

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Globalisasi bergulir sejak tahun 1980-an. Globalisasi tidak hanya terkait dengan kehidupan ekonomi, akan tetapi telah melanda juga kehidupan politik, keamanan, pertahanan, hukum, sosial budaya, bahkan ilmu pengetahuan dan juga teknologi *in casu* pertumbuhan dunia siber atau *cyberspace*.¹ Di bidang politik, globalisasi tidak terlepas daripada pergerakan hak asasi manusia (HAM), demokratisasi, dan transparansi. Dalam perkembangan bidang teknologi, kehadiran daripada internet telah membuka cakrawala baru dalam kehidupan manusia. Internet merupakan sebuah ruang informasi dan komunikasi yang menjanjikan menembus batas-batas antar negara, penyebaran dan pertukaran ilmu serta gagasan di kalangan ilmuwan dan cendekiawan di seluruh dunia.² Kemajuan yang begitu pesat di bidang Teknologi Informasi telah memberikan sumbangan yang besar bagi berkembangnya dunia Informasi dan Transaksi Elektronik.³ Kemajuan di bidang informasi dan Transaksi Elektronik telah menempatkan manusia dalam posisi yang makin paripurna dalam mengemban misi kekhalfahan di muka bumi. Hal tersebut bukan tanpa alasan, akan tetapi berdasar kepada penggunaan daripada internet kini dimanfaatkan semaksimal mungkin, berakibat salah satu contohnya.

Didalam perkembangan kemajuan teknologi tersebut, menjadi suatu keniscayaan untuk membatasinya dengan bentuk regulasi/peraturan yang dikeluarkan oleh pemerintah supaya kemajuan teknologi tersebut tidak kebablasan, yang mana berpotensi menggelincirkan posisi kemanusiaan pada titik terendah ketika penggunaan Informasi dan Transaksi Elektronik dimanfaatkan secara tidak bertanggung jawab dengan menyerang kehormatan dan nama baik manusia yang

¹ Maruarar Siahan, *Majalah Konstitusi, Berita Mahkamah Konstitusi : Ancaman Pidana "Cybercrime" Dalam UU ITE Adalah Konstitusional*, Majalah Konstitusi, Jakarta, No.9, 2009, hlm 12

² Ibid, hlm 12

³ Ibid, hlm 12

lainnya. Maka oleh sebab itu, pemerintah membuat peraturan yang mengatur tentang Informasi dan Transaksi Elektronik yang kemudian diejawentahkanlah peraturan tersebut melalui Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana dirubah menjadi Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016. Wahyu Agus Winarno mengatakan bahwa Undang-Undang ITE tersebut dipersepsikan sebagai *cyberlaw* di Indonesia, yang diharapkan bisa dan mampu mengatur segala urusan dunia internet (*cyber*),⁴ akan tetapi peneliti justru melihat bahwa hal tersebut menjadi masalah ketika peraturan yang sudah dibuat dan dimasukkan konsep yang ideal didalamnya tersebut (*Das sollen*) tidak sejalan ketika peraturan tersebut di implementasikan (*Das Sein*).

Didalam Undang-Undang Informasi dan Transaksi Elektronik, terdapat 13 Bab dan 54 Pasal. Dari jumlah tersebut, dalam perkembangannya kemudain muncul lah fenomen dimana terdapat banyak pasal yang multitafsir dan tidak memiliki kejelasan dan juga kepastian hukum. Sejumlah pasal yang multitafsir tersebut yaitu antara lain : Pasal 12 ayat (1) dan ayat (2) huruf a; Pasal 15 ayat (1) dan ayat (3); Pasal 23 ayat (2) dan ayat (3); Pasal 26; Pasal 27 ayat (1) dan ayat (3); Pasal 28 ayat (2); Pasal 31 ayat (4); Pasal 33; Pasal 40; Pasal 43 ayat (5) dan ayat (6); dan Pasal 45 ayat (1).⁵ Dalam perkembangannya, setelah Pemerintah memberlakukan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik, kemudian banyak pihak yang merasa dirugikan hak konstitusionalnya dan berbondong-bondong mengajukan gugatan ke Mahkamah Konstitusi mengenai UU ITE tersebut yang dinilai banyak menuai kontroversi dan multitafsir. Dari kesemua gugatan tersebut, putusan Mahkamah Konstitusi terhadap pengajuan – pengajuan yang diajukan oleh banyak pihak tersebut yaitu antara lain : PUTUSAN Nomor 50/PUU-VI/2008; PUTUSAN Nomor 2/PUUVII/2009; PUTUSAN Nomor 5/PUU-VIII/2010; dan PUTUSAN Nomor 1/PUU-XIII/2015.

Dari banyak permintaan untuk merevisi UU ITE Tahun 2008, kemudian pada tahun 2016, tepatnya pada tanggal 27 Oktober 2016 DPR RI dalam rapat paripurna

⁴ Wahyu Agus Winarno, *Sebuah Kajian Pada Undang-Undang Informasi Dan Transaksi Elektronik (Uu Ite)*, Jeam Vol X No. 1/2011, hlm 44

⁵ Ibid, hlm 45-47

nya mengesahkan naskah revisi UU ITE, dan pada tanggal 25 November 2016 Pemerintah secara resmi memberlakukan dan mengundang revisi UU ITE tersebut menjadi Undang – Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik. Dari hasil revisi tersebut, muatan pasal 27 ayat (3) menjadi salahsatu Pasal yang langsung mendapatkan sorotan dan perhatian khusus daripada pasal-pasal yang lainnya, hal tersebut bukan tanpa alasan, akan tetapi permasalahan yang kemudian muncul daripada pasal 27 ayat (3) tersebut yaitu sebagaimana yang sering menjadi pembicaraan halayak, yaitu mengenai kebebasan menyuarakan pendapat. Seringkali suatu pihak merasa bahwa apa yang disampaikan adalah sebuah pendapat biasa, sementara terdapat pihak lain yang merasa bahwa pendapat tersebut melanggar penghormatan atas hak asasinya. Suatu pendapat yang menurut satu pihak adalah wujud kebebasan ekspresi, namun pada pihak lain dianggap sebagai penghinaan atau pencemaran nama baik.

Menurut data yang peneliti dapatkan dari *Southeast Asia Freedom of Expression Network* (SAFENet) Indonesia, sepanjang tahun 2011 sampai dengan tahun 2019, terhitung ada 381 kasus dari Undang-Undang ITE yang menjerat perorangan ataupun institusi. Setelah peneliti melakukan analisis terhadap data yang peneliti dapatkan, hasilnya adalah bahwa hal pelaporan yang terjadi mengenai UU ITE tersebut ternyata dilakukan oleh orang yang mempunyai kuasa (kuasa politik, kuasa ekonomi, atau kuasa yang lainnya), baik itu dilakukan oleh swasta ataupun pemerintah dalam ranah suprastruktur politik.

Dikutip dari beberapa media online, dikatakan bahwa rumusan “penghinaan dan/atau pencemaran nama baik” didalam pasal tersebut masih cukup bias dan rawan untuk disalahgunakan menjerat seseorang yang mengutarakan pendapatnya dengan dalih memberantas tindakan penghinaan dan/atau pencemaran nama baik.⁶ Hal ihwal pelaporan yang sebagaimana disebutkan diatas, tidak sedikit dilakukan

⁶ Beberapa diantaranya adalah : Hukum Online .Com (2015), *UU ITE Tak Tepat Jerat Pelaku Penghinaan*, Tersedia pada: http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt551bb9_82a4f87/uu-ite-tak-tepat-jerat-pelaku-penghinaan, [Akses, 28 Januari 2020] Antaranews, (2016), *LBH Pers khawatir revisi UU ITE mengancam kebebasan berekspresi*, Tersedia pada: <https://www.antaranews.com/berita/598637/lbhpers-khawatir-revisi-uu-ite-mengancam-kebebasanberekspresi>, di akses pada 28 Januari 2020

oleh pihak pemerintahan ketika terjadi kritikan terhadap pemerintah dalam hal bernegara, baik itu mengomentari mengenai keuangan Negara, situasi politik Negara, kebijakan-kebijakan Negara, dan lain sebagainya. Hal tersebut seakan-akan membatasi warga Negara untuk mengeluarkan pendapat yang secara konstitusional dilindungi oleh UUD NRI 1945.

