

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Amandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD NRI Tahun 1945) telah terjadi, diharapkan dengan amandemen tersebut UUD NRI Tahun 1945 lebih baik yaitu lebih menjamin *demokratik-konstitusional*, Konstitusi Amerika Serikat memerlukan waktu hampir 80 tahun lamanya untuk memperjuangkan demokrasi bagi Senat, meskipun usul untuk mengisi keanggotaan Senat melalui pemilihan umum sudah diusulkan 199 kali dan baru terlaksana setelah amandemen Konstitusi Amerika Serikat yang ketujuh belas tahun 1913, sebelumnya anggota senat adalah *Continus Body* yaitu suatu badan yang berterus-terusan umurnya, sekali diangkat masa keanggotaannya sampai meninggal dunia (Polak,1953: 72).

Amandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang selanjutnya disebut (UUD NRI Tahun 1945 pasca amandemen) dilakukan sejak tahun 1999 setelah adanya reformasi, UUD NRI Tahun 1945 oleh rezim Orde Baru, seolah ingin dipertahankan dan dikeramatkan dengan membandingkan kebaikannya dengan Konstitusi RIS dan UUD Sementara 1950, amandemen UUD NRI Tahun 1945 dilakukan setelah 54 tahun berlaku, amandemen dilakukan dengan alasan antara lain; *pertama*, pembuatnya memang membuat UUD NRI Tahun 1945 dengan maksud sementara; *kedua*, dalam kenyataannya selama Indonesia menganut

UUD NRI Tahun 1945 tidak pernah menampilkan pemerintahan yang demokratis. Yang mengherankan adalah justru ketika dengan dikeluarkan Maklumat Wakil Presiden No.X tanggal 16 Oktober 1945 kemudian diikuti oleh Maklumat Pemerintah tanggal 14 Nopember 1946 yang menerima usulan Badan Pekerja Komite Nasional Indonesia Pusat (KNIP) untuk mengikuti *sistem kabinet parlementer* untuk mengakhiri otokrasi menjadi demokrasi.

Kesementaraan UUD NRI Tahun 1945 dapat dilihat pada Aturan Tambahan ayat (2) yang memberi tempo waktu selama 6 bulan sesudah MPR dibentuk Majelis itu bersidang untuk menetapkan Undang-Undang Dasar belum pernah dilaksanakan. Dalam pidato Soekarno ketika hendak mengesahkan UUD 1945 tanggal 18 Agustus 1945 menyatakan:

“Undang-Undang Dasar yang buat sekarang ini, adalah Undang-Undang Dasar Sementara. Kalau boleh saya memakai perkataan ini adalah Undang-Undang Dasar kilat. Nanti kalau kita telah bernegara dalam suasana lebih tentram, kita tentu akan mengumpulkan kembali Majelis Permusyawaratan Rakyat yang dapat membuat Undang-Undang Dasar yang lebih lengkap dan lebih sempurna. Tuan-tuan tentu mengerti, bahwa ini adalah sekedar Undang-Undang Dasar Sementara, Undang-Undang Dasar kilat, bahwa barangkali boleh dikatakan pula, inilah *revolutiegrondwet*” (Yamin, 1959: 410).

UUD NRI Tahun 1945 juga belum “konstitusional” karena kekuasaan masih terpusat pada Presiden. Pengertian belum konstitusional dengan indikasi bahwa UUD NRI Tahun 1945 memberikan ketentuan yang membatasi kekuasaan pemerintah sedemikian rupa sehingga penyelenggaraan kekuasaan tidak sewenang-wenang dan hak-hak warga negara akan terlindungi (Budhiardjo, 1982: 96). Sebelum diamandemen UUD NRI Tahun 1945 memberikan porsi pembagian kekuasaan *executive heafy* kepada Presiden dan

tidak mengatur hak-hak asasi manusia sebagaimana konstitusi yang mengikuti sistem negara hukum *rechtsstaat* atau sebagai *the constitution based on individual rights* menurut negara hukum sistem *Rule of Law*.

Meskipun amandemen UUD NRI Tahun 1945 adalah tuntutan reformasi yang bergulir pada tahun 1998, akan tetapi amandemen UUD NRI Tahun 1945 perlu dilakukan dengan penuh kehati-hatian, Prof. Dr. Bagir Manan mengingatkan bahwa jangan sekali-kali amandemen itu dijadikan dasar dan tempat untuk menampung berbagai realitas kekuatan politik yang berbeda dan sedang bersaing dalam SU MPR (Ni'matul Huda, 2008: 204). Melihat alasan ini oleh Bagir Manan cenderung melihat bahwa amandemen UUD NRI Tahun 1945 lebih sebagai *supremasi hukum* dari pada sebagai hasil perjuangan politik bangsa (Ranggawidjaja, 1996: 11).

Tidak dipungkiri jika Konstitusi merupakan kesepakatan yang mempunyai dimensi politik, F. Lasalle misalnya membagi konstitusi menjadi dua bagian (Sulardi, 2009: 19), yaitu:

1. Konstitusi adalah sintesa faktor-faktor kekuatan yang nyata dalam masyarakat.
2. Konstitusi adalah suatu naskah yang memuat bangunan negara dan sendi pemerintahan.

