

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Indonesia adalah negara hukum (*rechstaat*) sebagaimana ketentuan pasal 1 ayat (3) UUD 1945 amandemen ketiga. Pada dasarnya, konsep negara hukum merupakan bagian tak terpisahkan dari doktrin *rule of law* dari A.V. Dicey yang terdiri atas 3 (tiga) unsur yaitu *Supremacy Of Law* (Supremasi Hukum), *Equality Before The Law* (Persamaan di hadapan hukum)¹, dan *Constitution Based On Human Rights* (Konstitusi yang berdasarkan Hak Asasi Manusia). Maka Indonesia mengatur perlindungan Hak Asasi Manusia (HAM) tersebut dalam konstitusinya. Perlindungan hak asasi manusia diberikan kepada semua orang, begitu pula terhadap kebebasan dalam menyatakan pendapat dimuka umum, Konstitusi Republik Indonesia mengaturnya kedalam Pasal 28E ayat 3 UUD 45 yang ditegaskan kedalam UU Nomor 39 Tahun 1999 dimana dalam Pasal 25 nya dinyatakan "Setiap orang berhak untuk menyampaikan pendapat di muka umum, termasuk hak untuk mogok sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan". Untuk menyampaikan pendapat dimuka umum adalah suatu hak asasi manusia.

Negara menetapkan aturan-aturan serta kebijakan-kebijakan untuk mengatur masyarakat. Kekuasaan yang dijalankan oleh pemerintah/penguasa dapat diartikan sebagai tindakan negara. Termasuk dalam pemberlakuan Kitap Undang Undang Hukum Pidana yang biasa disebut KUHP yang ditegaskan keberlakuannya

¹ Lihat Jimly Asshiddiqie dalam Muhammad Tahir Azhary, et al, *Beberapa Aspek Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, dan Hukum Islam*, Jakarta, Kencana, 2012, hlm.27

berdasarkan Undang-Undang Nomor 73 tahun 1958 Tentang Menyatakan Berlakunya Undang-Undang Nomor 1 tahun 1946 Republik Indonesia Tentang Peraturan Hukum Pidana Untuk Seluruh Wilayah Republik Indonesia dan Mengubah Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Dalam KUHP yang mengatur tentang kejahatan dan pelanggaran tentu dengan tujuan terciptanya kondisi, aman, tentram dan damai dalam negara sehingga pemerintah atau penguasa dapat menjalankan fungsi negara dengan baik sehingga mencapai pembangunan sesuai dengan yang dicitakan.

Dalam menegakkan aturan dan kebijakan untuk tercapai kondisi aman dan tenteram sebagaimana diatas, maka negara membentuk lembaga kepolisian, dimana karakteristik profesi kepolisian, harus diketahui bukan hanya penegak hukum, melainkan juga memiliki tugas dan kewenangan lain sebagai penegak keamanan dan ketertipan masyarakat dan perlindungan masyarakat².

Kejahatan tidak saja terjadi antara elemen-elemen manusia sebagai warga negara, adakalanya kejahatan itu ditujukan kepada penguasa atau pemerintah yang memiliki legitimasi kekuasaan yang sah, terhadap hal yang demikian KUHP juga mengatur dalam Bab I Buku Kedua mengenai kejahatan terhadap keamanan negara dengan disertakannya Pasal-Pasal mengenai kejahatan terhadap negara, yakni Pasal 87, Pasal 104, Pasal 106, Pasal 107, Pasal 139a, Pasal 139b dan Pasal 140.

² Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (legal theory) dan Teori Peradilan (judicialprudence) Termasuk Integritasi Undang-Undang (legisprudence)*, Jakarta, Kencana, 2009 hlm. 509

Kemudian pada tanggal 19 Mei 1999 pemerintah kembali mengundangkan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 27 tahun 1999 Tentang Perubahan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Yang Berkaitan dengan Kejahatan Keamanan Negara, alasan diundangkannya Undang-Undang tersebut adalah³; bahwa KUHP belum memiliki landasan yang kuat dalam usaha mempertahankan negara Republik Indonesia yang berlandaskan Pancasila, dengan demikian ditambahkan 6 (enam) pasal baru dalam KUHP, yang dijadikan Pasal 107a, 107b, 107c, 107d, 107e, 107f.

Pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 107 dinyatakan bahwa, Makar (*aanslag*) adalah perbuatan yang ditujukan untuk menggulingkan pemerintahan (*omwenteling*), dimana dalam perbendaharaan hukum pidana telah lazim diterjemahkan dengan kata Makar.⁴ Suatu perbuatan dikatakan Makar, menurut pasal 87 KUHP adalah apabila telah dimulainya perbuatan makar sebagaimana menurut pasal 53 (Percobaan). Makar (*aanslag*) dilakukan dengan perbuatan kekerasan. Secara yuridis, apabila seseorang melakukan perbuatan persiapan (*voorbereidings-hendeling*), ia belum dapat dihukum. Perbuatan Makar sebagaimana dimaksud pasal 107 KUHP dan 110 KUHP adalah ketika sudah mulai melakukan perbuatan pelaksanaan (*uitvoeringshandeling*).

