diperlakukan oleh hukum berdasarkan sisi kehinaannya.

Ia tidak lagi dipandang sebagai anggota masyarakat yang berguna. Tetapi sebaliknya, ia ibarat anggota tubuh yang terpaksa harus diamputasi demi keselamatan tubuh itu sendiri. Oleh karena itu, Al-Qur'an melarang kita menaruh rasa iba kepada pezina yang dijatuhi hukuman cambuk ataupun rajam karena ia memang tidak lagi berhak mendapatkan rasa iba. Akan tetapi, di sisi lain keluarlah anggapan bahwa sanksi hukum pidana Islam (hukuman mati, potong tangan, cambuk) adalah kejam dan tidak manusiawi. Hal ini dikarenakan tidak adanya keyakinan akan sisi kehinaan manusia sehingga ia dipandang sebagai makhluk yang mulia selamanya dalam keadaan apa pun.³²

Dengan menggabungkan dua sisi manusia yang bertolak belakang ini, maka sanksi hukum pidana Islam boleh saja dikatakan keras dan berat, tetapi kekerasan itu dijatuhkan kepada orang yang telah melucuti martabat kemanusiaannya sendiri. Maka, penerapannya tidak dapat dikatakan bertentangan dengan perlindungan hak asasi manusia, tetapi justru di situlah terdapat salah satu bentuk penegakan hak asasi manusia.³³

³² Lihat Q.S. an-Nur: 2, yang artinya "Perempuan yang berzina dan laki-laki yang berzina, maka deralah tiap-tiap seorang dan keduanya seratus kali dera, dan janganlah belas kasihan kepada keduanya mencegah kamu untuk (menjalankan) agama Allah, jika kamu beriman kepada Allah, dan hari akhirat, dan hendaklah (pelaksanaan) hukuman mereka disaksikan oleh sekumpulan dan orang-orang yang beriman".

³³ H.M. Abdul Malik, 'Kejahatan Terhadap Jiwa Dalam Perspektif Hukum Pidana Islam' dalam Amin Suma, *Pidana Islam di Indonesia, Peluang, Prospek, dan Tantangan*, Pustaka Firdaus, Jakarta 2001, hlm. 87.

Uraian di atas boleh jadi akan mengandung pertanyaan, yakni dengan ukuran apa pelaku tindak pidana *qishash* atau *hudud* dianggap telah runtuh martabat kemanusiaannya. Di sinilah, dapat dilihat adanya tolok ukur yang berbeda antara hukum Islam dan hukum yang lain. Hukum Islam menetapkan beberapa parameter untuk mengukur sempurna tidaknya martabat seseorang, di antaranya ialah parameter akidah dan harga diri. Dan hal ini, dalam pandangan di luar Islam, tidak termasuk kebutuhan vital bagi manusia di mana seseorang boleh berakidah (percaya kepada Tuhan) atau tidak; boleh memperlengkapannya dengan menyatakan keluar dari akidah yang benar; dan boleh juga mempertahankan harga dirinya atau tidak, bahkan menjualnya sekalipun.³⁴

(2) Pidana Mati dalam Perspektif Hak Asasi Manusia

(a) Akar Kontroversi

Sebagaimana wacana yang mengemuka, orang menampilkan perspektif yang beragam tentang praktik hukuman mati. Kontroversi pun ditampilkan oleh masing-masing orang. Dari banyak aspek yang dijadikan instrumen peneropong praktik hukuman mati, aspek hak asasi manusia merupakan aspek yang paling banyak kontroversinya. Dari data lapangan, dapat tergambar bahwa pemicu kontroversi ini disebabkan oleh tidak samanya perspektif yang dimiliki oleh setiap orang akan hak asasi manusia itu sendiri.

Secara sederhana dapat disimpulkan, bahwa ketika hak asasi manusia dijadikan variabel penimbang sebuah peristiwa (baca: praktik hukuman mati), maka hampir dipastikan produk penilaiannya pun berbeda.