Pendikotomian konstitusi F. Lasalle juga dikuatkan oleh Herman Heller yang membagi konstitusi menjadi 3 macam (Ni'matul Huda, 2008: 17), yaitu:

1. *Die Politische verfassung als gesellschaftlich wirklichkeit* (Konstitusi mencerminkan kehidupan politik di dalam masyarakat sebagai suatu kenyataan).
2. *Die verselbstandigte rechtsverfassung* (Konstitusi merupakan kesatuan kaidah yang hidup dalam masyarakat).
3. *Die geshereiben verfassung* (Konstitusi yang ditulis dalam suatu naskah adalah sebagai hukum tertinggi yang berlaku dalam suatu negara).

UUD NRI Tahun 1945 pasca amandemen itu perlu dilakukan penelitian, apakah sekedar menekankan aspek *yuridis* atau juga memperhatikan aspek yang lain termasuk sosiologis dan politis., merujuk apakah lebih kuat dimensi politik atau lebih kuat dimensi hukumnya, kesesuaian dengan teori hukum yang diikutinya sebagaimana waktu menyusunnya dahulu yang secara tegas menjelaskan dalam Penjelasan UUD NRI Tahun 1945 :

“Dengan demikian kita dapat mengerti apa maksudnya undang-undang yang kita pelajari, aliran pikiran apa yang menjadi dasar undang-undang itu.”

Aliran pikiran apa yang telah berpengaruh? Perlu diteliti dengan ajaran teori hukum (*legal theory*), dalam hal ini adalah teori Positivisme Hans Kelsen yang mengajarkan *Teori Hukum Murni* yang ditulis pada tahun 1934 dalam buku *Reine Rechtslehre* yang menghendaki hukum tidak dicampuri dengan etis, politis, sosiologis dan psikologis.

Kemanakah arah pikiran perubahan UUD NRI Tahun 1945? Perlu diperhatikan proses Sidang MPR yang membahas perubahan terdapat

keepakatan antar Fraksi MPR tahun 1999 yaitu bahwa untuk melakukan amandemen jangan mengganggu eksistensi negara tetapi untuk memperbaiki dan menyempurnakan penyelenggaraan negara, Panitia Ad Hoc (PAH) III dengan anggota 25 orang, sebagai Ketua Harun Kamil S.H telah mengagendakan Amandemen UUD NRI Tahun 1945 sebagai berikut (Suharizal, 2007: 113-114) :

1. Pembukaan UUD 1945 tidak diubah;
2. Pemberdayaan Lembaga Tertinggi Negara (MPR);
3. Pengaturan kekuasaan Pemerintahan Negara dan masa jabatan Presiden;
4. Peninjauan kembali lembaga tinggi negara dengan kekuasaan konsultatif (DPA);
5. Pemberdayaan lembaga legislatif (DPR);
6. Pemberdayaan BPK;
7. Pemberdayaan dan pertanggungjawaban Lembaga Kehakiman.

Amandemen I UUD NRI Tahun 1945 telah berhasil dilaksanakan oleh MPR pada tanggal 19 Oktober 1999 dengan Ketetapan MPR No. IX/MPR/1999, namun masih meninggalkan beberapa *point* agenda perubahan yang belum dapat diselesaikan oleh MPR sehingga dalam Ketetapan MPR tersebut MPR bermaksud untuk melanjutkan dan harus sudah siap untuk disahkan tanggal 18 Agustus 2000.

Panitia Ad Hoc I ditugasi untuk melanjutkan pembahasan amandemen UUD NRI Tahun 1945 yang berjumlah 44 orang anggota dengan Ketua Drs. Jakob Tobing, pada awal pembahasan amandemen II UUD NRI Tahun 1945

telah menyepakati lima kesepakatan dasar (Ni'matul Huda, 2008: 205-206) sebagai berikut :

1. Tidak mengubah Pembukaan UUD 1945;
2. Tetap mempertahankan Negara Kesatuan Republik Indonesia;
3. Mempertegas sistem pemerintahan Presidensiil;
4. Penjelasan UUD 1945 ditiadakan serta hal-hal normatif dalam Penjelasan dimasukkan ke dalam pasal-pasal ;
5. Perubahan dilakukan dengan cara “*adendum*” (tambahan).

Amendemen UUD NRI Tahun 1945 sebanyak empat kali telah menghasilkan:

1. Negara hukum tidak lagi menganut *Rechtsstaats*;
2. Sistem demokrasi yang tidak sepenuhnya dilaksanakan oleh MPR dan ada yang dilaksanakan secara langsung (*Direct Democracy*) ;
3. Sistem pemerintahan negara menganut *cheks and balances*;
4. Hak Asasi Manusia diatur dalam Konstitusi.

Perubahan itu muncul dari dinamika pemikiran yang berkembang sebagai konsekwensi dianutnya Pancasila sebagai idiologi terbuka.

Membandingkan agenda amandemen pertama dan amandemen kedua UUD NRI Tahun 1945 tampak muatan politik lebih serius dibahas, namun perlu diteliti apakah UUD NRI Tahun 1945 mengabaikan aspek yang lain sehingga menyimpang dari aspek filosofis.