Adapun kekuasaan negara dibatasi oleh Konstitusi sebagai ketentuan dasar negara yang mengatur kewajiban pokok negara kepada rakyat, bahwa kekuasaan di suatu negara tidak boleh berjalan sewenang-wenang. Untuk itulah dibuat undang-undang yang tidak hanya mengatur masyarakat tapi juga mengatur

³ Konsideran Undang-Undang Nomor 27 Tahun 1999 huruf b

⁴ Adami Chazawi, *Kejahatan Terhadap Keamanan dan Keselamatan Negara*, Jakarta, Raja Wali Pers, 2002, hlm.7

kekuasaan agar menjadikan negara ini negara hukum yang berkeadilan. Menjadikan hukum sebagai panglima bukan kekuasaan sebagai panglima dengan demikian rakyat dapat ikut serta dalam memajukan negara dengan cara memberikan, masukan dan kritikan kepada pemerintah/ penguasa, baik dengan cara mengirimkan wakil melalui lembaga legislatif maupun berorasi mengeluarkan pendapat, membuat aksi agar dapat perhatian yang serius dari pemerintah, kebebasan mengeluarkan mengemukakan pendapat adalah HAM setiap manusia tanpa terkecuali yang dijamin oleh konstitusi negara Indonesia sebagaimana Pasal 28E Undang-Undang Dasar 1945 karena hal tersebut merupakan hak asasi dari masyarakat atau manusia. Dalam hal hak asasi untuk mengeluarkan pendapat, sebagai negara hukum yang demokratis, Negara Kesatuan Republik Indonesia menjabarkan dan menuangkannya kedalam Undang-Undang Nomor 9 tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum.

Pada ketentuan Pasal 9 (1) “*Bentuk penyampaian pendapat di muka umum dapat dilaksanakan dengan: a. unjuk rasa atau demonstrasi; b. pawai; c. rapat umum; dan atau d. mimbar bebas*”. Kemudian berdasarkan hak yang dijamin oleh konstitusi tersebut, dengan dinilai lambat serta tidak nampaknya *equality before the law* oleh Kepolisian Republik Indonesia dalam menangani laporan atas perkara penistaan agama yang menjadi tersangka adalah Gubernur Daerah Khusus Ibukota Jakarta (Basuki Tjahaya Purnama) membuat masyarakat membuat beberapa kali aksi unjuk rasa diantaranya; dinamai aksi bela Islam 411 pada tanggal 4 November 2016, aksi belam Islam 212 pada tanggal 2 Desember 2016

dan kemudian dilanjutkan oleh aksi 313 pada 31 Maret 2017 yang digagas oleh Forum Umat Islam (FUI), dimana Muhammad Al-Khatath sebagai panitia aksi yang merupakan sekjen dari FUI, dimana sebelum hari aksi yang telah ditetapkan, Polda Metro Jaya menangkap Muhammad Al-Khatath dengan tuduhan Makar⁵.

Sebagaimana disebutkan diatas ada beberapa aksi unjuk rasa dimana sebelum hari aksi demonstrasi tersebut dilakukan, Kepolisian selalu menangkap maupun memanggil orang-orang dengan tuduhan makar, diantaranya Kivlan Zein, Adityawarman Thaha, Firza Husein, Ratna Sarumpet, Ahmad Dani, Rachmawati Soekarno Putri dan Sri Bintang Pamungkas⁶, yang ditangkap pada tempat yang berbeda.

Kemudian ada juga pemanggilan oleh Polda Metro Jaya, terhadap H. Irfianda Abidin⁷ dalam perkara makar karena safari dakwah yang dilakukannya pada 4 (empat) kota di Sumatera Barat dan Angga⁸ yang merupakan pemilik dari usaha transportasi bus NPM Mananti karena telah menyewakan bus untuk pergi ke Jakarta dalam aksi belah Islam III tanggal 2 Desember 2016.

Tindak pidana makar identik dengan usaha untuk meruntuhkan atau menggulingkan kekuasaan pemerintah yang mempunyai legitimasi yang sah, sehingga tindak pidana makar syarat dengan *tendensi* dari pemerintahan yang berkuasa, tentu dengan syarat demikian menjadikan kejahatan makar menjadi

⁵<https://news.detik.com/berita/d-3461246/sekjen-fui-al-khaththath-ditangkap-terkait-tuduhan-makar> diakses pada 18 april 2017 jam 12:14 WIB

⁶Lihat “*Polri Konfirmasi 10 Nama Tokoh Terduga Pelaku Makar*” dalam <http://www.cnnindonesia.com/nasional/20161202114245-12-176823/polri-konfirmasi-10-nama-tokoh-terduga-pelaku-makar/> diakses pada 26 April 2017

⁷ Surat Panggilan Polisi Daerah Metro Jaya Nomor: S.Pgl/23170/XII/2016/Ditreskrimum, tanggal 20 Desember 2016