Secara sederhana dapat dipetakan bahwa kecenderungan

³⁴ Abdul A'la Maududi, *Hak Asasi Manusia dalam Islam*, Terj. Bambang Iriana Djajaatmadja, Bumi Aksara, Jakarta, 2000, hlm. 12.

pendapat masyarakat akan mengerucut pada dua pengertian yaitu (1) bahwa manusia memang memiliki hak asasi manusia, tetapi manusia juga memiliki kewajiban asasi manusia. Oleh karena itu, siapa pun yang melanggar kewajiban asasi, maka hak asasinya pun sah untuk dicabut; (2) bahwa manusia secara *given* memiliki hak yang tidak bisa dicabut dalam kondisi apa pun, dan oleh siapa pun.

Akar kontroversi inilah yang kemudian meragami banyak pendapat, seperti yang akan disajikan dalam tulisan ini. Meskipun demikian, menurut sebagian orang, sebenarnya tidak ada kontroversi atas hukuman mati. Hal yang menjadi persoalan adalah ada tidaknya ruang untuk mempersoalkan hukuman mati melalui perundang-undangan.³⁵

(b) Universalitas versus Partikularitas Hak Asasi Manusia

Perdebatan universalitas hak asasi manusia hingga kini belum selesai. Negara-negara Barat menganggap bahwa hak asasi manusia berlaku secara universal, sementara negara dunia ketiga dan negara-negara Muslim mengakui universalitas hak asasi manusia, namun pada saat bersamaan harus menghargai partikularitas suatu negara akan budaya, agama, dan tradisi yang berkembang di masyarakat tersebut.

Pandangan ini mendasarkan pada teori relativisme budaya yang berpandangan bahwa nilai-nilai moral hak asasi manusia bersifat lokal dan spesifik sehingga berlaku khusus bagi suatu negara. Teori relativisme budaya penting karena ia mengakui pluralitas, yang jika tidak dikelola dengan baik akan mengganggu hak asasi manusia. Namun teori ini harus selalu dikritisi karena dapat disalahgunakan dan dijadikan alat pembenar pada kasus-kasus pelanggaran hak asasi manusia.³⁶

³⁵ Puskum-HAM UIN Syarif Hidayatullah, *Vonis Hukuman Mati Ditinjau Dari Sudut Pandang HAM*, Jakarta, 2005, hlm. 87.

³⁶ Abdul Hakim GN, *Kontroversi Universalitas dan Partikularitas HAM*, Makalah tdk diterbitkan, hlm. 5.

Ada juga teori realitas yang memandang bahwa sifat manusia menekankan pada kepentingan pribadi dan egoisme. Dalam suasana benturan kepentingan pribadi yang berakibat *chaos* (kekacauan), negara dapat bertindak berdasarkan prinsip *power* dan *security* guna menjaga kepentingan nasional dan keharmonisan sosial. Tindakan demikian tidak dikatakan melanggar hak asasi manusia.³⁷

Teori lain adalah radikal universal yang menganggap hak asasi manusia bersifat universal dapat diterapkan di negara manapun dan kapanpun. Pemahaman universalitas hak asasi manusia ini mendapat kejelasan hukumnya setelah deklarasi Vienna yang menyebutkan:

*All human rights are universal, indivisible and interdependent and interrelated. The international community must treat human rights globally in fair and equal manner, on the same footing, and with the same emphasis. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, it is the duty of state, regardless of their political, economic, and cultural system, to promote and protect human rights and fundamental freedom.*³⁸

Negara-negara Islam secara umum berada di belakang teori relativisme budaya. Indonesia misalnya, berada dalam barisan ini. Seperti dinyatakan dalam konstitusi UUD 1945 pasal 28 J ayat (2) yang berbunyi:

Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang

³⁷ Tim ICCE UIN Jakarta, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia, dan Masyarakat Madani*, Prenada Media, Jakarta, 2000, hlm. 217-218.

