

BAB II TINJAUAN TEORITIS

A. Konstruksi Hubungan Politik dan Hukum

Pembahasan mengenai politik hukum sesungguhnya ingin menjelaskan bagaimana kedudukan politik terhadap hukum dan sebaliknya. Hingga saat ini para ahli masih berbeda pendapat mengenai kedudukan tersebut. Ada yang berpendapat bahwa kedudukan politik terhadap hukum berada dalam posisi *interplay* (saling memengaruhi). Namun, di samping itu ada pula yang berpendapat bahwa posisi hubungan antara politik dan hukum adalah terpisah sama sekali. Hans Kelsen, misalnya, menegaskan keterpisahan tersebut dengan menyebutkan hukum sebagai unsur yang bersifat otonom. Dengan ajaran hukum murninya, Kelsen—sebagaimana dikutip oleh Satjipto Rahardjo—menegaskan, “*alles ausscheiden mochte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstande gehort*” (semua hal yang tidak berhubungan dengan hukum harus dikeluarkan).³⁸

Michael D Bayles melihat hubungan politik dan hukum dari tiga pola interaksi yang terbangun di antara keduanya.³⁹ Pola pertama, yang disebutnya sebagai pola empiris yaitu pola di mana politik mempunyai pengaruh yang sangat besar di dalam proses pembentukan konstitusi. Di sini dapat dikatakan bahwa politik membentuk hukum. Pola yang kedua adalah pola hubungan yang bersifat analitis, yaitu pola yang menggambarkan hukum membutuhkan kekuasaan politik agar dapat berlaku efektif. Pola ini meski diakui oleh Hans Kelsen, namun ia menolak adanya kebergantungan hukum terhadap politik dengan alasan efektivitas tersebut. Kelsen berpendapat bahwa meskipun banyak kalangan yang berpendapat adanya korelasi antara kekuasaan dan efektivitas hukum, menurut teori yang dibangunnya, hukum merupakan tatanan atau organisasi kekuasaan yang bersifat

³⁸ Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum yang Membahagiakan Rakyatnya*, cetakan kedua (Yogyakarta: Genta Publishing, 2009), hal.7

³⁹Michael Bayles, *Law and Politics*, hal. 137. Sebagaimana diunduh dari < <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1014/14.pdf>> 6 Februari 2010

khas atau spesifik.⁴⁰ Pola yang ketiga adalah pola hubungan yang bersifat normatif. Di dalam pola ini, politik harus menyediakan kekuatan normatif bagi berlakunya hukum.

Penegasan hubungan politik dan hukum ini perlu dilakukan agar dapat dipahami di bagian mana saja politik dapat berjalan dengan hukum dan di bagian mana saja politik memang harus berpisah dari hukum. Kasus dana *bail-out* Bank Century, yang beberapa waktu lalu, merupakan contoh bagaimana hubungan politik dan hukum tidak berlangsung secara tegas. Sehingga sampai saat ini, kelanjutan kasus itu pun mengambang tidak jelas arah penyelesaiannya.

Tidak adanya penegasan hubungan politik dan hukum berpretensi melahirkan pemahaman yang menempatkan hukum dalam posisi yang tidak suprematif. Kecenderungan itu ditangkap oleh Mahfud M.D, ketika menghadapi pertanyaan-pertanyaan yang diajukan oleh mahasiswa hukum seputar ketidakberdayaan hukum di hadapan politik, sebagaimana ia kemukakan berikut ini:

Tidak sedikit dari para mahasiswa hukum yang heran dan masygul ketika melihat bahwa hukum ternyata tidak seperti yang dipahami dan dibayangkan ketika di bangku kuliah. Mereka heran ketika melihat bahwa hukum tidak selalu dapat dilihat sebagai penjamin kepastian hukum, penegak hak-hak masyarakat, atau penjamin keadilan. Banyak sekali peraturan hukum yang tumpul, tidak mempan memotong kesewenang-wenangan, tidak mampu menegakkan keadilan dan tidak dapat menampilkan dirinya sebagai pedoman yang harus diikuti dalam menyelesaikan berbagai kasus yang seharusnya bisa dijawab oleh hukum. Bahkan banyak produk hukum yang lebih banyak diwarnai oleh kepentingan-kepentingan politik pemegang kekuasaan dominan...Ternyata hukum tidak steril dari subsistem kemasyarakatan lainnya. Politik kerap kali melakukan intervensi atas pembuatan dan pelaksanaan hukum sehingga muncul juga pertanyaan berikutnya tentang subsistem mana antara hukum dan politik yang dalam kenyataannya lebih suprematif...⁴¹