⁸ Surat Panggilan Polisi Daerah Metro Jaya Nomor: S.Pgl/23174/XII/2016/Ditreskrimum, tanggal 20 Desember 2016

kejahatan yang luar biasa yang rasanya tidak bisa disejajarkan dengan kejahatan lain dalam KUHP, bisa saja tindak pidana makar dilakukan oleh lawan-lawan politik dari pemerintah yang berkuasa, yang tidak puas dengan pemerintahan maupun berseberangan dalam haluan politik. Dan pelaku tindak pidananya tentu juga harus mempunyai kekuatan politik bahkan militer untuk melakukan upaya yang disebut Makar. fikiran yang membentuk pernyataan bahwa konsep atau kinerja pemerintahan yang sedang berkuasa tidak baik dan ada konsep untuk membangun kekuasaan yang lebih baik membuat seorang akan mengeluarkan pendapatnya tersebut agar didengar dan mendapatkan dukungan dari orang atau kelompok lain, sebagaimana sebuah kisah yang diungkapkan bahwa Letkol sjoieb (bersama Kolonel Dahlan Djambek, Letkol Ahmad Husein, dan Mayor Nursyirwan) pernah menerima surat (tertanggal 19 September 1960) yang diketik sendiri oleh Perdana Menteri Muhammad Natsir tentang pengalaman masalahnya berhubungan dengan militer, terutama dengan Nasution, dalam suratnya bercerita pernah didatangi oleh Gatot Subroto yang merupakan utusan Nasution, menyampaikan bahwa pimpinan Angkatan Darat menyimpulkan bahwa politisi telah gagal dalam memelihara negara, dan untuk itu jangan kaget jika militer mengambil alih kekuasaan.⁹ Dan untuk itu, mengadili pikiran dan pendapat seseorang hanya karena mempunyai pendapat yang berbeda adalah suatu tindakan pelanggaran HAM, tidak demokratis dan otoriter¹⁰

⁹ Moh. Mahfud MD, *Perdebatan Hukum Tata Negara*, Jakarta, Rajawali Pers, 2011, hlm,83-84

¹⁰ Achmad Ali, 2009, *Op.Cit*, hlm. 488

Delik Terhadap Keamanan Negara hampir selalu dilatarbelakangi serta/atau dengan tujuan-tujuan politik dan setiap-setiap pemerintahan suatu Negara mempunyai pengertian serta batasan tersendiri tentang perbuatan-perbuatan yang dikategorikan sebagai mempunyai latar belakang serta tujuan politik, dan bahkan terdapat perbedaan penafsiran terhadap pengertian 'politik' baik dikalangan sarjana, para hakim, maupun penguasa suatu Negara.¹¹ Kemudian terkait dengan hal tersebut di atas, Mardjono Reksodiputro di dalam bukunya menyebutkan bahwa, Inti dari perbuatan yang di larang dalam Bab-I (dari Buku II) KUHP tersebut adalah 'Makar' (*treason; verraad*), perbuatan mana yang dimaksud dikategorikan sebagai "usaha pengkhianatan terhadap negara dan bangsa".¹²

Dengan melihat tujuan dari Bab I Buku Kedua yang maksudnya adalah untuk menjaga keamanan negara maka, ketika hukum pidana bersinggungan antara kepentingan kekuasaan dengan hak-hak warga negara, maka ini merupakan hal yang sangat sensitif sifatnya. Belum jelas kategorisasi mana yang dapat disebut sebagai tindakan makar/delik terhadap keamanan negara dan kemudian menjadi tarik ulur bagi berbagai kepentingan. Tumpang tindihnya pengertian terhadap perbuatan yang dianggap sebagai Delik Terhadap Keamanan Negara/Makar sering menimbulkan keresahan di dalam suatu masyarakat terutama apabila dihubungkan dengan Hak Asasi Manusia (HAM), yakni hak untuk mengeluarkan pendapat dari

¹¹ Loebby Loqman, *Delik Politik di Indonesia*, Ind-Hill-Co, Jakarta, 1993, hal. 7

¹² Mardjono Reksodiputro, *Pembaharuan Hukum Pidana (Kumpulan Karangan)*, Buku Keempat, Pusat Pelayanan Keadilan dan Pengabdian Hukum (d/h Lembaga Kriminologi) Universitas Indonesia, Jakarta, 2007, hal. 115

warga, hak penentuan nasib sendiri bagi suatu masyarakat, dan hak-hak lainnya, yang terlebih lagi apabila dikaitkan dengan Sistem Demokrasi di sebuah Negara.¹³

Dalam politik hukum pidana, tidak mudah untuk menetapkan suatu perbuatan sebagai suatu tindak pidana dan harus terlebih dahulu melalui beberapa proses kajian mendalam. Selain kajian dari perbuatan dari sudut kriminologi, harus juga dipertimbangkan tujuan dari hukum pidana itu sendiri, penetapan perbuatan yang dikehendaki, perbandingan antara sarana dan hasil dari kemampuan badan penegak hukum.¹⁴

Oleh karena itu diperlukan kajian pertimbangan strategis yang mendalam mengenai penetapan terhadap status tersangka makar, karena tindak pidana makar dapat dikategorikan sebagai kejahatan luar biasa, berhubungan dengan kekuatan-kekuatan besar dalam suatu negara, yang akan menggerakkan warga negara maupun organ negara itu sendiri kedalam suatu konflik, yang pastinya bisa merubah landasan filosofis suatu negara, maka untuk itu harus dijelaskan dan ditegaskan perumusan tindak pidana makar itu sendiri.