Isue sentral yang lain adalah masalah kedaulatan rakyat yang semula dipegang oleh MPR, rekayasa undang-undang politik dirasakan telah

menggeser hakekat demokrasi, amandemen UUD NRI Tahun 1945 menuju ke arah demokrasi dengan melakukan “Pemilihan Presiden dan Wakil Presiden oleh rakyat secara langsung” (Pasal 6A ayat (1) UUD NRI Tahun 1945). Permasalahannya menjadi aneh karena Pasal 3 ayat (2) yang berkaitan dengan wewenang MPR untuk memilih Presiden belum diamandemen, kalangan publik mulai muncul pernyataan tidak puas dan menilai bahwa amandemen UUD NRI Tahun 1945 kebablasan. Menanggapi hal tersebut Amin Rais selaku Ketua MPR menyatakan (Syahrizal, 2007: 189) sebagai berikut :

“... harus kita sadari, masalahnya bukan puas tidak puas, masalahnya bukan jumlah pasal, dan ayat yang kita ganti, tetapi kalau menyangkut dengan masalah-masalah yang mendasar, kita tidak boleh gegabah supaya waktu setahun ini masih cukup untuk ‘menukik’ kembali, untuk berwacana musyawarah kembali setajam-tajamnya”.

Hampir saja amandemen UUD NRI Tahun 1945 akan dihentikan, padahal hal yang dianggap krusial dan berat yaitu mengenai keberadaan Lembaga Tertinggi Negara (MPR) belum selesai penggodokannya.

Perubahan kedudukan MPR yang semula sebagai lembaga tertinggi negara pemegang kedaulatan rakyat kemudian menjadi hanya sebagai lembaga tinggi negara sarat dengan kepentingan politik, di sinilah sebagai batu uji, bahwa MPR yang berwenang mengamandemen UUD NRI Tahun 1945 itu rela atau mau mengubah atau tidak, meskipun MPR sendiri telah menyelisih konsensus awal amandemen di antaranya yaitu memberdayakan MPR, permasalahan itu terjawab pada Amandemen UUD NRI Tahun 1945 yang keempat.

Sejak akan dilakukan amandemen UUD NRI Tahun 1945 hingga amandemen yang keempat muncul friksi atau perbedaan pendapat sebagai berikut:

Pertama, kelompok yang tidak menghendaki adanya amandemen, mereka menilai bahwa UUD NRI Tahun 1945 sudah baik, yang tidak baik adalah orang yang melaksanakannya, mereka justru mengukur “nasionalisme” dengan membiarkan UUD NRI Tahun 1945 itu tidak diubah atau diganti, *the spirit nationalism it's the greatest the spirit of constitution it self*, tokoh-tokohnya antara lain Prof. Dimjati Hartono dan Kwik Kia Gie (Suharizal, 2008: 10-11).

Kedua, pasca amandemen UUD NRI Tahun 1945 ada yang mempersoalkan isinya, keabsahan prosedur, ada yang menerima dulu daripada berpikir menguras energi, ada yang bersemangat dengan melakukan amandemen yang kelima (Mahfud MD, 2009: 345).

Adanya perbedaan pendapat tersebut di atas akan mendekati pada kebenaran jika ditakar dengan teori hukum. Sebagai akibat amandemen, tidak mustahil menimbulkan dampak sehingga terkesan ada kekacauan hukum (*katrastopi*) telah membawa kekacauan politik dan kerancuan ketatanegaraan, maksud amandemen ingin menjadikan *distribution of power* dalam *sistem checks and balances* telah terjadi *defiasi* sedemikian rupa sehingga perseteruan politik antara eksekutif dengan legislatif tidak kunjung mereda bahkan unjuk kekuatan dengan pengerahan masa lebih banyak ditempuh dan semakin menjauh dari demokrasi, lemahnya penegakan hukum dan pemberantasan

korupsi yang tebang pilih seperti tidak jelas ujung pangkalnya, kesemuannya disebabkan kurangnya persepsi yang sama atas misi luhur (*raison d'être*) UUD NRI Tahun 1945 yang konstitusionalisme.

UUD NRI Tahun 1945 pasca amandemen dalam penelitian ini dilihat fungsinya sebagai jaminan konstitusional dengan *perspektif* teori hukum, dengan teori hukum merupakan studi *fundamental* dalam kaitan dengan hukum positif, ilmu hukum tidak akan ada tanpa pengendalian logis teori hukum, ibaratnya teori hukum itu adalah filsafat ilmunya ilmu hukum, oleh karena keluasan ruang lingkup ilmu hukum yang meliputi dogmatik hukum, sosiologi hukum dan filsafat hukum dan masing-masing teori hukum dapat menempatkan dirinya, maka teori hukum yang penulis gunakan adalah teori positivisme Hans Kelsen yaitu ajaran hukum murni (*pure of law*).