³⁸ Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Koninklijke Brill, Leiden, 2003, hlm. 26.

lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.

Di Barat, seperti diungkapkan oleh Muladi, mengenal teori *margin of appreciation*. Teori ini memberi peluang adanya tafsir lokal terhadap hak asasi manusia yang berlaku universal tersebut.³⁹

(c) **Antara Hak Asasi dan Kewajiban Asasi**

Komunitas Barat tidak mengenal konsep kewajiban asasi yang secara diametral disandingkan dengan hak asasi. Konsep hak asasi manusia yang dikembangkan oleh Barat adalah konsep hubungan negara dengan warga negara. Negara adalah pihak yang wajib melindungi, menghormati, dan memenuhi hak asasi warga negaranya. Sementara warga negara adalah pihak yang berhak menerima hak-hak dasar tersebut.⁴⁰

Logika pemikiran hak asasi manusia demikian didasari pada *social contract theory* yang dicetuskan oleh J. J. Rosseau, dimana negara terbentuk karena ada kesepakatan warga negara untuk memberikan wewenang dan kekuasaan kepada sekelompok orang untuk mengelola negara tersebut. Negara diberi kewenangan dan kekuasaan sekaligus diberi kewajiban dan pertanggungjawaban untuk memenuhi hak-hak rakyatnya.

Hak asasi manusia dalam versi Barat bersifat *anthroposentis* dan individual karena hak asasi manusia lahir dari dan untuk manusia. Konsekuensi dari hubungan diametral antara negara dengan warga negara dan negara sebagai pihak yang wajib memenuhi hak asasi manusia, maka hanya negara pula-lah yang akan dikenai pelanggaran hak asasi manusia.

³⁹ Puskum-HAM UIN Syarif Hidayatullah, ... *op. cit.*, hlm. 91.

⁴⁰ Masyhur Effendi, *Dimensi dan Dinamika Hak Asasi Manusia dalam Hukum Nasional dan Internasional*, Graha Indah, Jakarta, 1994, hlm. 79.

Pelanggaran hak asasi manusia dapat berupa tindakan (*by commission*) yaitu negara secara aktif melakukan perbuatan yang melanggar hak asasi manusia. Atau pelanggaran berupa pembiaran (*by omission*), yaitu ketika negara membiarkan terjadinya pelanggaran hak asasi manusia di masyarakat. Pelanggaran yang terjadi yang dilakukan manusia terhadap orang lain, dalam perspektif hak asasi manusia Barat adalah kejahatan pidana biasa bukan kejahatan hak asasi manusia.

Berbeda dengan versi Barat, maskot hak asasi manusia India, Mahatma Ghandi, menekankan adanya kewajiban dasar bagi manusia sebagai konsekuensi dari hak yang diterimanya. Setiap hak yang dimiliki oleh individu sebagai subjek hukum di dalam tatanan kehidupan masyarakat, menuntut kewajiban-kewajiban tertentu, baik terhadap negara yang mendukungnya selaku warga negara maupun terhadap sesama manusia dalam suatu pergaulan hidup bersama.⁴¹

Dari sisi agama, terutama Islam, kewajiban asasi adalah kewajiban yang tidak saja harus dilakukan karena perintah agama, tetapi juga karena untuk kepentingan manusia terkait statusnya sebagai khalifah di muka bumi. Allah SWT menyatakan:

*Hai orang-orang yang beriman, taatilah Allah dan taatilah Rasul-
(Nya), dan ulil amri di antara kamu. Kemudian jika kamu berlainan
pendapat tentang sesuatu, maka kembalikanlah ia kepada Allah (Al-
Qur`an) dan Rasul (Sunnahnya), jika kamu benar-benar beriman kepada
Allah dan hari kemudian. Yang demikian itu lebih utama (bagimu) dan
lebih baik akibatnya.* (Q.s. an-Nisaa` : 59)

Jelas bahwa Al-Qur`an mewajibkan manusia untuk menaati perintah Allah, Rasul, dan pemimpinnya. Dalam pemikiran politik Islam, warga negara wajib menjalankan perintah penguasa untuk tujuan kemaslahatan manusia yang tidak melanggar agama.