Dari perubahan yang telah dilakukan oleh Pemerintah mengenai UU ITE, berikut adalah perkembangan pasal-pasal yang multitafsir yang kemudian ada yang direvisi dan ada juga yang tidak direvisi akan tetapi hanya diberikan penjelasan mengenai pasal-pasal tersebut. Perkembangan pasal-pasal tersebut yaitu dalam table sebagai berikut :

UU ITE Tahun 2008	UU ITE Tahun 2016
Pasal 1	Penambahan 1 angka, yaitu definisi mengenai “Penyelenggara Sistem Elektronik”
Penjelasan Pasal 5	Perubahan dalam Penjelasan sebagai implikasi dari Putusan Mahkamah Konstitusi.
Pasal 26	Penambahan 3 ayat, yaitu adanya kewajiban Penyelenggara Sistem Elektronik dan ketentuan mengenai tata cara penghapusan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik diatur dalam Peraturan Pemerintah (hak untuk dilupakan).
Penjelasan Pasal 27	Perubahan dalam penjelasan yang memasukkan definisi dari kata/frasa “mendistribusikan”, “mentransmisikan”, dan frasa “membuat dapat diakses”, serta menegaskan bahwa ketentuan mengenai pencemaran nama baik dan/atau fitnah, serta pemerasan dan/atau pengancaman mengacu pada Kitab Undang-undang Hukum Pidana (KUHP).

Pasal 31	Perubahan pada ayat (2) dan ayat (3) terkait intersepsi dan penyadapan.
Pasal 40	Penambahan 2 ayat, perubahan pada ayat (6), dan Penjelasan ayat (1) terkait kewajiban Pemerintah untuk melakukan pencegahan penyebarluasan dan penggunaan Informasi Elektronik dan/atau Dokumen Elektronik yang memiliki muatan yang dilarang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; dan kewenangan Pemerintah untuk melakukan pemutusan akses.
Pasal 43	Perubahan pada ayat (2), ayat (3), ayat (5), ayat (6), ayat (7), dan ayat (8), serta penambahan satu ayat. Pasal ini mengenai kewenangan Penyidik Pejabat Pegawai Negeri Sipil (PPNS), serta pelaksanaan tugas dan wewenangnya.
Pasal 45	Perubahan terkait dengan ketentuan pidana terhadap pelanggaran dalam Pasal 27 ayat (3) mengenai penghinaan atau pencemaran nama baik, dan penegasan tindak pidana penghinaan atau pencemaran nama baik merupakan delik aduan.
Pasal 45A dan Pasal 45B	Penambahan 2 Pasal, yaitu Pasal 45A dan Pasal 45B. Penambahan pasal-pasal ini terkait teknis penulisan dalam UU.

Perkembangan Pasal – Pasal dalam Undang – Undang Informasi dan Transaksi Elektronik Tahun 2008 dan Tahun 2016

Kebebasan berpendapat, dalam jenisnya merupakan jenis daripada Hak Asasi Manusia (HAM) secara umum, yang mana HAM memiliki bermacam – macam jenis hak. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor XVII/MPR/1998 tentang Hak Asasi Manusia mendefinisikan Hak Asasi Manusia sebagai hak dasar seluruh umat manusia tanpa ada perbedaan. Mengingat hak dasar

merupakan anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa, maka pengertian hak asasi manusia adalah hak sebagai anugerah Tuhan Yang Maha Esa yang melekat pada diri manusia, bersifat kodrati, universal dan abadi, berkaitan dengan harkat dan martabat manusia. Undang – Undang Nomor 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia mendefinisikan Hak Asasi Manusia 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.⁷ Menurut Dede Kania, hak – hak yang diatur di dalam Undang – Undang Nomor 39 Tahun 1999 ini terdiri daripada : Hak hidup; Hak berkeluarga dan menjalankan keturunan; Hak untuk mengembangkan diri; Hak untuk memperoleh keadilan; Hak atas kebebasan pribadi; Hak atas rasa aman; Hak atas kesejahteraan; Hak untuk turut serta dalam pemerintahan; Hak perempuan; dan Hak anak.⁸

Hak Asasi Manusia (HAM), memiliki perbedaan yang signifikan antara konsep di Barat dengan konsep di Islam. Dalam konsep Barat, HAM disebut dengan istilah *Human Rights*, yang mana Jan Materson (Komisi HAM PBB) sebagaimana dikutip oleh Asep Sahid Gantara dan Subhan Sofhian⁹ mendefinisikannya sebagai *Human rights could be generally defined as those rights which are inherent in our nature and without which can not live as human being* (hak – hak yang melekat pada manusia, yang tanpanya mustahil dapat hidup sebagai manusia). Sedangkan dalam konsep Islam, HAM dikenal dengan istilah *Huquq al-insan ad-dhoruriyyah* dan *Huquq Allah*. Dalam ajaran Islam, antara *Huquq al-insan ad-dhoruriyyah* dan *Huquq Allah* tidak dapat berjalan sendiri – sendiri tanpa adanya keterkaitan satu dengan yang lainnya.¹⁰

Islam menetapkan istilah hak senantiasa beriringan dengan kewajiban. Karena hak dapat dilindungi, apabila kewajiban telah dilaksanakan. Hak dalam

⁷ Pasal 1 ayat (1) Undang – undang Nomor 39 Tahun 1999

⁸ Dede Kania, *Hak Asasi Manusia Dalam Realita Global*, Manggu Makmur Tanjung Lestari, Bandung, 2018, hlm 123-124

⁹ Asep Sahid Gantara dan Subhan Sofhian, *Pendidikan Kewarganegaraan*, Fokusmedia, Bandung, cet ke-4, 2016, hlm 141

¹⁰ Ibid, hlm 141

Islam lahir dengan sendirinya, apabila manusia selalu melaksanakan kewajibannya. Konsep Islam tentang hak sangat berbeda dengan konsep Barat. Konsep Barat dalam hak, selalu mengedepankan hak dibanding kewajiban, seolah – olah manusia akan tentram dan teratur hanya dengan memenuhi hak – hak nya.¹¹ Alur pemikiran Barat yang seperti itu berasal dari paham individualisme Barat yang muncul sejak zaman revolusi Prancis pada akhir abad ke-18, sebagai reaksi terhadap keadaan saat itu, dimana lapisan atas sebagai kaum minoritas hanya memiliki hak, sementara pada lapisan bawah sebagai kaum mayoritas hanya memiliki kewajiban, kemudian lahirlah semboyan persamaan (*egalite*), persaudaraan (*fraternite*), dan kebebasan (*liberate*). Tetapi semangat yang muncul kemudian adalah tekanan yang berlebihan terhadap pemenuhan hak masing – masing individu sebagai reaksi dari keadaan tertindas selama berabad – abad.¹² Akan tetapi, Nurcholis Madjid mempunyai pandangan yang berbeda mengenai kemunculan wacana HAM di Barat, Nurcholis Madjid mengatakan bahwa wacana HAM di Barat merupakan hal baru, karena dalam kajian tokoh neo-modernis Indonesia ini, Eropa baru mengenal nilai – nilai HAM melalui pemikiran Giovanni Pico Della Mirandola, filsuf humanis Italia zaman Renaissance, tahun 1486 atau abad ke 15. Paham kemanusiaan (humanisme) Giovanni diakuiinya dipelajari dari Abdullah orang Saracen (Arab Muslim).¹³

Di Indonesia, kebebasan berpendapat diakui secara konstitusional sebagaimana tertuang dalam Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945. Pasal 28 E ayat (3) UUD NRI 1945 menyatakan, “*setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat*”¹⁴. Pasal tersebut adalah pasal yang digunakan sebagai landasan untuk mengeluarkan pendapat. Ketentuan tentang kebebasan berekspresi juga terdapat dalam Pasal 19 angka 2 Kovenan Internasional tentang Hak Sipil dan Politik, sebagaimana telah diratifikasi dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2005 tentang Pengesahan *International Covenant on Civil and Political Rights* (Kovenan

¹¹ Dede Kania, *Opcit*, hlm 3

¹² Rusjdi Ali Muhammad, *Hak Asasi Manusia dalam Perspektif Syariat Islam*, Ar-Raniry Pers, Banda Aceh, 2004, hlm 32-34

¹³ Mohammad Monib dan Islah Bahrawi, *Islam dan Hak Asasi Manusia Dalam Pandangan Nurcholis Madjid*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2011, hlm 3

¹⁴ Pasal 28E ayat (3) Undang – Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945

Internasional tentang Hak-Hak Sipil dan Politik) yang menyatakan *bahwa “setiap orang berhak atas kebebasan berekspresi”*. Hak ini termasuk kebebasan untuk mencari, menerima dan memberikan informasi dan ide/gagasan apapun, terlepas dari pembatasan-pembatasan, baik secara lisan, tulisan, cetakan, dalam bentuk karya seni atau melalui media lain sesuai dengan pilihannya”¹⁵. Selain itu, kebebasan berpendapat juga diatur didalam Pasal 2 ayat (1) UU Nomor 9 Tahun 1998 Tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum yang berbunyi *“Setiap warga negara, secara perorangan atau kelompok, bebas menyampaikan pendapat sebagai perwujudan hak dan tanggung jawab berdemokrasi dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara”*¹⁶ Selain itu, Undang – Undang Nomor 39 Tahun 1999 juga mengatur mengenai kebebasan berpendapat, tepatnya pada pasal 25.