Aliran positivisme hukum diadopsi dari filsafat *positivisme sosiologis* yang diajarkan oleh Auguste Comte (1789-1857). Melalui tiga pentahapan perkembangan masyarakat (*loi des trois etats*); *teologis – metafisis – positif* yang berlaku universal untuk berbagai bangsa, dalam hukum muncul aliran *positivisme yuridis* berpendapat bahwa kepatuhan hukum merupakan tunduknya orang yang lebih lemah terhadap kehendak yang lebih kuat, Moh. Mahfudz MD mengkhawatirkan bahwa akan tercipta hukum yang otoriter lantaran politik determinan atas hukum (Mahfudz, 1999: 12) sehingga perlu dipikirkan aliran positifisme hukum yang lebih cocok yang memberi perlindungan kepada rakyat.

Digunakan teori positivisme hukum murni Hans Kelsen karena dalam teorinya Hans Kelsen membangun beberapa *preposisi* yang saling terkait satu sama lain, preposisi yang dijelaskan oleh Hans Kelsen dalam teorinya adalah negara, *grundnorm* dan *stufenbau des recht*, tiga *preposisi* tersebut berhubungan erat dengan konstitusi (hukum tertulis yang tertinggi). Hukum bukan merupakan tatanan yang sudah tercipta, tidak benar menggunakan teori statis dengan mempelajari hukum tanpa mempertimbangkan penciptaannya (Kelsen, 2008: 308). Teori hukum merupakan kesatuan (*eenheid*) oleh karena itu UUD NRI Tahun 1945 yang telah diamandemen itu perlu ditimbang dengan suatu teori hukum, sebagaimana penjelasan UUD NRI Tahun 1945 disusun:

“Dengan demikian kita dapat mengerti apa maksudnya undang-undang yang kita pelajari, aliran pikiran apa yang menjadi dasar undang-undang itu.”

Muktie Fadjar dalam buku *Reformasi Konstitusi dalam Masa Transisi Paradigmatik* mengemukakan alasan *filosofis* perlunya amandemen UUD NRI Tahun 1945, yaitu adanya berbagai gagasan yang saling bertentangan (Anwar, 2008: 142), salah satu gagasan yang berkaitan erat yang membahas konstitusi adalah ajaran Hans Kelsen tentang Teori Hukum Murni (*Pure theory of law*). Oleh sebab itu penulis akan meneliti dalam suatu karya tesis dengan judul “*Amandemen Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Perspektif Teori Positivisme Hans Kelsen*”. Teori Hans Kelsen perlu telaah filosofis; aspek ontologis, epistemologis dan aksiologis dalam sebuah tesis

dengan judul: “Undang Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 Dalam Perspektif Teori Positivisme Hans Kelsen”.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan permasalahan tersebut di atas dirumuskan permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana substansi ajaran teori positivisme Hans Kelsen?
2. Apakah amandemen UUD NRI Tahun 1945 dipengaruhi oleh ajaran teori positivisme Hans Kelsen?

C. Tujuan Penelitian dan Manfaat Penelitian

1. Tujuan Penelitian

Memperhatikan dua rumusan masalah tersebut di atas maka tujuan penelitian adalah:

- a. Ingin mengetahui bagaimana ajaran teori positivisme Hans Kelsen yang mengajarkan hukum murni.
- b. Ingin menjelaskan kontribusi ajaran positivisme Hans Kelsen terhadap amandemen UUD NRI Tahun 1945.

2. Manfaat Penelitian

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat akademis dan manfaat praktis sebagai berikut:

- a. Memberi penjelasan hal-hal yang diajarkan oleh teori positivisme Hans Kelsen.

- b. Memberi jawaban bahwa UUD NRI Tahun 1945 dibangun dengan memperhatikan teori hukum.

D. Landasan Teori

Pembahasan landasan teori dalam penelitian ini meliputi 2 hal, yaitu tinjauan pustaka dan kerangka teori:

1. Tinjauan Pustaka

Dilihat dari sejarah pemikiran manusia, menurut Prof. Dr. Khudzaifah Dimiyati mengungkapkan bahwa ada hubungan antara pemikiran mengenai kebudayaan hukum dan negara, menunjukkan adanya perkembangan yang saling berkaitan antara falsafah, ajaran-ajaran ideologi, ajaran-ajaran negara serta ajaran-ajaran hukum, karena sumber utamanya adalah manusia (Dimiyati, 2004: 41).

Diungkapkan oleh Roscoe Pound perihal hukum yang ideal dalam buku *An Introduction to the Philosophy of Law* bahwa sejak masa Yunani, ketika Filsuf Demosthenes (322-384) menasehati kepada seorang Hakim di Athena yang menyatakan alasan manusia mematuhi hukum karena empat alasan (Pound, 1999: 5), yaitu: (1) karena hukum itu dititahkan oleh Tuhan (*because law were prescribed by Good*); (2) karena hukum adalah suatu tradisi yang diajarkan oleh orang yang bijaksana, yang mengetahui kebiasaan-kebiasaan lama yang baik (*because they were tradition thought by wise man who knew the god old custums*); (3) karena hukum itu adalah kesimpulan dari kaidah-kaidah kesusilaan yang abadi dan tidak

berubah-ubah (*because they were deductions from an eternal and immutable moral code*); (4) Karena hukum adalah persetujuan yang mengikat manusia seorang kepada yang lainnya sebab menepati janji adalah merupakan kesepakatan moral (*because they were agreements of men with each other binding them, because moral duty to keep their promises*). Pandangan Demosthenes mengenai hukum tersebut tidak lain adalah bentuk pengakuan adanya hukum *transendent* (Tuhan), hukum kebiasaan, hukum alam (*universal*) dan hukum perjanjian.