⁴¹ Ramdlon Naning, *Cita dan Citra HAM di Indonesia*, Kriminologi UI, Jakarta, 1983, hlm. 18.

D. PENUTUP

Adanya *qishash* dengan hukuman mati adalah langkah yang ditempuh untuk menegakkan keadilan di tengah-tengah masyarakat. Hukuman mati ini juga banyak diberlakukan oleh umat dan masyarakat lain. Dengan adanya *qishash* juga menghindari kemarahan dan dendam keluarga orang yang terbunuh. Karena apabila tidak dilakukan *qishash*, niscaya dendam tersebut akan berkelanjutan dan pada gilirannya akan terjadi saling bunuh antar keluarga dan antar keturunan.

Sekalipun dalam Islam mengakui *jarimah qishash/diyat*, tetapi pada pelaksanaannya tidak semudah yang dibayangkan. Islam justru dalam menerapkan hukuman sangat memerhatikan kepentingan individu dan masyarakat. Ditegakkannya hukuman dalam Islam pada prinsipnya adalah demi kemaslahatan manusia dan juga penghormatan bagi hak asasi manusia. Kewajiban-kewajiban dalam syari'ah menyangkut perlindungan *maqashid asy-syari'ah* yang bertujuan melindungi maslahat manusia. Perlindungan terhadap kepentingan manusia yang paling pokok adalah dalam kategori *masalah dharuri* yang terdiri atas lima bidang, yaitu : *din* (agama), *nafs* (jiwa), *nasb* (keturunan), *mal* (harta), dan *'aql* (akal).

Standar keadilan dalam penerapan hukuman mutlak adalah menyesuaikan kehendak masyarakat dan sekaligus mempertimbangkan bentuk, kualitas, dan kuantitas kejahatan yang dilakukan. Adapun pada hukum dalam arti bahwa dirinya merupakan suatu yang formal, maka dalam hal ini lebih dititikberatkan pada fungsi ditetapkannya hukuman, artinya bahwa penerapan hukuman mutlak diupayakan sebagai upaya mewujudkan keadilan.

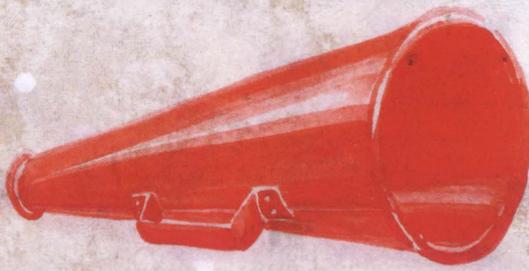
Konsep pemidanaan dalam Islam sangat menjunjung tinggi hak asasi manusia. Terjadinya benturan pemahaman tentang hak asasi manusia sebagai akibat perbedaan pandangan. Islam melihat hak asasi manusia dari dua sisi, yakni kewajiban dan hak. Islam mendahulukan kewajiban asasi manusia, baru kemudian hak asasi manusia. Sementara

pihak Barat menekankan hak asasi manusia dari sisi hak belaka, tanpa menegaskan kewajiban asasi sebagai hal yang utama.