Kebebasan berpendapat merupakan prasyarat penting untuk sebuah negara demokrasi. Demokrasi bermakna rakyat diberi kebebasan untuk memilih dan menilai yang sekaligus mengharuskan wujudnya kebebasan berpendapat, berhimpun dan pesatuan.¹⁷ 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.¹⁸ Abdul Aziz Bari sebagaimana dikutip oleh Mohammad Sabri mengatakan bahwa suatu pemerintahan dikatakan demokratis bila dalam mekanisme pemerintahan mewujudkan prinsip-prinsip demokrasi.¹⁹ Masykuri Abdillah mengatakan bahwa prinsip - prinsip demokrasi terdiri dari: persamaan, kebebasan, dan pluralisme.²⁰ Lebih lanjut lagi, Mariam Budiardjo mengatakan bahwa antara syarat dasar untuk terselenggaranya pemerintah yang demokratis ialah kebebasan untuk menyatakan pendapat.²¹

¹⁵ Pasal 19 ayat (2) Undang – Undang Nomor 12 Tahun 2005

¹⁶ Pasal 2 ayat (1) Undang – Undang Nomo 9 Tahun 1998

¹⁷ Wahbah Az-Zuhaili, *Kebebasan Dalam Islam*, Pustaka Al-Kausar, Jakarta Timur, 2005, Cet 1, hlm 110

¹⁸ Pasal 1 ayat (1) Undang – Undang Nomor 9 Tahun 1998

¹⁹ Mohammad Sabri, *Tesis, Kebebasan Berpendapat dalam Hukum Indonesia dan Hukum Malaysia*, Jakarta, Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, 2010, hlm 15

²⁰ Ibid, hlm 15

²¹ Miriam Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, PT Gramedia, Jakarta, 2008, Cet 3, hlm 116

Di dalam buku yang ditulisnya, Mariam Budiardjo memberikan macam – macam daripada istilah demokrasi, yaitu : demokrasi konstitusional; demokrasi parlementer; demokrasi terpimpin; demokrasi rakyat; demokrasi soviet; demokrasi nasional; dan sebagainya.²² Demokrasi konstitusional memiliki ciri khas gagasan bahwa pemerintah yang demokratis adalah pemerintah yang terbatas kekuasaannya dan tidak dibenarkan bertindak sewenang – wenang terhadap warga negaranya. Pembatasan – pembatasan atas kekuasaan pemerintah tercantum dalam konstitusi, maka dari itu sering disebutkan sebagai pemerintah berdasarkan konstitusi.²³ Dari ciri tersebut, Indonesia kemudian dikategorikan sebagai Negara yang menganut sistem demokrasi konstitusional.

Menurut Mahfud MD, ternyata negara Indonesia yang berdasarkan konstitusi tertulis UUD 1945, tidak pernah melahirkan pemerintahan yang demokratis atau tidak pernah melahirkan pemerintahan yang secara substansial konstitusional. Lebih jauh Mahfud MD berpendapat bahwa memang secara “formalitas” pemerintah yang lahir telah memenuhi kehendak konstitusi, tetapi pemerintahan konstitusional itu bukan pemerintahan yang sekedar sesuai dengan bunyi pasal-pasal konstitusi, melainkan pemerintahan yang sesuai dengan bunyi konstitusi yang memang memuat esensi - esensi konstitusionalisme. Disamping itu, juga tidak tampilnya pemerintahan yang demokratis dan konstitusional di Indonesia disebabkan oleh UUD 1945 yang tidak memuat secara tegas dan ketat prinsip-prinsip pembatasan kekuasaan yang mengandung pemencaran kekuasaan yang disertai mekanisme *check and balance* sehingga mudah diselewengkan oleh pemerintah, tepatnya oleh penguasa bidang eksekutif. Hal ini berarti pula bahwa UUD 1945 itu tidak menyerap secara tegas maksudmaksud esensi konstitusi. Bahkan dalam hal perlindungan HAM misalnya, tidak sedikit yang mengatakan bahwa sebenarnya UUD 1945 tidak berbicara apa-apa tentang HAM.²⁴ Sedangkan Nurcholis madjid mengatakan bahwa salahsatu kebebasan yang merupakan hak

²² Ibid, hlm 105

²³ Ibid, hlm 107

²⁴ Moh Mahfud MD, *Demokrasi dan Konstitusi di Indonesia*, Rineka Cipta, Jakarta, 2000, hlm 146-147

setiap pribadi dalam berdemokrasi adalah kebebasan berpikir dan menyatakan pendapat.²⁵

Mahfud MD mengatakan, bahwa gagasan pembatasan kekuasaan penguasa di dalam sebuah konstitusi sebenarnya telah ada sejak berkembangnya negara teritorial dibawah kekuasaan raja-raja dan di dalam kehidupan negara kota - negara kota (polis) di Eropa Barat pada abad ke-11 dan abad ke-12. Itulah sebabnya dalam kemunculannya sebagai istilah di abad ke-18 konstitusionalisme hanya dipahami sebagai penegasan doktrin tentang supremasi konstitusi yang sebenarnya telah berkembang sejak abad ke-11 dan abad ke-12.²⁶

Gagasan konstitusi sebagai alat pembatasan kekuasaan itu sendiri sebenarnya tidak dapat dilepaskan dari gagasan tentang hak asasi manusia, demokrasi, dan negara hukum yang harus dimuat di dalam sebuah aturan dasar kegiatan politik yang kemudian disebut konstitusi. Ia merupakan kristalisasi normatif atas tugas negara dalam memberikan perlindungan HAM dan melaksanakan pemerintahan berdasarkan kedaulatan rakyat disertai batas - batas kekuasaan secara hukum.²⁷

Dalam konsep Negara hukum, baik eropa kontinental ataupun anglo saxon, memilik banyak persamaan yang salahsatunya adalah pengakuan serta perlindungan terhadap Hak Asasi Manusia(HAM). Hal tersebut bisa dilihat dari pendapat Julius Stahl dan A. V. Dicey seperti yang dikutip oleh Efriza dalam buku yang ditulisnya.²⁸ Dalam konsep *Rechtsstaat* dikatakan bahwa penguasa harus dibatasi oleh hukum untuk menghilangkan stigma dari rakyat yang melihat penguasa sebagai momok yang sangat menakutkan dan mempunyai hobi merampas hak konstitusional warga negaranya. Hal tersebut sesuai dengan yang dikatakan oleh Julius Stahl sebagaimana dikutip oleh Efriza, bahwa salahsatu ciri Negara hukum adalah pemerintahan yang berdasarkan Undang – Undang.²⁹ Dengan adanya konsep yang demikian, maka masyarakat setidaknya diberikan harapan dan rasa

²⁵ Mohammad Monib dan Islah Bahrawi, *Islam dan Hak Asasi Manusia Dalam Pandangan Nurcholis Madjid*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2011, hlm 205

²⁶ Moh Mahfud MD, *Opcit*, hlm 142

²⁷ Ibid, hlm 142

²⁸ Efriza, *Ilmu Politik : Dari Ilmu Politik Sampai Sistem Pemerintahan*, Alfabeta, Bandung, 2013, hlm 131-132

²⁹ Ibid, hlm 131

optimistis yang sangat tinggi akan pengakuan hak konstitusionalnya sebagai warga Negara yang merdeka, yang berada dalam Negara yang demokratis yang sejatinya rakyatlah sang pemilik kuasa seutuhnya.