Jawaban atas problematika tersebut tidak dapat disederhanakan dengan mengidentifikasi politik dalam wujud *law in action* atau dengan memutus

⁴⁰ Hans Kelsen, *Teori Umum tentang Hukum dan Negara [General Theory of Law and State]* diterjemahkan oleh Raisul Muttaqien, cetakan Pertama (Bandung:Nusa Media,2006), hal.175

⁴¹ Mahfud.M.D., *op.cit*, hal.9

keterkaitan antara politik dengan hukum. Perubahan di bidang-bidang non-hukum, seperti politik, ekonomi, sosial, dan budaya, baik secara langsung maupun tidak langsung memberikan pengaruh yang signifikan terhadap hukum. Menghadapi kenyataan itu, menurut Satjipto Rahardjo, cara-cara analisis yang murni dan formal sangat dirasakan kekurangannya.⁴² Hukum harus selalu hidup di masyarakat mengingat keberadaan hukum sangat berkaitan dengan keberadaan masyarakat itu sendiri, seperti dikemukakan oleh Celcius, “*ubi societas, ibi ius*”.⁴³

Menjawab problematika hubungan hukum dan politik, Theo Huijbers mengemukakan pandangannya tentang posisi hukum terhadap kekuasaan sebagai berikut:

1. Hukum tidak sama dengan kekuasaan. Pandangan ini didasarkan kepada alasan bahwa hukum akan kehilangan arti bila disamakan dengan kekuasaan, sebab hukum bermaksud menciptakan suatu aturan masyarakat yang adil, berdasarkan hak-hak manusia yang sejati. Menurut Huijbers, tujuan itu hanya tercapai kalau pemerintah mengikuti norma-norma keadilan dan mewujudkan suatu aturan yang adil melalui undang-undang. Dari situ, Huijbers menyimpulkan bahwa hukum berada di atas pemerintah dan karenanya pemerintah harus bertindak sebagai pelayan hukum, dan bukan penguasa hukum.⁴⁴ Di samping itu, hukum tidak hanya membatasi kebebasan individual terhadap kebebasan individual yang lain, tetapi juga kebebasan pihak yang berkuasa di dalam negara. Dengan begitu, menurut Huijbers, hukum melawan penggunaan kekuasaan dengan sewenang-wenang. Ini dapat diartikan bahwa di dalam suatu negara terdapat kekuasaan yang lebih tinggi daripada pemerintah, yaitu kekuasaan rakyat.
2. Hukum tidak melawan pemerintah negara, akan tetapi sebaliknya membutuhkan keberadaan pemerintah untuk mengatur hidup bersama.

Pandangan Huijbers di atas, walaupun mengakui adanya pengaruh politik atau kekuasaan terhadap hukum, namun dalam batasan praktis pengaruh itu tidak dapat

⁴² Satjipto Rahardjo, *Ilmu...op.cit*, hal.286

⁴³ F.Isjwara,*op.cit*, hal.79

⁴⁴ Theo Huijbers, *op.cit*, hal.112

mencampuri eksistensi hukum. Hukum bersifat mengikat sekalipun terhadap negara yang membuat hukum itu sendiri. Pandangan Huijbers itu agaknya memiliki kesamaan dengan konsep *rechstaat* yang berkembang di Eropa Kontinental. Sebagaimana dikemukakan oleh Waldemar Besson dan Gotthard Jasper⁴⁵ bahwa di dalam negara demokrasi yang menganut prinsip *rule of law* atau *rechtstaat*, pemegang kekuasaan terikat oleh hukum dan keadilan.⁴⁶

Dari berbagai penjelasan mengenai hubungan politik dan hukum, penjelasan Bayles tentang pola hubungan yang terbangun di antara hukum dan politik agaknya lebih menggambarkan gradasi hubungan yang lebih ideal. Melalui pola-pola hubungan yang diuraikannya, agaknya Bayles ingin menjelaskan posisi hukum yang suprematif tanpa mengesampingkan faktor-faktor non-hukum yang lain. Dalam kaitannya dengan keberadaan negara, penjelasan Bayles tersebut relevan dengan esensi institusi negara, yang oleh C.F.Strong diidentifikasi *as distinct from all other forms of association, is the obedience of its members to the law*.⁴⁷