DAFTAR PUSTAKA

- Abdullahi An-Na'im, *Toward and Islamic Reformation: Civil Liberties, Human Rights, and International Law*, Syracuse University Press, New York, 1990.
- Al-Syathibi, *Al-Muwafaqat fi Ushul Al-Ahkam*, tt. Dar Al-Fikr.
- Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, cet. 2, Rajawali Pres, Jakarta, 1998.
- David P. Forsythe, *Hak-hak Asasi Manusia dan Politik Dunia*, Angkasa, Bandung, 1993, diterjemahkan dari *Human Rights & World Politics*, University of Nebraska Press, Nebraska, 1989.
- H.M. Abdul Malik, *Kejahatan Terhadap Jiwa dalam Perspektif Hukum Pidana Islam, dalam Pidana Islam di Indonesia, Peluang, Prospek, dan Tantangan*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 2001.
- JND. Anderson, *Islamic Law in The Muslim*, New York University Press, New York, 1956,
- John L. Esposito (ed.), *Dinamika Kebangkitan Islam*, diterjemahkan dari *Voices of Resurgent Islam*, Rajawali Press, Jakarta, 1987.
- Mahmoud Muhammad Taha, *Al-Risalat al-Tsaniyat min al-Islam*, (tm.:t.p.), dalam edisi Inggris *The Second Message of Islam by Ustadz Mahmoud Muhammad Taha*, Syracuse University Press, New York, 1987.
- Manfred Nowak, *Introduction to the International Human Rights Regime*, Koninklijke Brill, Leiden, 2003.
- Masyhur Effendi, *Dimensi dan Dinamika Hak Asasi Manusia dalam Hukum Nasional dan Internasional*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1994.
- Muhammad Iqbal Siddiqi, *The Penal Law of Islam*, Kazi Publication, Lahore, 1985.
- N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1991.

- Nasution, *Hukum Islam dan Signifikansinya dalam Kehidupan Masyarakat Modern*, IAIN, Sumatera Utara, 1995.
- Peter Baehr, dkk., *Instrumen Internasional Pokok-pokok Hak Asasi Manusia*, Yayasan Obor Indonesia, Jakarta, 2001.
- Puskum-HAM UIN Syarif Hidayatullah, *Vonis Hukuman Mati Ditinjau dari Sudut Pandang HAM*, Jakarta, 2005.
- Ramdlon Naning, *Cita dan Citra HAM di Indonesia*, Lembaga Kriminologi UI, Jakarta, 1983.
- Shabhi Mahmashani, *Falsafatu al-Tasyri fi al-Islam*, Dar al-Kasyyaf, 1952.
- Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, cet. 2, UT Pres, Jakarta, 1986.
- Tahir Mahmood, *Personal Law in Islamic Countries (History, Text, and Comparative Analysis)*, Academy of Law and Religion, New Delhi, 1987.
- Tim ICCE UIN Jakarta, *Demokrasi, Hak Asasi Manusia, dan Masyarakat Madani*, Prenada Media, Jakarta, 2000.
- Topo Santoso, *Menggagas Hukum Pidana Islam*, As-Syamir Press, Bandung, 2000.
- Tore dan Kari Vogt (Ed), *Dekonstruksi Syari'ah (II) (terj)*, cet. 1, LkiS, Yogyakarta, 1996.



TO PROMOTE:

Membaca Perkembangan Wacana Hak Asasi Manusia di Indonesia

Buku ini merupakan kumpulan dari serpihan ide konstruktif wacana konseptual hak asasi manusia. Buku ini berisi gugatan, analisis, kritik, ide solutif sekaligus afirmasi terhadap hak asasi manusia.

Terdapat tiga kategori naskah dalam buku ini yaitu (a) naskah mengenai hak asasi manusia, demokrasi dan konstitusi; (b) naskah mengenai hak sipil dan politik, dan hak ekonomi, sosial dan budaya; dan (c) naskah mengenai perdebatan hak asasi manusia dalam kerangka Islam, atau sebaliknya isu-isu ke-Islam-an dalam kerangka hak asasi manusia.

Ditulis oleh 19 (sembilan belas) orang dosen pengajar hak asasi manusia pada berbagai universitas di Indonesia, buku ini wajib dibaca oleh semua orang yang ingin mengetahui perkembangan wacana hak asasi manusia di Indonesia.

Diterbitkan atas kerjasama:



UNIVERSITY
OF OSLO

Norwegian Centre for Human Rights

ISBN 978-979-18057-5-9



978-979-18057-5-9