Bahwa dengan kebijakan hukum pidana, Nina Persak Profesor bidang Kriminologi dan sosiologi hukum di Ghent University Belgium memberikan perhatian khusus terkait dengan kegiatan menentukan mana perbuatan yang merupakan pidana dan kemudian mengancamnya dengan sangsi pidana, menurut Ninan Persak dalam bukunya *Criminalizing Harmful Conduct* menyebutkan;

¹³ Anshari, *Delik Terhadap Keamanan Negara (Makar) di Indonesia (Suatu Analisis Yuridis Normatif pada Studi Kasus Sultan Hamid II)*Tesis, UI, 2012, hlm.8

¹⁴ Agus Rahardjo, *Cybercrime: Pemahaman dan Upaya Pencegahan Kejahatan Berteknologi*, Bandung, Citra Aditya Bakti, 2002, hlm.54

“Criminalisation is, first and foremost, a political process; a process, through which the world of politics via criminal policy penetrates into the word of law – a proces that can and should, nevertheless, be guided by legal principles, rules and standards. That it “should”, stems from the fact that power to criminalise certain human conduct is an immense power that shapes our values, divides the population into criminals and non-criminals, limits people liberty of action and can make (via imposing certain sanction on certain conduct) some people’s lives significantly worse”¹⁵ (Kriminalisasi terutama adalah proses politik; sebuah proses yang mana dunia politik melalui kebijakan hukum pidana melakukan penettrasi terhadap dunia hukum- sebuah proses yang dapat dan seharusnya, oleh karenanya dipandu oleh prinsip-prinsip hukum, aturan dan standar yang berlaku didalam dunia hukum juga. Bahwa “seharusnya” dilakukan dengan memperhatikan bahwa hal tersebut merupakan suatu hal yang besar yang membentuk nilai, dan membagi masyarakat kedalam kriminal atau bukan kriminal, membatasi kebebasan seseorang dalam bertindak dan membuat (melalui pemberian sangsi tertentu terhadap perilaku tertentu) dapat berdampak pada memburuknya kehidupan seseorang).

¹⁵ Persak, N., *Criminalising Harmful Conduct: The Harm Principle, Its Limits and Continental Counterspart*, New York, Spinger, 2007, hlm 5-6

Proses politik yang disebutkan Persak selanjutnya dijelaskan Sidharta merupakan interaksi dialektikal antara kepentingan dan tujuan politik dengan momentum normatif yang terdiri atas cita hukum, konstitusi, nilai-nilai, asas-asas, kaidah dan pranata hukum.¹⁶

Bahwa berdasarkan uraian diatas yang menjadi daya tarik bagi penulis untuk menulis naskah ini dengan judul “**Tinjauan Yuridis Terhadap Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat Dimuka Umum Sebagai Makar Dalam KUHP**”

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimanakah tinjauan secara yuridis terhadap Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum dikaitkan dengan makar dalam KUHP?
2. Bagaimana jaminan yuridis terhadap kemerdekaan menyampaikan pendapat dengan adanya pasal makar dalam KUHP ?

C. Tujuan Penelitian

1. Untuk mengetahui tinjauan secara yuridis terhadap Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum dikaitkan dengan makar dalam KUHP.
2. Untuk mengetahui jaminan yuridis terhadap kemerdekaan menyampaikan pendapat dengan adanya pasal makar dalam KUHP

¹⁶ Grahat Negara, *Prinsip-Prinsip Legislasi Hukum Pidana Dalam Rumusan Delik Sumber Daya Alam*, Thesis, Program Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, UI,2014, hlm 24

D. Manfaat Penelitian

Hasil penelitian ini diharapkan mempunyai manfaat teoritis maupun praktis, yaitu;

1. Penelitian ini diharapkan bisa memberikan sumbangan pemikiran dalam pengembangan ilmu pengetahuan Hukum, khususnya dalam lingkup hukum pidana, sehingga dapat menjadi literatur hukum untuk kajian yang lebih komprehensif bagi siapa saja serta sebagai acuan penelitian bagi peneliti selanjutnya yang berkaitan dengan tinjauan yuridis terhadap penetapan status tersangka makar.
2. Memberikan masukan kepada Pemerintah atau Kepolisian berkaitan dengan rumusan sebelum seseorang ditempatkan pada status tersangka dalam kejahatan makar,
3. Membantu Kepolisian menyelesaikan permasalahan hukum yang berkaitan dengan Hak Asasi Manusia, dengan mengedepankan rasionalitas, reliabel, faktual dan validitas.

E. Kerangka Teoritis dan Kerangka Konseptual

1. Kerangka Teoritis

Kerangka teoritis dalam penulisan karya ilmiah hukum mempunyai empat ciri, antaranya; teori-teori hukum, asas-asas hukum, doktrin hukum dan ulasan pakar hukum¹⁷, yang berguna untuk mengumpulkan pemikiran-pemikiran teoritis, oleh karena adanya hubungan timbal balik yang erat antara teori (atau teori yang akan dibentuk), dengan kegiatan

¹⁷ Zainudin Ali, *Metode Penelitian Hukum*, Cetakan kelima, Jakarta, Sinar Grafika, 2014, hlm.79

pengumpulan, pengolahan, analisa dan kontruksi data¹⁸, maka dengan ini penulis memilih (1) Teori Negara Hukum (2) Teori Hak-Hak Alami dan (3) Teori Kepastian Hukum.