Jimly Asshidiqie mengatakan bahwa sebagai negara hukum, maka hukum harus dipahami sebagai satu kesatuan sistem yang terdiri dari elemen-elemen kelembagaan (*institutional*), kaedah aturan (*instrumental*) dan perilaku para subyek hukum (*elemen subyektif dan cultural*). Ketiga elemen sistem hukum tersebut mencakup; kegiatan pembuatan hukum (*law making*), kegiatan pelaksanaan hukum atau penerapan hukum (*law administration*) dan kegiatan peradilan atas pelanggaran hukum (*law adjudicating*) atau yang biasa disebut dengan penegakan hukum dalam arti sempit (*law enforcement*).³⁰ Indonesia sebagai negara hukum modern (*welfare state*) dalam rangka mewujudkan tujuan negara yakni memberikan kesejahteraan bagi masyarakatnya dan melindungi hak - hak warga negaranya, harus menganut prinsip utama atau asas pokok yang terdiri atas asas legalitas, asas pengakuan dan perlindungan hak asasi manusia, asas pembagian kekuasaan negara, asas peradilan yang bebas dan tidak memihak, asas kedaulatan rakyat, asas demokrasi dan asas konstitusional.³¹

Dari fenomena pelaksanaan Pasal 27 ayat (3) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik sebagaimana peneliti sampaikan diatas, terdapat beberapa permasalahan yang salahsatunya paling disoroti sampai sekarang adalah dibungkamnya kebebasan berpendapat yang secara jelas - jelas kebebasan berpendapat di jamin dalam konstitusi dan di akui, permasalahan tersebut bukan berdasar hanya kepada asumsi yang tidak berdasar pada data dan fakta, akan tetapi asumsi tersebut justru lahir dari data dan fakta yang peneliti kumpulkan untu bahan penelitian ini. Dari fenomena tersebut, jika memakai sudut pandang teori hierarki hukum, maka peneliti asumsikan adanya ketidakpatuhan

³⁰ Jimly Asshidiqie, *Konstitusi dan Ketatanegaraan Indonesia Kontemporer*, Penerbit The Biography Institute, Jakarta, 2007, hlm 131

³¹ Imran Juhaefah, *Hal Ihwal Kegentingan Yang Memaksa Sebagai Landasan Pembentukan Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang*, Pascasarjana Universitas Muslim Indonesia, Makassar, 2011, hlm 2

terhadap hierarki hukum antara Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik dengan pasal 28E ayat (3) UUD NRI 1945, dan dalam sudut pandang Undang-Undang Nomor 15 tahun 2019 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, maka UU ITE jelas-jelas tidak mengindahkan pasal 7 ayat (1) dan ayat (2) yang mengatur mengenai ketidakbolehan hierarki hukum yang lebih rendah menyalahi ketentuan hierarki nya lebih tinggi.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan paparan latar belakang diatas, maka peneliti dapat merumuskan permasalahan yang diantaranya yaitu sebagai berikut:

1. Bagaimana kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah Negara Republik Indonesia dalam mengatur dan menjamin kebebasan berpendapat ?
2. Bagaimana kebebasan berpendapat di Indonesia dalam kebijakan Pasal 27 ayat (3) Undang - Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang - Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik?
3. Bagaimana tinjauan siyasa dusturiyah terhadap kebebasan berpendapat di Indonesia sebagaimana yang diatur dalam Pasal 27 ayat (3) Undang - Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang - Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik ?

C. Tujuan Penelitian

Sejalan dengan rumusan masalah diatas, maka tujuan dari penelitian ini adalah sebagai berikut :

1. Untuk menngetahui kebijakan yang dikeluarkan oleh pemerintah Negara Republik Indonesia dalam mengatur dan menjamin kebebasan berpendapat.
2. Untuk mengetahui kebebasan berpendapat di Indonesia dalam kebijakan Pasal 27 ayat (3) Undang - Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik.

3. Untuk mengetahui tinjauan siyasah dusturiyah terhadap pembatasan kebebasan berpendapat sebagaimana yang diatur dalam Pasal 27 ayat (3) Undang - Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang - Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi Dan Transaksi Elektronik.

D. Manfaat Hasil Penelitian

Elvinaro Ardianto mengatakan, bahwasannya kegunaan daripada penelitian merupakan penajaman spesifikasi sumbangan penelitian terhadap nilai manfaat praktis, juga sumbangan ilmiahnya bagi perkembangan ilmu.³² Adapun kegunaan dari penelitian ini baik secara teoritis maupun praktis adalah sebagai berikut :

1. Secara teoritis
 - a. Untuk pengembangan ilmu pengetahuan, khususnya dalam perkembangan Ilmu Hukum Tata Negara (Siyasah) yang secara implisit yakni Siyasah Dusturiyah di masa yang akan datang dan mampu melengkapi hasil penelitian yang dilakukan oleh pihak lain dalam bidang yang sama;
 - b. Diharapkan dapat menambah data kepustakaan Hukum Tata Negara (Siyasah) tentang Kebebasan Berpendapat di Indonesia Dalam Kebijakan Pasal 27 ayat (3) Undang – Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.
2. Secara praktis
 - a. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan masukan positif bagi peneliti untuk melatih dan meng *upgrade* diri dalam mengembangkan wawasan dan ilmu yang diperoleh selama mengenyam pendidikan khususnya dibangku kuliah;
 - b. Hasil penelitian ini diharapkan dapat memberikan masukan pada produk hukum yang mengatur tentang Kebebasan Berpendapat di Indonesia Dalam Kebijakan Pasal 27 ayat (3) Undang – Undang Nomor 19 Tahun

³² Elvinaro Ardianto, *Metodologi Penelitian Untuk Public Relation*, Simbiosis Rekatama Media, Bandung, 2010, hlm 18

2016 Tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik.

- c. Hasil penelitian ini menjadi salahsatu syarat bagi peneliti untuk mendapatkan gelar Sarjana Hukum (S.H) pada jenjang Strata 1 (S1) Jurusan Hukum Tata Negara (Siyasah) Fakultas Syari'ah dan Hukum Universitas Islam Negeri Sunan Gunung Djati Bandung.

E. Kerangka Pemikiran

Penelitian yang berjudul Kebebasan Berpendapat di Indonesia Dalam Kebijakan Pasal 27 ayat (3) Undang – Undang Nomor 19 Tahun 2016 Tentang Perubahan Atas Undang – Undang Nomor 11 Tahun 2008 Tentang Informasi dan Transaksi Elektronik ini berdasar pada teori sebagai berikut.

1. Teori Kebebasa Berpendapat

Rusli Nasrullah mengutip perkataan Everett M. Rogers, mengatakan bahwasannya ada empat fase perkembangan komunikasi manusia, yaitu: fase *the writing* era, fase *the printing* era, fase *the telecommunication* era, dan *interactive communication* era.³³ Dari keempat fase tersebut, kebebasan berpendapat dan kebebasan berpendapat diasumsikan oleh peneliti juga telah lahir.

Mengenai kebebasan berpendapat, Undang - Undang Nomor 9 tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum mendefinisikan kebebasan berpendapat sebagai 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.³⁴

Nurcholis madjid mengatakan bahwa salahsatu kebebasan yang merupakan hak setiap pribadi dalam berdemokrasi adalah kebebasan berpikir dan

³³ Rusli Nasrullah, *Komunikasi Antar-Budaya di Era Budaya Siber*, Kencana Perdana Media Group, Jakarta, 2012, hlm 4

³⁴ Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1998 tentang Kemerdekaan Menyampaikan Pendapat di Muka Umum

menyatakan pendapat³⁵. Di dalam demokrasi, kebebasan berekspresi merupakan salah satu elemen yang sangat penting. Bahkan dalam sidang pertama PBB pada tahun 1946, sebelum disahkannya *Universal Declaration on Human Rights* atau traktat-traktat diadopsi, Majelis Umum PBB melalui Resolusi Nomor 59 (I) terlebih dahulu telah menyatakan bahwa “hak atas informasi merupakan hak asasi manusia fundamental dan...standar dari semua kebebasan yang dinyatakan ‘suci’ oleh PBB”. Kebebasan berekspresi merupakan salah satu syarat penting yang memungkinkan berlangsungnya demokrasi dan partisipasi publik dalam setiap pembuatan kebijakan. Warga negara tidak dapat melaksanakan haknya secara efektif dalam pemungutan suara atau berpartisipasi dalam pembuatan kebijakan publik apabila mereka tidak memiliki kebebasan untuk mendapatkan informasi dan mengeluarkan pendapatnya serta tidak mampu untuk menyatakan pandangannya secara bebas.