Eropa pernah mengalami krisis ilmu pengetahuan dan hukum ketika Gereja dan Kaisar Romawi berebut pengaruh, adanya Perang Salib yang diserukan oleh Paus Urbanus II tahun 1095 di Clermon, Perancis, membawa kemenangan bagi Tentara Salib, dengan memanfaatkan *blessing god*, kasultanan Islam yang dikalahkan dalam peperangan itu diambil alih pula kekayaan khasanah ilmu pengetahuannya, sehingga seolah-olah ilmu pengetahuan itu sumbernya dari barat. Sementara kekuasaan sekuler berangsur-angsur menggeser kekuasaan gereja. Munculnya negara totaliter di negara-negara barat mendorong munculnya gerakan *monarkomaken* sehingga memunculkan teori kedaulatan rakyat yang dipelopori oleh Zwingli (Swiss) yang diakui sebagai embrio demokrasi (Soehino, 2001: 62).

Pada akhir abad ke XIX kebudayaan telah mempengaruhi tatanegara dan hukum di beberapa negara telah disusun beberapa kodeks undang-undang berdasarkan prinsip kedaulatan rakyat dan kesamaan hak

bagi warga negara oleh penjajah hukum tersebut diberlakukan pula di negara jajahan (Huijbers,1982: 144), dilema dialami oleh negara jajahan setelah merdeka termasuk Indonesia, yaitu masih tetap berlakunya sebagian hukum kolonial tetapi sekedar untuk mengatasi kekosongan hukum, sementara hukum nasional baru diharapkan kehadirannya dengan memperhatikan hukum adat.

Dalam pembentukan UUD NRI Tahun 1945 oleh BPUPKI tampak dua kekuatan aliran hukum yang berpengaruh dalam penyusunan konstitusi adalah golongan nasionalis yang memperjuangkan hukum adat dan golongan Islam, namun golongan intelektual nasionalis mengacu pada *rechtstaat*, yang tidak lain adalah hukum yang dibentuk atas dasar aliran individualisme yang tercermin dalam *civil law* dengan ciri *legisme*, sebagai suatu negara yang tidak dapat melepaskan diri dari globalisasi berpengaruh pula hukum *common law* sebagaimana dianut oleh negara Amerika Serikat.

Menurut penelitian Prof. Dr. Khudzaifah Dimiyati dalam penelitian *eksplorasi* telah menghasilkan disertasi yang menunjukkan periodisasi pemikiran hukum di Indonesia yang dibagi dalam 3 tipologi, yaitu:

- a. Pemikiran hukum periode 1945-1960, berusaha melepaskan diri dari kungkungan hukum barat, kuatnya semangat ini menyebabkan resistensi terhadap dominasi hukum barat dan melakukan peneguhan ideologi hukum yang bermuara pada hukum adat (Dimiyati, 2004: 222).

- b. Pemikiran hukum periode 1960-1970, karakteristik pemikiran hukum mengutamakan pada peneguhan pada asas-asas yang ketat pada format-format *postulat* hukum sesuai realitas yang berkembang pada zamannya yang berorientasi pada gagasan tradisi pemikiran Barat (Dimiyati, 2004: 223).
- c. Pemikiran hukum periode 1970-1990, dikategorikan pada pemikiran *transformatik*, yang dimaksud adalah suatu usaha untuk mentransformasikan fenomena-fenomena hukum dari arah empiris ke dalam tataran teoritik-filosofis (Dimiyati, 2004: 223).

Periodisasi hukum tersebut berlangsung satu dasawarsa sehingga patut dipertanyakan apakah amandemen UUD NRI Tahun 1945 masih dalam kerangka tataran *teoritik-filosofis*, artinya dari sisi teori hukum boleh dari mana atau siapa saja datang, tetapi dari sisi *filosofis* masyarakat Indonesia sudah memiliki sendiri, tidak perlu mengadopsi *filosofi* lain. Pemikiran hukum harus bisa mengambil suatu konklusi hakekat hukum di Indonesia, artinya secara teori hukum harus dapat menjelaskan *ontologi*, *epistemologi* dan *aksiologi* hukum harus mampu menjelaskan dari bahan apa konstruksinya dibangun, berdasar teori dan pemikiran apa hukum itu diolah dan apa tujuan yang akan dicapai oleh hukum itu.