a. Teori Negara Hukum

Konsep negara hukum dalam sistem *Civil Law* dikembangkan antara lain oleh Immanuel Kant, Paul Laband, Julius Stahl dan Fichte dengan menggunakan istilah jerman *rechtsstaat*. Dalam tradisi *comon law* dikembangkan atas kepeloporan A.V.Dicey dengan sebutan *The Rule of Law*. Julisus Stahl berpendapat negara hukum itu harus terdapat empat elemen penting, yaitu; (1) perlindungan hak asasi manusia, (2) pembatasan kekuasaan, (3) pemerintahan berdasarkan undang-undang, (4) adanya pengadilan administrasi negara, bahkan menurut Jimly Asshiddiqie, oleh *The International Commision of Jurist* prinsip-prinsip negara hukum itu ditambah lagi dengan prinsip peradilan bebas dan tidak memihak (*independence and impartiality of judiciary*)¹⁹.



Menurut Hamdan Zoelva²⁰ ciri-ciri tersebut pada intinya mengandung pembatasan kekuasaan dan penghormatan atas hak-hak warga negara. Pentingnya prinsip pembagian kekuasaan tidak terkonsentrasi pada satu organ negara, sehingga kekuasaan menjadi

¹⁸ Soerjono Soekanto , *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan Ketiga, Jakarta, UI-Pers, 1986, hlm.122

¹⁹ Muhammad Tahir Azhary, *Beberapa Aspek Hukum Tata Negara, Hukum Pidana, dan Hukum Islam*, Jakarta, Kencana, 2012, hlm.27

²⁰ *Ibid*, hlm.49

absolut, demikian juga dengan prinsip *due process of law*, penghormatan dan perlindungan HAM serta peradilan yang merdeka, kesemuanya dalam rangka pembatasan kekuasaan oleh hukum.

Konsep negara hukum berkembang dinamis dalam dua versi yaitu versi formal dan versi substantif, menurut Tamanaha²¹ yang dikutip oleh Hamdan Zoelva; Versi formal dari negara hukum ditunjukkan pada cara dimana hukum diumumkan (oleh yang berwenang), kejelasan norma, dan dimensi temporal dari pengundangan tersebut.

Pada versi substantif dari negara hukum; hukum yang tidak menghormati atau tidak mengabaikan hak-hak dasar dianggap sebagai hukum yang buruk.

Negara hukum Indonesia lebih dekat dengan konsep negara hukum substantif, melalui mekanisme dan prinsip-prinsip demokrasi, yaitu;

1. Partisipasi rakyat,
2. Penghormatan atas nilai-nilai persamaan serta jaminan perlindungan atas hak-hak dan kebebasan.

b. Teori Hak-Hak Alami

Hak asasi manusia (HAM) adalah hak yang dimiliki oleh seluruh manusia pada segala waktu dan tempat berdasarkan

²¹ *Ibid*, hlm.50

takdirnya sebagai manusia (*human right are rights that belong to all human being at all times and places by virtue of being born as human being*).²²

Teori hak-hak alami (*natural rights theory*) yang menjadi asal usul gagasan mengenai hak asasi manusia bermula dari teori hukum kodrati. Teori ini dapat dirunut kembali jauh ke zaman kuno dengan filsafat stoika hingga ke zaman modern melalui tulisan-tulisan hukum kodrati Thomas Aquinas.²³ Selanjutnya Hugo de Groot, ahli hukum Belanda yang dinobatkan sebagai bapak hukum internasional, yang mengembangkan lebih lanjut teori hukum kodrati Aquinas dengan memutus asal-usulnya yang theistik dan membuatnya menjadi pemikiran sekuler yang rasional. Dengan landasan inilah, Jhon Locke, mengajukan pemikiran mengenai teori hak-hak kodrati. Gagasan Locke mengenai hak kodrati ini yang mendasakan revolusi hak di Inggris, Amerika Serikat dan Prancis pada abad ke-17 dan 18²⁴. Teori hak-hak alami menyiapkan landasan bagi suatu sistem hukum yang dianggap superior dari hukum nasional suatu negara, yaitu norma hak asasi manusia internasional, namun demikian, kemunculannya sebagai norma internasional membuatnya tidak sepenuhnya sama dengan konsep awal, sebagai hak-hak alami. Substansi hak-hak yang terkandung

²² Todung Mulya Lubis, *In Search of Human Rights: Legal-Political Dilemmas of Indonesia's New Order, 1966-1990*, Jakarta, Gramedia Pustaka Utama, 1993, Hlm.14

²³ Rhona K.M. Smith, et. All, *Hukum Hak Asasi Manusia*, Yogyakarta, PUSHAM UII, 2008, hlm.12

²⁴ Mujaid Kumkelo, et. All, *Fiqh HAM*, Malang, Setara Press, 2015, hlm.32

didalamnya juga telah jauh melampaui substansi hak-hak dalam hak kodrati (sebagaimana yang diajukan Jhon Locke). Kandungan hak dalam gagasan hak asasi manusia sekarang bukan hanya terbatas pada hak-hak sipil dan politik, tetapi juga mencakup hak-hak ekonomi, sosial dan budaya.

c. Teri Kepastian Hukum

Menurut Kelsen, hukum adalah sebuah sistem norma. Norma adalah pernyataan yang menekankan aspek “seharusnya” atau *das sollen*, dengan menyertakan beberapa peraturan tentang apa yang harus dilakukan. Norma-norma adalah produk dan aksi manusia yang deliberatif. Undang-Undang yang berisi aturan-aturan yang bersifat umum menjadi pedoman bagi individu bertingkah laku dalam bermasyarakat, baik dalam hubungan dengan sesama individu maupun dalam hubungannya dengan masyarakat. Aturan-aturan itu menjadi batasan bagi masyarakat dalam membebani atau melakukan tindakan terhadap individu. Adanya aturan itu dan pelaksanaan aturan tersebut menimbulkan kepastian hukum²⁵.