B. Hukum Sebagai Alat Kontrol Sosial

Berhimpitnya hubungan antara politik dan hukum memunculkan pertanyaan seputar sebab dan tujuan dari hubungan keduanya. Sebagaimana sering dijelaskan di dalam kajian ilmu politik, politik muncul berhubungan dengan kekuasaan. Bahkan beberapa sarjana ilmu politik mendefinisikan ilmu politik sebagai ilmu yang mempelajari seni memanfaatkan kekuasaan.⁴⁸ Pada

⁴⁵ Waldemar Besson adalah Profesor Ilmu Politik di Constance University dan Gotthard Jasper adalah Profesor Ilmu Politik di Nuremberg, Jerman.

⁴⁶ Waldemar Besson dan Gotthard Jasper, *The Rule of Law and Justice Bind All State Authority*, dalam Josef Thesing (ed), *The Rule of Law*, (Sank Augustin:Konrad Adenaue Stiftung, 1997), hal.80

⁴⁷ C.F.Strong, *Modern Political Constitution*, revised edition (London:Sidgwick and Jackson, 1952), hal.4

⁴⁸ Pendapat tersebut dikemukakan oleh sarjana politik mazhab Chicago (*Chicago School*) dengan tokoh-tokohnya adalah Charles E.Merriam dan Harold J Laswell. Bagi mereka, esensi dari politik adalah kekuasaan, terutama kekuasaan untuk menentukan kebijakan publik. Lihat Miriam, Budiardjo, *Dasar-dasar Ilmu Politik*, Edisi Revisi.Cetakan Ketiga (Jakarta:Gramedia Pustaka Utama,2008), hal.73

masa awal kemunculannya, politik dipahami sebagai ilmu yang mempelajari pengelolaan polis (*politeia*). Namun, definisi tersebut mengalami pergeseran ketika organisasi kekuasaan, dalam hal ini adalah negara, mempunyai kedudukan yang sangat penting di dalam kehidupan manusia. Isu kekuasaan semakin memiliki daya tarik ketika paham demokrasi muncul dan membuka kemungkinan semua orang mengakses kekuasaan. Sementara itu di sisi lain, hukum mempunyai pertalian erat dengan kekuasaan. Hukum merupakan produk kekuasaan, terlepas dari bagaimana bentuk kekuasaan itu. Pandangan tersebut terutama dapat dijumpai di dalam pemikiran mazhab Positivisme, yang dipelopori oleh John Austin. Sebagaimana dikemukakan oleh Andre Ata Ujan, sekurang-kurangnya terdapat lima pengertian pokok mengenai positivisme hukum.⁴⁹ Pertama, positivisme hukum yang menunjuk konsep hukum yang mendefinisikan hukum sebagai komando.⁵⁰ Kedua, istilah positivisme hukum digunakan pula untuk menandai perkembangan penting di dalam konsep hukum yang ditandai dengan ciri utama: (1) hukum dipisahkan secara tegas dari moral dan politik. Di dalam konteks tersebut, hukum harus netral dari moral dan politik.; (2) hukum tidak mempunyai keterkaitan dengan hal yang ideal. Hukum bersifat aktual. Pemisahan tersebut dipandang penting untuk kepentingan kepastian hukum.⁵¹ Ketiga, positivisme hukum dipahami sebagai proses berpikir di dalam proses judicial yang di dalamnya hakim mendasarkan keputusannya kepada peraturan yang ada. Keempat, positivisme hukum merupakan cara berpikir yang berpendapat bahwa penilaian moral kalau dipandang perlu harus dapat dilakukan dengan menunjukkan bukti-bukti kongkret atau argumen rasional. Kelima, istilah positivisme digunakan untuk menunjuk pada pandangan yang menegaskan bahwa hukum yang ada, walaupun tidak adil harus dipatuhi. Keabsahan hukum tidak bergantung kepada keabsahan moral, sebagaimana yang dituntut oleh teori hukum kodrat.⁵²

⁴⁹ Lihat Andre Ata Ujan, *Filsafat Hukum*, cetakan ke-5 (Yogyakarta:Penerbit Kanisius,2009), hal.66-67