Dilihat dari sejarah, UUD NRI Tahun 1945 yang disusun oleh *founding fathers* BPUPKI ada beberapa anggota ahli hukum yang berasal dari pendidikan Hogerechtscool Leiden Negeri Belanda, maka adalah wajar jika pemikirannya terpengaruh oleh hukum Barat, meskipun

semangat nasionalisme pada jiwa mereka berkobar-kobar tetapi tidak dapat dipungkiri dari kenyataan itu, dan juga tidak dapat dipungkiri bahwa anggota BPUPKI ada yang berasal dari golongan Islam. UUD NRI Tahun 1945 dalam Penjelasan menyebutkan negara hukum sebagai *rechtstaats*, dalam ilmu hukum disebut *rechtstaats* tidak sekedar istilah, sebab *rechtstaats* merujuk pada sistem hukum *civil law* yang berbeda dengan istilah *rule of law* yang merujuk pada *common law* yang kiblatnya adalah hukum yang berlaku di Amerika Serikat. Amandemen UUD NRI Tahun 1945 telah menghapus istilah *rechtstaats*, akan tetapi juga tidak secara *implisit* menerima paham negara hukum *rule of law*, para ahli hukum yang terlibat dalam amandemen UUD 1945 juga banyak yang dipengaruhi oleh sistem *common law*, sementara periodisasi para ahli hukum Indonesia yang mendahului dalam teorisasi hukum merupakan dekade periodisasi *traansformatik* yang meskipun tidak melepaskan *normatif-doktrinal* juga mencoba menurut dengan teori hukum yang dikonstruksikan dengan *teoritik-filosofis*, sehingga akhirnya dapat diketahui jawaban *epistemologinya*.

2. Kerangka Teori

Teori bukan yang dilawankan pengertiannya dengan praktek, teori hukum memuat beberapa preposisi yang dihubungkan dengan sesuatu yang dipoitifkan, secara ilmiah pengertian teori hukum sebagaimana dikemukakan oleh J.J.H Brugink (Dimiyati, 2004: 37) adalah:

“Teori hukum pada hakekatnya, merupakan suatu keseluruhan pernyataan yang saling berkaitan berkenaan dengan sistem

konseptual aturan-aturan hukum dan putusan-putusan hukum dan sistem tersebut untuk sebagian yang penting dipositifkan”.

Telah terungkap dalam penelitian bahwa pemikiran tentang hukum itu bergerak (*pantarei*), sehingga tidak ada pemikiran tentang hukum yang sedang berlaku (hukum positif) itu berhenti atau *mandeg*, mulai pemikiran teori hukum alam, positivisme hukum, sosiologikal *yurisprudence*, sampai pada paradigma hukum kontemporer.

Teori positivisme Hans Kelsen antara lain mengajarkan bahwa negara adalah identik dengan tatanan hukum (Kelsen, 2008: 316), Norma dasar dalam *stufenbau des rechts* (Kelsen, 2008: 243) dan hukum dari tinjauannya pada abad 19 dan 20 dapat diketahui dengan jelas jauh dari kemurnian, dengan telah dicampur adukkan dengan psikologi, sosiologi, etika dan teori politik dengan metode sinkretisme yang berakibat mengaburkan esensi ilmu hukum dan meniadakan batas-batas yang ditetapkan padanya oleh sifat pokok bahasannya (Kelsen, 2008: 1). Dalam ajarannya tampak dengan jelas bahwa Hans Kelsen dalam teorinya bermaksud melihat hukum hanya sebagai hukum.

Menurut W. Friedmann dalam *Legal Theory* menyatakan bahwa teori hukum murni memuat esensi ajaran yang esensinya (Dimiyati, 2004: 40) sebagai berikut:

- a. Tujuan teori hukum, seperti setiap ilmu pengetahuan, adalah untuk mengurangi kekacauan dan kemajemukan menjadi kesatuan;
- b. Teori hukum merupakan ilmu pengetahuan mengenai hukum yang berlaku, bukan mengenai hukum yang seharusnya;
- c. Hukum merupakan ilmu pengetahuan normatif, bukan ilmu alam;

- d. Teori hukum mengenai teori tentang norma-norma, tidak ada hubungannya dengan daya kerja dengan daya kerja norma-norma hukum;
- e. Teori hukum adalah formal, suatu teori tentang cara menata, mengubah isi dengan cara yang khusus;
- f. Hubungan antara teori hukum dan sistem yang khas dari hukum positif adalah hubungan apa yang mungkin dengan hukum yang nyata.

Relevansinya dengan UUD NRI Tahun 1945 pasca amandemen adalah sebagaimana disebutkan dalam huruf e dan f di atas, dan dalam hal ini juga tidak bermaksud menilai baik atau buruknya UUD NRI Tahun 1945 pasca amandemen, namun yang perlu dipertanyakan dapatkah amandemen *steril* dalam arti tidak dipengaruhi oleh keadaan politik, sosial, psikologi yang berkembang pada saat itu, bahkan pengaruh globalisasi.

Arum Krisnan juga menyatakan pokok-pokok Teori Positivisme Hans Kelsen sebagai berikut (Krishnan, <http://ssm.com/abstracht=152> 1569, 10 Desember 2009 : 7):

- I. *He claimed that legal theory was properly a science in that it should evince an uncommitted value-free, methodical concern with a deterne object of knowledge.*
- II. *He argued, legal theory must be idolated from psychological, sociological, and ethical matters.*
- III. *Purity of method permits the analyst to see that every legal system is in essence a hierarchy of norms in which every proposition is dependent for its validity on another proposition.*

Sebagai salah satu dari beberapa teori hukum, unsur-unsur Kelsenian adalah tidak *commite* terhadap bebas nilai, berusaha membersihkan dari unsur di luar hukum dan norma hukum tersusun dalam hierarki yang disebut *Stufenbau des Rechts*.