Menurut Gustav Radbruch, hukum harus mengandung 3 (tiga) nilai identitas, yaitu sebagai berikut;²⁶

- 1) Asas kepastian hukum (*rechtmatigheid*). Asas ini meninjau dari sudut yuridis,

²⁵ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana, Jakarta, 2008, hlm.158

²⁶ Dwika, “Keadilan dari Dimensi Sistem Hukum”, <http://hukum.kompasiana.com>. (02/04/2011), diakses pada 24 Juli 2014.

- 2) Asas keadilan hukum (*gerechtigheit*). Asas ini meninjau dari sudut filosofis, dimana keadilan adalah kesamaan hak untuk semua orang di depan pengadilan,
- 3) Asas kemanfaatan hukum (*zwechmatigheid atau doelmatigheid atau utility*).

Tujuan hukum yang mendekati realistik adalah kepastian hukum dan kemanfaatan hukum. Kaum Positivisme lebih menekankan pada kepastian hukum, sedangkan Kaum Fungsionalis mengutamakan kemanfaatan hukum, dan sekiranya dapat dikemukakan bahwa “*summum ius, summa injuria, summa lex, summa crux*” yang artinya adalah hukum yang keras dapat melukai, kecuali keadilan yang dapat menolongnya, dengan demikian kendatipun keadilan bukan merupakan tujuan hukum satu-satunya, akan tetapi tujuan hukum yang paling substantif adalah keadilan.²⁷

Menurut Utrecht, kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama, adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua, berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja

²⁷ Dominikus Rato, *Filsafat Hukum Mencari: Memahami dan Memahami Hukum*, Yogyakarta, Laksbang Pressindo, 2010, hlm.59

yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu²⁸.

Ajaran kepastian hukum ini berasal dari ajaran Yuridis-Dogmatik yang didasarkan pada aliran pemikiran positivistic di dunia hukum, yang cenderung melihat hukum sebagai sesuatu yang otonom, yang mandiri, karena bagi penganut pemikiran ini, hukum tak lain hanya kumpulan aturan. Bagi penganut aliran ini, tujuan hukum tidak lain dari sekedar menjamin terwujudnya kepastian hukum. Kepastian hukum itu diwujudkan oleh hukum dengan sifatnya yang hanya membuat suatu aturan hukum yang bersifat umum. Sifat umum dari aturan-aturan hukum membuktikan bahwa hukum tidak bertujuan untuk mewujudkan keadilan atau kemanfaatan, melainkan semata-mata untuk kepastian²⁹.

2. Kerangka Konseptual

a. Tinjauan Yuridis

Menurut kamus besar bahasa Indonesia, pengertian tinjauan adalah mempelajari dengan cermat, memeriksa (untuk memahami), pandangan, pendapat (sesudah menyelidiki, mempelajari, dan sebagainya).³⁰ Menurut Kamus Hukum, kata yuridis berasal dari kata *Yuridisch* yang berarti menurut hukum

²⁸ Riduan Syahrani, *Rangkuman Intisari Ilmu Hukum*, Bandung, Penerbit Citra Aditya Bakti, 1999, hlm.23

²⁹ Achmad Ali, *Menguak Tabir Hukum (Suatu Kajian Filosofis dan Sosiologis)*, Jakarta, Penerbit Toko Gunung Agung, 2002, hlm.82-83

³⁰ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Pusat Bahasa (Edisi Keempat), Jakarta, PT. Gramedia Pustaka Utama, 2012, hlm. 1470

atau dari segi hukum.² Dapat disimpulkan tinjauan yuridis berarti mempelajari dengan cermat, memeriksa (untuk memahami), suatu pandangan atau pendapat dari segi hukum.³¹

b. Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat

Bahwa kemerdekaan menyampaikan pendapat di muka umum adalah hak asasi manusia yang dijamin oleh Undang-Undang Dasar 1945 dan Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia, kemerdekaan setiap warga negara untuk menyampaikan pendapat di muka umum merupakan perwujudan demokrasi dalam tatanan kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara dalam tujuan untuk membangun negara demokrasi yang menyelenggarakan keadilan sosial dan menjamin hak asasi manusia diperlukan adanya suasana yang aman, tertib, dan damai.

Bahwa berdasarkan hal di atas Pemerintah membuat UNDANG-UNDANG REPUBLIK INDONESIA NOMOR 9 TAHUN 1998, dimana didalam Pasal 1 butir satu disebutkan: *“Kemerdekaan menyampaikan pendapat adalah hak setiap warga negara untuk menyampaikan pikiran dengan lisan, tulisan, dan sebagainya secara bebas dan bertanggung jawab sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku”*.