⁵⁰ *ibid*

⁵¹ *ibid*

⁵² *ibid*, hal.68

Penjelasan mazhab positivisme hukum di atas memberikan petunjuk bahwa eratny hubungan di antara hukum dan politik disebabkan oleh tujuan pengendalian masyarakat untuk capaian tertentu.⁵³ Dengan menggunakan paradigma Aristoteles, hukum digunakan sebagai alat untuk mencapai tujuan komunitas politik yaitu kebaikan bersama.⁵⁴ Hubungan hukum dan politik semakin menegaskan sumber hukum yang—menurut pendapat Theo Huijbers—memang berasal dari negara. Berkaitan dengan kesimpulan mazhab positivisme hukum dan Theo Huijbers tersebut, rumusan yang diberikan oleh Robert Mac Iver—sebagaimana dikutip oleh Miriam Budiardjo—perihal negara semakin menegaskan relasi tersebut. Menurutnya, negara adalah asosiasi yang menyelenggarakan penertiban di dalam suatu masyarakat dalam suatu wilayah dengan berdasarkan sistem hukum yang diselenggarakan oleh suatu pemerintahan yang untuk maksud tersebut diberi kekuasaan memaksa (*The State is an association which acting, through law as promulgated by a government endowed to this end with coercive power maintains with community territorially demarcated the universal external conditions of social order*).⁵⁵

Walaupun batasan yang diberikan oleh Mac Iver di atas tidak menyebutkan keberadaan hukum sebagai alat kontrol sosial, penggunaan istilah negara (*state*) dan pemerintah (*government*) secara implisit dapat diasosiasikan dengan masyarakat (*the governed*), sebagaimana uraian C.F.Strong di bawah ini mengenai hakikat negara:

“...*The state being a territorial society divided into government and governed, we may quote a definition of law as “ the general body of rules which are addressed by the rulers of a political society to the members of that society which are generally obeyed.”*⁵⁶

Sebagai alat kontrol sosial, Steven Vago membedakan hukum dengan kontrol sosial yang bersifat informal, seperti kebiasaan dan mores. Perbedaan

⁵³ Theo Huijbers menjelaskan usaha untuk mencapai tujuan masyarakat tersebut ditandai dengan kewenangan pemerintah untuk mengatur kehidupan masyarakat melalui politiknya. Lihat Theo Huijbers, *op.cit*, hal.111

⁵⁴ Andre Ata Ujan, *op.cit*, hal.52

⁵⁵ Miriam Budiardjo, *op.cit*, hal.49

⁵⁶ C.F.Strong, *loc.cit*

tersebut didasarkan pada prosedur pembentukannya. Kontrol sosial yang bersifat informal proses pembentukannya ditunjukkan melalui kebiasaan-kebiasaan yang berkembang di masyarakat dan mores.⁵⁷ Proses tersebut berbeda dengan kontrol sosial yang bersifat formal, lebih tepat dalam kaitan ini disebut hukum. Hukum, menurut Vago, terdapat di dalam institusi-institusi yang terdapat di dalam masyarakat dan pembentukannya dapat beragam, mulai dari kesepakatan antara dua pihak atau lebih sampai dengan pendelegasian kepada badan tertentu untuk melakukan penegakkan hukum tersebut. Menurut Steven Vago, hukum muncul sebagai alat kontrol sosial ketika kontrol sosial informal tidak dapat mempertahankan pelaksanaan norma-norma tertentu dan kontrol tersebut digolongkan sebagai bagian pelaksanaan dari badan-badan khusus tertentu.⁵⁸ Munculnya hukum sebagai *ultimate social control* tersebut, dalam perspektif Vago, didasarkan kepada keyakinan akan kemampuan negara sebagai pembentuk hukum untuk memelihara kesesuaian pola-pola perilaku dan negara itu sendiri terdiri dari berbagai prosedur-prosedur yang digunakan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat.⁵⁹ Penjelasan Vago itu kembali menegaskan peran negara yang dominan di dalam menciptakan perubahan masyarakat melalui hukum.