Mengenai kebebasan berekspresi, John Locke sebagaimana dikutip oleh Muladi mengatakan bahwa kebebasan berekspresi merupakan cara untuk pencarian kebenaran. Kebebasan berekspresi ditempatkan sebagai kebebasan untuk mencari, menyebarluaskan dan menerima informasi serta kemudian memperbincangkannya apakah mendukung atau mengkritiknya sebagai sebuah proses untuk menghapus miskonsepsi kita atas fakta dan nilai.³⁶ Kemudian Muladi juga mengutip perkataan John Stuart Mill mengatakan bahwa kebebasan berekspresi dibutuhkan untuk melindungi warga dari penguasa yang korup dan tiran.³⁷ Dalam buku yang sama, Muladi mengatakan bahwasannya suatu pemerintahan yang demokratis mensyaratkan warganya dapat menilai kinerja pemerintahannya. Dalam memenuhi kebutuhan kontrol dan penilaian itulah warga semestinya memiliki semua informasi yang diperlukan tentang pemerintahannya. Tidak sebatas itu, syarat berikutnya warga dapat

³⁵ Mohammad Monib dan Islah Bahrawi, *Islam dan Hak Asasi Manusia Dalam Pandangan Nurcholis Madjid*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2011, hlm 205

³⁶ Muladi, *Demokratisasi, Hak Asasi Manusia, dan Reformasi Hukum di Indonesia*, The Habibie Center, Jakarta, 2002, hlm 12

³⁷ *Ibid*, hlm 13

menyebarkan informasi tersebut, dan kemudian mendiskusikannya antara satu dengan yang lainnya.³⁸

Berangkat dari teori tersebut diatas, kebebasan berekspresi kemudian dijadikan sebagai sebuah klaim untuk melakukan perlawanan terhadap penguasa yang melarangnya atau pun menghambat pelaksanaannya untuk kemudian supaya mendapatkan kebebasan berekspresi. Kebebasan berekspresi sangat memiliki dimensi politik, bahwa kebebasan tersebut dianggap sebagai elemen sangat esensial bagi keikutsertaan warga Negara dalam kehidupan politik dan juga mendorong gagasan kritis dan juga perdebatan mengenai kehidupan politik bahkan sampai soal kewenangan militer.

Kaitan antara kebebasan berekspresi dengan demokrasi, kemudian diakui lah di dalam hukum internasional hak asasi manusia yang mana dinyatakan bahwa kebebasan berekspresi adalah merupakan pra-syarat untuk terwujudnya prinsip transparansi dan akuntabilitas yang pada akhirnya sangat amat esensial bagi pemajuan juga perlindungan hak asasi manusia. Kebebasan berekspresi juga menjadikan pintu untuk dinikmatinya kebebasan berserikat, berkumpul, dan juga untuk pelaksanaan hak untuk memilih.

Di dalam pandangan Islam, mengenai kebebasan berpendapat dalam bernegara, sangat diperoleh. Di dalam Q.S Fussilat ayat 40 Allah SWT berfirman :³⁹

إِنَّ الَّذِينَ يُلْحِدُونَ فِي آيَاتِنَا لَا يَخْفَوْنَ عَلَيْنَا ۗ أَفَمَنْ يُلْقَىٰ فِي النَّارِ خَيْرٌ

أَمْ مَنْ يَأْتِي آمِنًا يَوْمَ الْقِيَامَةِ ۗ اعْمَلُوا مَا شِئْتُمْ ۗ إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ

Artinya : “Sesungguhnya orang-orang yang mengingkari ayat-ayat Kami, mereka tidak tersembunyi dari Kami. Maka apakah orang-orang yang dilemparkan ke dalam neraka lebih baik, atukah orang-orang yang datang dengan aman sentosa pada hari Kiamat? Perbuatlah apa yang kamu kehendaki; Sesungguhnya Dia Maha Melihat apa yang kamu kerjakan.” (Q.S Fussilat ayat 40)

³⁸ Ibid, hlm 13

³⁹ Tim Penyusun, *Al – Qur'an Terjemah*, Emqies Publishing, Bandung, 2018, hlm 481

Kementerian Agama Republik Indonesia menafsirkan ayat tersebut. Ayat ini menerangkan bahwa Allah Maha Mengetahui semua yang dilakukan dan tipu daya yang dibuat oleh orang-orang yang menentang Al-Quran menurut keinginan hawa nafsu mereka sendiri, mengingkari, dan mencelanya. Tidak ada sesuatu pun yang tersembunyi dan tidak diketahui Allah. Oleh karena itu, Dia akan membalas segala perbuatan mereka itu dengan ganjaran yang setimpal. Kemudian Allah menerangkan perbedaan dan bentuk pembalasan yang akan diterima oleh orang-orang mukmin dan orang-orang kafir di akhirat nanti dengan mengatakan bahwa orang-orang yang dimasukkan ke dalam neraka karena mengingkari Allah, rasul, dan ayat-ayat-Nya tidak sama dengan orang-orang beriman yang memercayai ayat-ayat Alquran, mengikuti rasul-Nya, dan mendapat surga. Allah akan menetapkan keputusan dengan adil antara mereka dan balasan yang akan mereka peroleh tentu pula tidak sama. Ayat ini ditujukan kepada seluruh manusia yang kafir dan mukmin. Akan tetapi, sebagian ulama berpendapat bahwa ayat ini berarti umum dan khusus. Umum meliputi seluruh manusia yang kafir dan beriman, khusus berhubungan dengan Abu Jahal yang mengingkari Rasulullah ﷺ dan orang-orang yang beriman kepadanya. Diriwayatkan oleh ‘Abd ar-Razzaq, Ibnu al-Mundzir, Ibnu Asakir dari Busyair bin Tamim, ia berkata, "Ayat ini diturunkan berkenaan dengan Abu Jahal dan ‘Ammar bin Yasir." Pada akhir ayat ini, Allah menegaskan bahwa Nabi Muhammad telah mengetahui akibat yang diperoleh orang-orang yang berbuat dosa di akhirat nanti, dan akibat yang akan diperoleh orang-orang yang beriman kelak. Oleh karena itu, manusia dipersilakan untuk melakukan apa saja yang dikehendaki, ia telah mengetahui akibatnya. Allah melihat segala perbuatan manusia dan memberi balasan sesuai dengan yang telah diperbuatnya.⁴⁰

Selain ayat Al – Qur’an diatas, Nabi Muhammad SAW juga bersabda⁴¹:

⁴⁰ <https://tafsir.learn-quran.co/id/surat-41-fussilat/ayat-40#> , diakses pada tanggal 29 July 2020 Jam 20:40 WIB

⁴¹<https://rumaysho.com/3401-jihad-dengan-menasehati-penguasa-yang-zalim.html>, diakses pada tanggal 3 July 2020 jam 22:30 WIB

أَفْضَلُ الْجِهَادِ كَلِمَةٌ عَدْلٍ عِنْدَ سُلْطَانٍ جَائِرٍ

Artinya : “Jihad yang paling utama ialah mengatakan kebenaran di hadapan penguasa yang zalim.” (H. R. Abu Daud no. 4344, Tirmidzi no. 2174, Ibnu Majah no. 4011)

Selain itu, terdapat juga hadits Nabi Muhammad SAW yang juga menjadi landasan dalam kebebasan berpendapat, yaitu⁴²:

أَلَا لَا يَمْتَعَنَّ رَجُلًا هَيْبَةُ النَّاسِ أَنْ يَقُولَ بِحَقِّ إِذَا عَلِمَهُ

Artinya : “Perhatikanlah, janganlah rasa segan kepada manusia menghalangi seseorang untuk mengucapkan yang benar ketika ia telah mengetahuinya” [H. R. At-Tirmidzi dan Ibnu Majah dari Abu Sa'id Al-Khudri Radhiyallahu'anhu, Ash-Shahihah: 168]

Mengenai hadits diatas, Asy-Syaikh Al-'Allamah Al-Muhaddits Al-Albani rahimahullah berkata :⁴³