³¹ M. Marwan dan Jimmy P, Surabaya, Kamus Hukum, Reality Publisher, 2009, hlm. 651

c. Makar

Pada Kitab Undang-Undang Hukum Pidana Pasal 107 dinyatakan bahwa, Makar (*aanslag*) adalah perbuatan yang ditujukan untuk menggulingkan pemerintahan (*omwenteling*), dimana dalam perbendaharaan hukum pidana telah lazim diterjemahkan dengan kata Makar.³² Suatu perbuatan dikatakan Makar, menurut pasal 87 KUHP adalah apabila telah dimulainya perbuatan makar sebagaimana menurut pasal 53 (Percobaan). Makar (*aanslag*) dilakukan dengan perbuatan kekerasan. Secara yuridis, apabila seseorang melakukan perbuatan persiapan (*voorbereidings-hendeling*), ia belum dapat dihukum. Perbuatan Makar sebagaimana dimaksud pasal 107 KUHP dan 110 KUHP adalah ketika sudah mulai melakukan perbuatan pelaksanaan (*uitvoeringshandeling*).

F. Metode Penelitian

1. Jenis Pendekatan Penelitian

Dalam penelitian ini, digunakan metode penelitian hukum normatif, yang mencakup tentang asas-asas hukum³³ dalam mengkaji persinggungan norma-norma dalam Pasal-Pasal Makar (kejahatan terhadap keamanan negara) dengan meta norma yang berasal dari kajian filsafat yang melahirkan teori hukum. Sehingga ditemukan masalah dan

³² Adami Chazawi, *Loc. Cit*

³³ Soejono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, UI Press, 2012, hlm.51

solusi, terhadap tinjauan yuridis terhadap penetapan status tersangka makar dikaitkan dengan kemerdekaan menyampaikan pendapat.

Dimana penelitian hukum normatif semestinya, akan bertitik tolak pada bahan pustaka atau data sekunder, dengan cakupan bahan hukum primer dan tersier.³⁴ Dengan mengumpulkan data-data yang bersumber dari studi kepustakaan yaitu Peraturan perundangundangan tentang hukum acara pidana dan hak asasi manusia sebagai bahan hukum primer dan literatur-literatur seperti buku-buku yang berkaitan dengan pembahasan artikel, majalah dan informasi tertulis dari internet sebagai bahan hukum sekunder, dan kamus-kamus, ensiklopedia sebagai bahan hukum tersier.

Penelitian pada dasarnya merupakan tahapan untuk mencari kembali sebuah kebenaran. Sehingga akan dapat menjawab pertanyaan yang muncul tentang suatu objek penelitian.³⁵ Dalam hal sifat penelitian, penulis lebih cenderung menggunakan tipe *reform-oriented research*, yang menurut hitchinson sebagai *research which intesively evaluates the adequancy of exsiting rules and which recommends changes to any rules found wanting* (penelitian yang berorientasi perubahan, yaitu penelitian yang secara insentif mengevaluasi pemenuhan ketentuan yang sedang berlaku dan merekomendasikan perubahan terhadap peraturan manapun yang dibutuhkan).³⁶

³⁴*Ibid.* hl. 52

³⁵ Bambang Sugono, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2001 hlm.29

³⁶ Abdul Kadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Bandung, PT. Citra Aditya Bakti, 2004, hlm.52

Kemudian terhadap pilihan pendekatan dalam penelitian ini adalah menggunakan pendekatan penelitian hukum doktrinal yang mengkaji hukum tertulis dari berbagai aspek, yaitu aspek teori, sejarah, filosofi, perbandingan, struktur dan komposisi, lingkup dan materi, konsistensi, penjelasan umum dan pasal demi pasal, formalitas dan kekuatan mengikat suatu undang-undang, serta bahasa hukum yang digunakan, tetapi tidak mengkaji aspek terapan atau implementasinya (*doctrinal legal research*). Melalui pendekatan ini, berarti penulis mengkaji hukum sebagai sebuah sistem yang normatif.³⁷ Sebagai sebuah sistem yang normatif maka hukum tidak dapat dipandang hanya sebagai aturan tertulis saja, seperti melihat undang-undang, melainkan keseluruhan asas yang ada dan mendasarinya maupun bentuk lain dari kaidah hukum yang tidak tertulis atau ketika dilaksanakan.

Dalam konsep teori, pertanyaan penelitian diarahkan guna melihat kembali rasionalisasi dan asumsi dasar dalam bagaimana ukuran dalam penetapan tersangka makar yang diberikan kepada orang-orang yang menyatakan pendapatnya di muka umum. Untuk menjelaskan hal tersebut, penulis perlu menggali teori-teori dalam ilmu hukum yang dapat menjelaskan hal tersebut, selain itu juga perlu melihat dan menggali aturan-aturan internasional yang mengatur masalah kemerdekaan menyampaikan pendapat serta kejahatan terhadap keamanan negara. Setidaknya dengan kajian tersebut mampu menjelaskan batas-batas dalam

³⁷ Van Hocke, M. (ed), *Methodologiis of Legal Researc*, Oxford, Hart Publishing, 2011, hlm.3

menentukan tinjauan yuridis tindak pidana makar dalam kaitanya dengan kemerdekaan menyampaikan pendapat dimuka umum.