Jorg Kamerhover menilai bahwa Teori Positivisme Hans kelsen sebagai "*multipleview*" (Kamerhover, doi:10.1017/Sog22156509005809, 20

09: 226), yaitu melihat berbagai aspek termasuk konstitusi, meskipun menghendaki hukum tidak dicampri dengan politik. James Bryce dalam bukunya *Modern Political Constitutions* (Thaib, 2003: 12-13) menyatakan:

“A frame of political society, organised through and by law, that is to say on in which law has established permanent institutions with recognised functions and definite rights”.

James Bryce dalam hal ini menekankan bahwa konstitusi adalah sebuah bingkai organisasi politik (*a frame of political society*), fungsi alat-alat kelengkapan dan hak-hak alat-alat kelengkapan tersebut yang telah ditetapkan. Oleh karena itu seperti suatu yang *impossible* (mustahil) jika suatu konstitusi penyusunannya tidak dipengaruhi oleh kekuatan politik.

Sementara menurut E.C.S Wade dalam buku *Constitutional Law* menyatakan bahwa (Malian, 2001: 14):

“a document having a special legal sanctity which sets out the framework and the principal functions of the organs of government of a state and declares the principles governing the operation of those organ”.

Menurut E.C.S Wade memberi tekanan bahwa konstitusi merupakan rangka yang mengatur tugas-tugas pokok dari badan-badan pemerintahan suatu negara dan menentukan pokok-pokok cara kerja badan-badan tersebut, ini berarti bahwa pembagian badan-badan pemerintahan negara diatur dalam konstitusi, misalnya adanya tugas eksekutif, legislatif dan yudikatif. Meski demikian permasalahan selalu muncul, apakah sekedar pembagian kekuasaan (*distribution of power*) atau pemisahan kekuasaan (*separation of power*), sistem *supremasi parlemen* atau *executive heavy*.

Menurut K.C Wheare dalam bukunya *Modern Constitutions* memberikan pengertian tentang konstitusi (Thaib, 2003: 14) sebagai berikut:

“Keseluruhan sistem ketatanegaraan dari suatu negara berupa kumpulan peraturan-peraturan yang membentuk, mengatur atau memerintah dalam pemerintahan suatu negara”.

Berdasar pengertian tersebut, konstitusi dimaksudkan membatasi kekuasaan pemerintahan, dengan demikian konstitusi merupakan hukum tertulis yang tertinggi (*the supremacy of constitution*), akan tetapi menurut ahli konstitusi: Apakah suatu konstitusi yang disusun ataupun kemudian dilakukan amandemen sudah merupakan sebagai *supremacy of constitution*? Jawabnya adalah perlu dilakukan penelitian konstitusi yang konstitusionalisme.

Menurut penelitian Herman Heller dalam *Political Science, Encyclopedia of the Social Sciences* (1959) dijelaskan bahwa suatu konstitusi hingga mencapai *supremacy of constitution* melalui proses (Malian, 2001: 14) sebagai berikut:

1. Konstitusi dalam sosiologis atau politis
Konstitusi yang mencerminkan kehidupan politik dalam masyarakat sebagai suatu kenyataan (*Die politische Vervassung als gesellschaftliche Wirklichkeit*) dalam tahap ini konstitusi belum merupakan hukum (*ein Rechtsverfassung*).
2. Konstitusi dalam *abstraksi*
Mencari unsur-unsur hukumnya dari konstitusi yang hidup dalam masyarakat itu untuk dijadikan dalam satu kesatuan kaidah hukum, tugas mencari unsur hukum itu disebut *abstraksi*.
3. Konstitusi tertulis
Konstitusi yang ditulis dalam suatu naskah (disebut sebagai Undang-Undang Dasar), maka Undang-Undang Dasar itu hanya merupakan sebagian dari hukum dasar.

Herman Heller adalah orang yang membedakan konstitusi dengan Undang-Undang Dasar, pendapat itu dapat dilemahkan jika suatu Undang-Undang Dasar itu lahir dari hasil suatu revolusi atau dibuatkan oleh suatu penguasa, artinya konstitusi itu tidak melalui tahapan-tahapan tersebut.

3. Hipotesis

Berdasarkan pada landasan teori tersebut di atas dapat dibangun hipotesis sebagai berikut:

“Teori Positivisme Hans Kelsen, mempunyai kontribusi terhadap UUD NRI Tahun 1945.”

E. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Penelitian ini adalah termasuk penelitian *normatif-logis* yaitu meneliti hukum dalam *in action*, obyeknya adalah penelitian Hukum Tata Negara yang diatur dalam UUD NRI Tahun 1945 pasca amandemen dengan perspektif teori positivisme hukum murni, maka norma hukum itu tidak dilihat semata-mata sebagai hukum dogmatif tetapi dilihat sebagai hukum yang konkrit, positivistik empiris, jenis penelitian ini masih tergolong penelitian kepustakaan (*library research*).