وفي الحديث: النهي المؤكد عن كتمان الحق خوفاً من الناس، أو طمعاً في المعاش، فكل من كتمه مخافة إيذائهم إياه بنوع من أنواع الإيذاء؛ كالضرب والشتيم وقطع الرزق، أو مخافة عدم احترامهم إياه، ونحو ذلك؛ فهو داخل في النهي و مخالف للنبي ﷺ، وإذا كان هذا حال من يكتُم الحق وهو يعلمه فكيف يكون حال من لا يكتفي بذلك، بل يشهد بالباطل على المسلمين الأبرياء، ويتهممهم في دينهم و عقيدتهم؛ مسaire منه للرعاع، أو مخافة أن يتهموه هو أيضاً بالباطل إذا لم يسايرهم على ضلالهم واتهامهم؟! فاللهم ثبتنا على الحق، وإذا أردت بعبادك فتنة؛ فاقبضنا إليك غير مفتونين

Artinya : “Dalam hadits yang mulia ini terdapat pelajaran bahwa sangat terlarang menyembunyikan kebenaran karena takut kepada manusia, atau karena cinta dunia sehingga takut kehilangannya. Maka setiap orang yang menyembunyikan kebenaran karena takut manusia menyakitinya dengan segala bentuk seperti memukul, mencaci dan memutus penghasilan atau takut mereka tidak menghormatinya dan yang semisalnya, maka ia masuk dalam larangan dalam hadits ini dan ia menyelisihi Nabi shallallaahu'alaihi wa sallam. Dan apabila ini adalah hukum bagi orang yang menyembunyikan kebenaran yang telah ia ketahui, maka bagaimana lagi dengan orang yang tidak mau mengikuti kebenaran, dan bagaimana lagi dengan orang yang menyalahkan kaum muslimin yang tidak bersalah, atau menuduh mereka sesat dalam agama dan aqidah,

⁴² <http://alfawaeid.com/> / لا يَمْتَعَنَّ رَجُلًا هَيْبَةُ النَّاسِ أَنْ يَقُولَ بِحَقِّ إِذَا عَلِمَهُ, diakses pada tanggal 3 July 2020 jam 22:45 WIB

⁴³ Ibid, diakses pada tanggal 3 July 2020 jam 22:48 WIB

hanya demi mengikuti orang banyak, atau takut mereka menuduhnya juga sebagai pengikut kebatilan apabila ia tidak mengikuti kesesatan para penuduh dan tuduhan dusta mereka? Maka, ya Allah kuatkan hati kami di atas kebenaran, dan apabila Engkau hendak menimpakan 'fitnah' kepada hamba-hamba-Mu maka ambillah kami menuju kepada-Mu tanpa terkena 'fitnah' itu.” [As-Silsilah Ash-Shahihah, 1/325]

2. Teori Kebijakan Publik

W.I. Jenkins sebagaimana dikutip oleh Solichin Abdul Wahab berpendapat bahwa kebijakan publik merupakan sebuah keputusan, W.I. Jenkins mendefinisikan kebijakan publik sebagai serangkaian keputusan yang saling berkaitan yang diambil oleh seorang aktor politik atau sekelompok aktor, berkenaan dengan tujuan yang telah dipilih beserta cara untuk mencapainya dalam suatu situasi. Keputusan-keputusan itu pada prinsipnya masih berada dalam batas-batas kewenangan kekuasaan dari aktor tersebut.⁴⁴

Charles O. Jones mengatakan bahwa secara umum aktor-aktor atau yang terlibat dalam proses formulasi kebijakan dibagi dalam dua kategori besar, yaitu: *Pertama* aktor *Inside Government*, yang pada umumnya meliputi: a) Eksekutif (Presiden; Staf Penasihat Presiden; para Menteri, para Kepala Daerah) yang umumnya merupakan jabatan politis; b) Anggota-anggota dari badan perwakilan rakyat (Lembaga Legislatif); c) Badan dan orang-orang Yudikatif secara parsial; dan d) Birokrasi. *Kedua* aktor *Outside Government*, yang pada umumnya meliputi: a) Kelompok-kelompok kepentingan (*interest groups*) yang bisa berwujud LSM (NGO). Kelompok/ikatan profesional, kelompok bisnis, perserikatan buruh, bahkan organisasi atau lembaga keagamaan; b) Akademisi, peneliti dan konsultan, pihak swasta (perusahaan) memberikan layanan sesuai permintaan pemerintah); c) Politisi; d) Media massa; e) Opini publik; f) Kelompok sasaran kebijakan (*beneficiaries*); g) Lembaga-lembaga donor.⁴⁵

⁴⁴ Solichin Abdul Wahab, *Analisis Kebijakan*, Bumi aksara, Jakarta, 2014, hlm 15

⁴⁵ Charles O. Jones, *Pengantar Kebijakan Publik (Public Policy)*. Terjemahan Ricky Ismanto, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2007, hlm 46

Menurut William Dunn sebagaimana dikutip Budi Winarno mengatakan bahwa tahap - tahap kebijakan publik adalah sebagai berikut :⁴⁶ tahap penyusunan agenda, tahap formulasi kebijakan, tahap adopsi kebijakan, tahap implementasi kebijakan, dan tahap evaluasi kebijakan.

Menurut Suharno, proses pembuatan kebijakan merupakan pekerjaan yang rumit dan kompleks dan tidak semudah yang dibayangkan. Dalam pembuatan kebijakan dipengaruhi oleh beberapa faktor. Hal penting yang turut diwaspadai dan selanjutnya dapat diantisipasi adalah dalam pembuatan kebijakan sering terjadi kesalahan umum. Faktor-faktor yang mempengaruhi pembuatan kebijakan adalah: adanya pengaruh tekanan-tekanan dari luar, adanya pengaruh kebiasaan lama, adanya pengaruh sifat-sifat pribadi, adanya pengaruh dari kelompok luar, dan adanya pengaruh keadaan masa lalu.⁴⁷

Sholichin Abdul Wahab sebagaimana dikutip Suharno mengisyaratkan bahwa pemahaman yang lebih baik terhadap hakikat kebijakan publik sebagai tindakan yang mengarah pada tujuan, ketika kita dapat memerinci kebijakan tersebut kedalam beberapa kategori, yaitu: tuntutan kebijakan (*policy demands*), keputusan kebijakan (*policy decisions*), pernyataan kebijakan (*policy statements*), keluaran kebijakan (*policy outputs*), dan hasil akhir kebijakan (*policy outcomes*).⁴⁸

3. Teori Hierarki Hukum

Jimly Asshiddiqie dan M. Ali Safa'at mengatakan bahwa teori hierarki hukum merupakan teori yang mengenai sistem hukum yang diperkenalkan oleh Hans Kelsen yang menyatakan bahwa sistem hukum merupakan sistem anak tangga dengan kaidah berjenjang. Hubungan antara norma yang mengatur

⁴⁶Budi Winarno, *Kebijakan publik: Teori dan proses*, Yogyakarta, Media Pressindo, 2007, hlm 32-34

⁴⁷ Suharno, *Dasar-Dasar Kebijakan Publik*, UNY Press, Yogyakarta, 2010, hlm 52

⁴⁸ Ibid, hlm 25-27

perbuatan norma lain dan norma lain tersebut dapat disebut sebagai hubungan super dan sub-ordinasi dalam konteks spasial.⁴⁹

Dalam bukunya yang berjudul *Ilmu Perundang-undangan*, Maria Farida Indrati mengatakan bahwa secara teoretik, dalam tataran ilmu hukum tata negara mengenal teori Hierarki Norma Hukum (*Stufentheorie – Hans Kelsen*). Hans Kelsen mengemukakan teori jenjang norma hukum (*Stufentheorie*). Dalam teori tersebut Hans Kelsen berpendapat bahwa norma-norma hukum itu berjenjang-jenjang dan berlapis-lapis dalam suatu hierarki (tata susunan), dalam arti suatu norma yang lebih tinggi berlaku, bersumber, dan berdasar pada norma yang lebih tinggi lagi, demikian seterusnya sampai pada suatu norma yang tidak dapat ditelusuri lebih lanjut dan bersifat hipotetis dan fiktif serta abstrak, yaitu Norma Dasar (*Grundnorm*).⁵⁰ Di Indonesia, norma dasar atau *grundnorm* itu sendiri adalah Pancasila.