2. Sumber Bahan Hukum

Sifat penelitian hukum normatif memberi syarat bahwa sumber hukum yang dijadikan objek adalah sumber-sumber hukum, yang dapat dikategorikan kedalam sumber hukum primer dan sumber hukum sekunder.

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat otoritatif antara lain konstitusi negara, undang-undang serta peraturan dibawahnya yang berkaitan dengan kebijakan hukum pidana tindak Pidana makar terkait dengan kemerdekaan menyampaikan pendapat, sebagai bahan kajian utama adalah UU Nomor 9 tahun 1998 dan KUHP.

Selain itu penulis juga akan mengkaji beranjak dari tuduhan makar yang telah ditetapkan tersangkanya maupun dari surat panggilan dari Kepolisian diantaranya;

1. Penangkapan Muhammad Al-Khatath selaku panitia aksi yang merupakan sekjen dari FUI, dimana sebelum hari aksi yang telah ditetapkan, Polda Metro Jaya menangkap Muhammad Al-Khatath dengan tuduhan Makar
2. Penangkapan Kivlan Zein, Adityawarman Thaha, Firza Husein, Ratna Sarumpet, Ahmad Dani, Rachmawati Soekarno Putri dan Sri Bintang Pamungkas sebelum aksi demonstrasi bela Islam 2 Desember 2016.

3. Kemudian ada juga pemanggilan oleh Polda Metro Jaya, terhadap H. Irfianda Abidin, dalam perkara makar karena safari dakwah yang dilakukanya pada 4 (empat) kota di Sumatera Barat (Surat Panggilan Polisi Daerah Metro Jaya Nomor: S.Pgl/23170/XII/2016/Ditreskrimum), tanggal 20 Desember 2016)
4. Dan Pemanggilan Angga yang merupakan pemilik dari usaha transportasi bus NPM Mananti karena telah menyewakan bus untuk pergi ke Jakarta dalam aksi belum Islam III tanggal 2 Desember 2016.(Surat Panggilan Polisi Daerah Metro Jaya Nomor: S.Pgl/23174/XII/2016/Ditreskrimum, tanggal 20 Desember 2016)

Kemudian dalam bahan hukum skunder, yakni bahan hukum yang memberikan penjelasan bahan hukum primer³⁸. Bahan hukum sekunder berasal dari buku-buku teks yang berisi prinsip-prinsip hukum dan pandangan sarjana³⁹ dapat berupa publikasi tentang hukum yang tidak bersifat otoritatif, seperti hasil penelitian baik berupa tesis, disertasi maupun hasil penelitian lainnya, buku-buku, tulisan jurnal dan dokumen-dokumen yang terkait dengan objek penelitian, seperti teori-teori, pembaharuan hukum, kriminologi, asas hukum dan kamus ensiklopedi.

³⁸ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Cetakan ke -16. Jakarta, PT.Raja Grafindo Persada,2014, hlm 13

³⁹ Ronny Hanitijo, *Metode Penelitian Hukum*, Jakarta, Ghalia Indo, 1993,hlm 43

3. Metode dan Alat Pengumpulan Bahan Hukum

Sebagaimana ciri dari penelitian hukum normatif, maka metode pengumpulan data dapat dilakukan dengan study kepustakaan (*library research*), yaitu dengan melakukan penelitian terhadap bahan pustaka⁴⁰.

Selanjutnya juga dapat dilakukan dengan studi dokumen terhadap literatur yang berkaitan dengan kebijakan hukum pidana dan perumusan atas tinjauan yuridis terhadap penetapan tersangka makar ditinjau dari Kemerdekaan mengeluarkan pendapat.

4. Teknik Analisis Bahan Hukum

Sesuai dengan penggunaan data sekunder dalam penelitian ini, maka pengumpulan data dilakukan dengan mengumpulkan, mengkaji dan mengolah secara sistematis bahan-bahan kepustakaan serta dokumen-dokumen yang berkaitan. Data sekunder baik yang menyangkut bahan hukum primer, sekunder maupun tersier diperoleh dari bahan pustakan, dengan memperhatikan prinsip-rinsip pemutakhiran dan relevansi.

Selanjutnya dalam penelitian ini kepustakaan, asas-asas, konsepsi, pandangan, doktrin serta isi kaidah hukum diperoleh melalui dua referensi utama yaitu;

1. Bersifat umum, yang terdiri dari buku-buku, teks dan ensiklopedia
2. Bersifat khusus terdiri dari laporan hasil penelitian, majalah, maupun jurnal dan informasi tertulis dari internet

⁴⁰ Van Hoecke, M. (ed), 2011, *Op.Cit.* hlm.6

Mengingat penelitian ini memusatkan perhatian pada data sekunder, maka pengumpulan data ditempuh dengan melakukan penelitian kepustakaan dan studi dokumen, data dianalisis secara kualitatif normatif dengan jalan menafsirkan dan mengkonstruksikan pernyataan yang terdapat dalam dokumen dan perundang-undangan.

Normatif karena penelitian ini bertitik tolak dari norma yang ada sebagai norma hukum positif sedangkan kualitatif berarti analisis data yang bertolak pada usaha penemuan asas-asas dan informasi baru.