2. Pendekatan Penelitian

Pendekatan yang digunakan pada penelitian kepustakaan ini variatif, dalam penelitian ini menggunakan pendekatan kualitatif berupa:

- a. Pendekatan *yuridis*, pendekatan ini bukan merupakan pendekatan *formal-legalistik* sebagaimana biasa digunakan dalam penelitian hukum *dogmatik*, pendekatan *yuridis* yang digunakan oleh penulis adalah pendekatan *yuridis-analitik* dengan cara menganalisis hukum dalam peraturan perundang-undangan sesuai perkembangan atau perubahan sosial-politik.
- b. Pendekatan *politik*, pendekatan ini didasarkan pada kemauan politik sebagaimana tercermin dalam badan-badan politik, pendekatan ini perlu digunakan karena sebuah konstitusi tidak lain merupakan produk politik, dibangun dan dirubah sesuai kemauan politik yang dominan pada saat itu.
- c. Pendekatan *historis*, sebelum berlaku UUD NRI Tahun 1945 pasca amandemen pernah berlaku UUD NRI Tahun 1945 sebelum amandemen selama 54 tahun dan pernah juga berlaku Konstitusi RIS dan UUD Sementara 1950, masa yang lalu sesuai fase-fase berlakunya dapat diberi makna dan nilai untuk kepentingan kekinian dan yang akan datang bukan untuk digunakan secara retrogresif tetapi untuk diinterpretasikan dan diaktualisasikan, dalam memaknai sejarah harus hati-hati membedakan *dichtung* dan *dichtung* yang digunakan sebagai bumbu-bumbu dongeng.
- d. Pendekatan *heurmeneutik*, yaitu suatu pendekatan filsafat, menurut Heideger dan Gadamer meliputi konsep-konsep pendidikan (*Bildung*),

tradisi (*Ueberlieferung*), prasangka (*Vorurteil*), pemahaman (*Verstehen*), pengalaman (*Erfahrung*), sejarah pengaruh (*Wirkungsgeschichte*), kesadaran sejarah pengaruh (*Wirkungsgeschichtliches*), dan perpaduan cakrawala (*Horizontverschmelzung*) (Sidharta, 2009: 95).

- e. Tafsir *perspektif eksternal* di luar tafsir konstitusi melainkan atas dasar kemauan masyarakat atas dasar demokrasi (Azhari, 2010 : 65) seperti halnya tuntutan *Reformasi* 1998.

Kompleksitas sistem hukum seperti sistem *civil law* dan *common law*, serta konstitusi yang dimiliki oleh setiap negara ikut berpengaruh dalam perubahan suatu konstitusi dipandang perlu pendekatan *heurmeneutik-tekstual*.

3. Sumber Data

Sebagaimana lazimnya pada penelitian kepustakaan, maka menurut Soerjono Soekanto membedakan sumber data sebanyak tiga macam, yaitu bahan *primer*, bahan *secunder* dan bahan *tertier* (Soekanto, 1986: 11-12), implikasinya dalam penelitian ini sebagai berikut:

Sumber Primer

Sebagai data yang bersumber dari bahan sumber primer adalah:

- a. UUD NRI Tahun 1945 pasca amandemen Naskah Piagam Madinah, dan Konstitusi yang lain;
- b. Ketetapan MPR;

- c. Peraturan Perundang-undangan lain yang relevan.

Sumber Sekunder

Sumber data sekunder berasal dari buku-buku, hasil penelitian yang relevan, jurnal hukum dan berbagai makalah yang relevan.

Sumber Tersier

Sumber data *tersier* diambil untuk mendukung data-data *primer* dan *sekunder*, diambil dari surat kabar, majalah, ensiklopedia dan kamus yang terkait.

4. Metode Pengumpulan Data

Semua data tabel berasal dari sumber primer, sekunder maupun tersier dengan menggunakan metode dokumentasi dan observasi, ketepatan pemilihan metode tersebut disesuaikan pada penelitian kualitatif (*qualitative-legal research*) dengan menyusun secara sistematis mengenai gejala yuridis dan penerapannya.

5. Analisis Data

Berangkat dari jenis penelitian *normatif-empirik*, maka dilakukan langkah-langkah sebagai berikut:

- a. Pengumpulan data-data dari bahan primer, sekunder maupun tersier;
- b. Pengelompokan data berdasar urgensi;
- c. Pengolahan data, dengan menyeleksi data, mengklasifikasi, secara yuridis, logis;
- d. Menganalisis data dan menafsirkannya.

Banyak para peneliti hukum yang meragukan obyektivitas penelitian hukum *normatif*, von Kirchmann dalam buku *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* meragukan keilmiahan ilmu hukum positif (Ibrahim, 2010: 64), alasannya ialah berbeda berlakunya pada tiap-tiap negara, mereka lebih menyukai penelitian hukum sosiologis dan sebagai jalan tengahnya adalah melakukan sintesa antara keduanya dengan penelitian *normatif-empirik* (Ibrahim, 2010: 71). Meskipun penelitian ini adalah penelitian mengenai teks UUD NRI Tahun 1945 namun dengan *perspektif* teori hukum, maka penelitian ini dilakukan dengan penelitian *normatif-logis*.