Teori jenjang norma hukum dari Hans Kelsen ini diilhami dari oleh muridnya Adolf Merkl yang mengemukakan bahwa suatu norma hukum itu ke atas ia bersumber dan berdasar pada norma yang di atasnya, tetapi kebawah ia juga menjadi sumber dan menjadi dasar bagi norma hukum di bawahnya, sehingga suatu norma hukum itu mempunyai masa berlaku (*rechtskracht*) yang relatif, oleh karena itu masa berlakunya suatu hukum itu tergantung norma hukum yang ada di atasnya sehingga apabila norma hukum yang berada di atasnya dicabut atau dihapus, maka norma-norma hukum yang berada di bawahnya tercabut dan terhapus pula.⁵¹

Yang mendapat banyak perhatian dari teori Hans Kelsen yaitu hierarki norma hukum dan rantai validitas yang membentuk piramida hukum atau *stufentheorie*. Tokoh yang mengembangkan teori tersebut adalah murid daripada Hans Kelsen, yaitu bernama Hans Nawiasky. Teori Nawiasky disebut dengan *theorie von stufenufbau der rechtsordnung*. Susunan norma menurut teori tersebut adalah:

⁴⁹Jimly Asshiddiqie, dan M. Ali Safa'at, *Theory Hans Kelsen Tentang Hukum, Cet I*, Sekretariat Jendral & Kepaniteraan Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta, 2006, hlm 110

⁵⁰ Maria Farida Indrati, *Ilmu Perundang-undangan*, PT Kanisius, Yogyakarta, 2007, hlm 41

⁵¹ Maria Farida, *Ilmu Perundang-Undangn Dasar-Dasar dan Pembentukannya*, Kanikus, Yogyakarta, 2006, hlm 6

Norma fundamental negara (*Staatsfundamentalnorm*); Aturan dasar negara (*Staatsgrundgesetz*); Undang-Undang formal (*Formell Gesetz*); dan Peraturan pelaksanaan dan peraturan otonom (*Verordnung En Autonome Satzung*).⁵²

Berdasarkan teori Nawiaky tersebut, A. Hamid S. Attamimi sebagaimana dikutip oleh Rosjidi Rangga Widjaja dalam bukunya yang berjudul *Wewenang Menafsirkan dan Mengubah Undang-Undang Dasar* membandingkannya dengan teori Kelsen dan menerapkannya pada struktur tata hukum di Indonesia. Attamimi menunjukkan struktur hierarki tata hukum Indonesia dengan menggunakan teori Nawiasky. Berdasarkan teori tersebut, struktur tata hukum Indonesia adalah⁵³

- 1) *Staatsfundamentalnorm*: Pancasila (Pembukaan UUD RI tahun 1945)
- 2) *Staatsgrundgesetz*: Batang Tubuh UUD 1945, Tap MPR, dan Konvensi Ketatanegaraan.
- 3) *Formell gesetz*: Undang-Undang.
- 4) *Verordnung en Autonome Satzung*: Secara hierarkis mulai dari Peraturan Pemerintah hingga Keputusan Bupati atau Walikota.

Dalam Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 15 tahun 2019 tentang Pembentukan Peraturan Perundangan-undangan menyebutkan jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas: Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945; Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat; Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang; Peraturan Pemerintah; Peraturan Presiden; Peraturan Daerah Provinsi; dan Peraturan Daerah Kabupaten / Kota.

4. Teori Hurriyyah

Muhammad Al-Tahir bin ‘Asyur sebagaimana dikutip oleh Fauzi mengataka, bahwa *Al – hurriyyah* secara bahasa lawan dari *riq* dan *‘ubdiyyah* (perbudakan). *Al – hurriyyah* dapat diartikan merdeka. *Al – hur* bermakna orang merdeka, bukan budak. *Al – hurriyyah* difahami secara metaforik, digunakan meluas dalam istilah

⁵² Maria Farida Indrati , *Opcit*, 2007, hlm 44

⁵³ Rosjidi Ranggawidjaja, *Wewenang Menafsirkan dan Mengubah Undang-Undang Dasar*, Bandung, PT. Citra Bakti Akademika, 1996, hlm 34

bahasa Arab apabila manusia sudah lupa kondisi perbudakan pada abad-abad yang lalu. Hal ini mengakibatkan penggunaan istilah *al – hur* jauh dari pemaknaan hakiki. *Al – hurriyyah* dalam makna modern adalah manusia melaksanakan apa yang dikehendaki tanpa dipengaruhi oleh urusan orang lain.⁵⁴

Penggunaan lafadz *Al – hurriyyah* dengan makna ini, lanjut Fauzi, sudah digunakan sejak awal abad ke 13 H setelah diterjemahkan buku-buku sejarah Prancis dan Revolusi yang terjadi pada 1789 M. Revolusi ini mengabadikan pemahaman makna tersebut, lalu diterjemahkan dalam kata sepadan dalam bahasa Latin dan lainnya. Inti lafaz *Al – hurriyyah* adalah kebebasan seseorang melakukan apasaja yang diinginkan dan tidak ada satu pun yang dapat menghalangi. Perbuatan ini dalam bahasa Arab dekat dengan istilah *al-intilaq* atau *al-inkhila'* (lepas) dari ikatan apa pun.⁵⁵ Menurut Ibnu 'Asyur, *Al - Hurriyyah* merupakan bagian dari *maqāṣid asy-Syarī'ah al- 'āmah* (yang bersifat umum) sebagaimana dipahami dari analisis terhadap sejumlah hukum syariat.⁵⁶ Setiap individu, pada dasarnya bebas melakukan tindakan hukum yang diperkenankan syariat dengan atau tanpa memanfaatkan sumber daya yang diperbolehkan. Legitimasi syariat terhadap tindakan hukum oleh mukalaf yang secara sadar melepaskan hak dan kepentingannya kepada pihak lain, merupakan bagian dari aturan dimaksud yang mengindikasikan kebebasan bertindak sebagai *maqāṣid syarī'ah*.⁵⁷

Al – hurriyyah merupakan *gharizah* (qadar yang diberikan langsung oleh Allah, atau bisa juga kita sebut dengan naluri dan kebutuhan yang dimiliki oleh setiap makhluk ciptaan-Nya) yang tertanam kuat, dengannya akan berkembang sisi kemanusiaan dalam berpikir, berekspresi, dan aksi.⁵⁸ *Al – hurriyyah* dalam makna kontekstual adalah kebebasan manusia mengerjakan apa yang dikehendaki tanpa ada halangan sesuai dengan kemampuannya untuk itu. Kebebasan semacam ini adalah hak bagi manusia ketika Allah menciptakan bagi mereka akal, *iradah*

⁵⁴ Fauzi, *Hak Asasi Manusia dalam Fikih Kontemporer*, Prenadamedia Group, Depok, 2018. Hlm 36-37

⁵⁵ Ibid, hlm 37

⁵⁶ Indra, *Tesis, Maqāṣid Asy-Syarī'ah Menurut Muhammad At-Tāhir Bin 'āsyūr*, Medan, Universitas Islam Negeri Sumatera Utara, 2016, hlm 106

⁵⁷ Ibid, hlm 109

⁵⁸ Fauzi, *Opcit*, hlm 39

(kemauan) dan *qudrah* (kemampuan) untuk mengetahui sesuatu. Maka dengan itu telah mewujudkan hakikat *Al – hurriyyah* dan diperbolehkan menggunakannya sebagai salah satu anugerah.⁵⁹

Ibnu ‘Asyur menegaskan, bahwa pemahaman tersebut diatas hanya berlaku ketika manusia hidup menyendiri, tanpa berinteraksi dengan pihak yang lain. Tetapi, ketika manusia berada dalam sebuah komunitas atau masyarakat tertentu, kondisinya akan berbeda. Apabila setiap individu memahami *al-hurriyyah* sebagai sebuah kebebasan yang mutlak, maka dapat dipastikan akan terjadi *chaos* dalam kehidupan sosial. Oleh sebab itu, Allah menurunkan para Nabi dan Rasul untuk membawakan kepada mereka aturan dalam bentuk syari’at. Fauzi menambahkan, bahwa syari’at akan relevan dengan kondisi masyarakat yang hidup pada masa itu. Adapun syari’at Islam bersifat universal dan berlaku untuk seluruh umat manusia hingga akhir masa.⁶⁰

Menurut Ibnu ‘Asyur, *Al – hurriyyah* dapat dibagi menjadi empat, yaitu *hurriyyat i’tiqad* (kebebasan dalam keyakinan), *hurriyyat al-tafkir* (kebebasan dalam berfikir), *hurriyyat qawl* (kebebasan berekspresi), dan *hurriyyat fi’l* (kebebasan dalam beraksi).⁶¹ Lebih lanjut, Muhammad Mujtahid mengutip pendapat Ibnu ‘Asyur sebagaimana dikutip oleh Fauzi mengatakan, bahwa *Al – hurriyyah* dari segi cakupannya dapat dibagi menjadi dua bagian; *Pertama, hurriyyah kharijiyyah* (kebebasan eksternal); *Kedua, hurriyyah dakhiliyyah* (kebebasan internal). *Hurriyyah kharijiyyah* bermakna kebebasan dari tekanan luar dalam rangka mencapai dan mewujudkan tujuan yang ingin dicapainya. Dengan demikian, *Al – hurriyyah* bermakna tidak tunduk kepada tekanan eksternal dalam berbagai bentuk seperti menghalangi, menekan melalui aturan tertentu, ikatan politis dan yang lainnya yang dapat memengaruhi seseorang.⁶² Pada tataran ini, setiap individu berhak mendapatkan kebebasan berekspresi baik melalui lisan ataupun tulisan, pers, kebebasan sosial, dan semua kebebasan yang membatasi berpikir dan mengungkap ide serta mampu melaksanakan interaksi sosial dengan

⁵⁹ Ibid, hlm 41

⁶⁰ Ibid, hlm 41

⁶¹ Ibid, hlm 41

⁶² Ibid, hlm 47

baik. Tujuan *hurriyyah* ini adalah usaha untuk memanusiakan manusia. Maka makhluk mulia ini harus menjadi “manusia” dalam berpikir, mengungkapkan idenya, dan partisipasi politik dalam menjaga ketentraman komunitas / negaranya.⁶³

Sedangkan *hurriyyah dakhiliyyah*, yaitu kebebasan yang berasal dari pribadi (individu). Dengan kata lain, keinginan manusia berangkat dari kecenderungan dan *gharizah* yang ada dalam dirinya, bukan keinginan yang dipaksakan.⁶⁴ Cakupan daripada logika kebebasan (*manthiq al – hurriyyah*) adalah aspek kesadaran internal dalam artian adanya kebebasan emosional, kebebasan fikiran dan ungkapan perasaan. Kebebasan menyampaikan dan mengekspresikan persoalan baik yang bersifat teoretis, praktis, etis, maupun teologis.⁶⁵ *Al – hurriyyah* sebagai kemampuan untuk memilih antara sejumlah kemungkinan sebagai wujud pemanusiaan manusia, atau dapat dikatakan sebagai kondisi yang memungkinkan individu memilih, menetapkan, dan berbuat karena keinginan diri sendiri tanpa ada tekanan bentuk apapun dari pihak lain.⁶⁶

Al-Hurriyyah dapat dilihat dari dua periode; *pertama*, *al-hurriyyah* sebelum ada aturan dan norma sosial yang tertulis; kedua, periode setelah ada aturan dan norma sosial yang tertulis. Kebebasan sebelum ada aturan tentu belum ada yang membatasi sikap dan perilaku, sementara setelah ada aturan, maka sikap dan perilaku memiliki batasan-batasan yang tidak boleh dilanggar. Pada periode sebelum ada aturan norml, penting sekali pembinaan akhlak. Artinya, anak atau siapa saja yang belum dapat dikenakan hukuman formal, maka sangat urgen bagaimana bagi orang tua wali untuk dapat mewujudkan prinsip-prinsip akhlak bagi orang yang berada dibawah perwaliannya.⁶⁷

Al – hurriyyah hakikatnya merupakan anugerah Allah kepada manusia. Apa yang menjadi pemberian-Nya, tidak dapat dihalangi manusia. Pilar mendasar yang merupakan kehendak Allah ini tidak lain untuk mengatur kehidupan kemanusiaan.

⁶³ Ibid, hlm 47

⁶⁴ Ibid, hlm 47-48

⁶⁵ Ibid, hlm 48

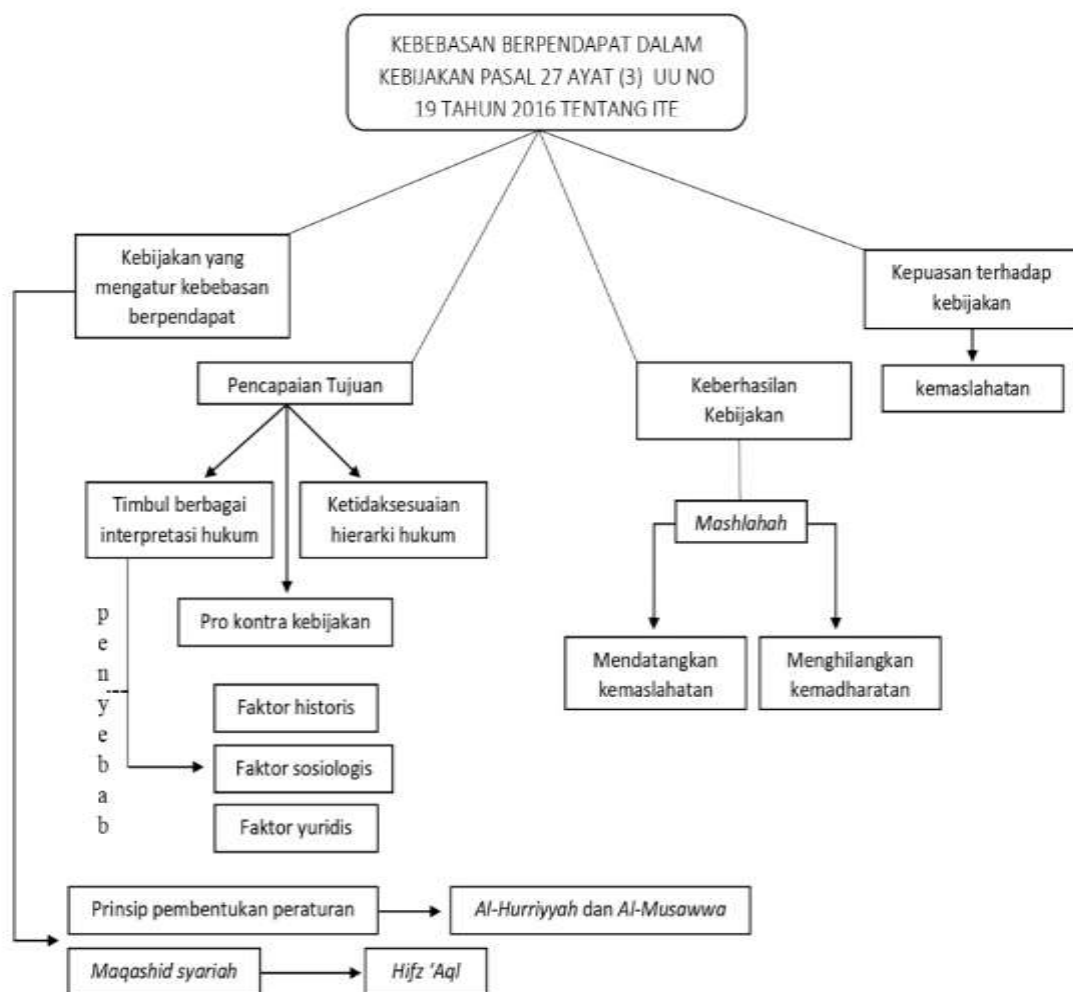
⁶⁶ Ibid, hlm 48

⁶⁷ Ibid, hlm 46-47

Hurriyyah harus di iringi dengan pilar *muhasabah* (evaluasi). Setiap usaha untuk menghilangkan *hurriyyah* hakikatnya berlawanan dengan *iradah al-ilahiyyah*.⁶⁸

Ibnu ‘Asyur sebagaimana dikutip Fauzi mengatakan, bahwa *Tahjiz* (pembatasan) tetap berlaku dalam menikmati kebebasan sesuai dengan apa yang di syariatkan. Dalam *tahjiz*, terkandung kemaslahatan individu secara khusus dan juga menjaga kemaslahatan publik secara umum. Sejak awal penciptaannya, manusia ditakdirkan adanya *tahjiz* (batasan dalam kehidupan), hal ini bisa dilihat dalam kisah Nabi Adam dan Siti Hawa, dimana ketika Allah mengizinkan keudanya untuk mendiami surge dan menikmati apa yang ada di dalamnya, batasannya aalah tidak mendekati suatu poho disana.⁶⁹

Secara umum, berikut adalah bagan kerangka pemikiran dalam penelitian ini.



⁶⁸ Ibid, hlm 50

⁶⁹ Ibid, hlm 39