⁵⁷ Mores diartikan sebagai nilai-nilai yang dianggap tetap atau konstan di dalam kehidupan masyarakat. Vago menerjemahkan mores sebagai norma-norma sosial yang dihubungkan dengan perasaan sosial, benar atau salah atau aturan tertentu dari perilaku yang tidak dikedam, seperti perilaku incest). Lihat Steven Vago, *Law and Society*, (New Jersey:Prentice Hall,1991), hal.136

⁵⁸ Steven Vago, *ibid*, hal.159

⁵⁹ *Ibid*. Penjelasan lain mengenai hukum sebagai alat kontrol sosial dikemukakan oleh A.G.Peter. Sebagaimana dikutip oleh Ronny Soemitro, Peter berpendapat bahwa kedudukan hukum sebagai alat kontrol sosial dapat dilihat dari fungsinya di masyarakat. Untuk itu, Peter mengemukakan terdapat tiga perspektif untuk dapat melihat fungsi hukum tersebut. *Pertama* perspektif kontrol sosial dari hukum yang merupakan salah satu dari konsep-konsep yang paling banyak digunakan dalam studi-studi kemasyarakatan. Dalam perspektif ini dapat dikatakan bahwa tidak ada masyarakat yang mampu hidup langgeng tanpa adanya kontrol sosial dari hukum sebagai sarananya. *Kedua*, perspektif *social engineering*, yang merupakan tinjauan yang paling banyak dipergunakan oleh para pejabat untuk menggali sumber-sumber kekuasaan apa yang dapat di mobilisasi dengan menggunakan hukum sebagai mekanismenya, dan untuk mewujudkan mobilisasi dengan hukum sebagai alatnya, terdapat prasarat utama yang harus dipenuhi agar suatu aturan hukum tergolong *engginaar*, yaitu (1) penggambaran yang baik dari situasi yang dihadapi, (2) analisa terhadap penilaian-penilaian dan menentukan nilai-nilai, (3) verifikasi dari hipotesa-hipotesa dan (4) adanya pengukuran terhadap efek dari undang-undang yang berlaku. *Ketiga*, perspektif emansipasi masyarakat terhadap hukum. Perspektif ini merupakan tinjauan dari bawah terhadap hukum yang meliputi objek studi seperti misalnya kemampuan hukum sebagai sarana

Peran hukum sebagai alat kontrol sosial dapat dilihat ketika hukum diproyeksikan untuk menciptakan perubahan di dalam masyarakat. Sunaryati Hartono mengemukakan bahwa perubahan di dalam masyarakat dapat ditempuh dengan cara dan tindakan berikut:⁶⁰

1. Masyarakat dibiarkan berkembang secara alami tanpa campur tangan dari pihak manapun;
2. Perubahan masyarakat terjadi secara revolusioner; dan
3. Perubahan masyarakat yang direncanakan dan diarahkan agar perubahan masyarakat terjadi secara bertahap dan wajar (evolusioner).

Mengomentari berbagai cara perubahan di atas, Sunaryati berpendapat bahwa setiap cara mempunyai karakteristik tersendiri yang sesuai dengan konteks waktu dan perkembangan kebutuhan manusia. Perubahan masyarakat yang bersifat alami di satu sisi memang tidak menimbulkan gesekan di tengah-tengah masyarakat, tapi di sisi lain perubahan itu membutuhkan waktu yang sangat lama. Selain itu, perubahan masyarakat yang dibiarkan secara alami membuka kemungkinan perkembangan masyarakat ke arah yang tidak diinginkan atau bahkan mengakibatkan kemunduran dan kekacauan (anarki).⁶¹ Adapun perubahan yang terjadi secara revolusioner dan berlangsung dalam waktu yang singkat biasanya kurang berakar dalam masyarakat, sehingga mengacaukan struktur dan kultur masyarakat yang ada sebelumnya.⁶² Memasuki abad ke-20, perubahan masyarakat yang bersifat terencana menjadi pilihan banyak negara. Pilihan tersebut menjadi identitas kemoderenan suatu masyarakat. Perubahan yang bersifat evolusioner berpijak kepada banyaknya kebutuhan yang bermunculan di masyarakat sementara pemenuhannya dilakukan secara bertahap. Dalam konteks tersebut, hukum diciptakan untuk memenuhi kebutuhan yang muncul di masyarakat, sebagaimana dikutip oleh Steven Vago berikut:

penunjang aspirasi masyarakat, budaya hukum, kesadaran hukum, penegakan hukum dan lain-lain. Lihat Ronny Soemitro, *Studi Hukum dalam Masyarakat* (Bandung:Penerbit Alumni,1985), hal.10

⁶⁰ Sunaryati Hartono, *op.cit*, hal.76

⁶¹ *ibid*, hal.77

⁶² *ibid*

*“ The paradox...is that the more civilized man becomes, the greater is man’s need for law and the more law he creates. Law is but a response to social needs.”*⁶³

Lawrence Meir Friedman menggambarkan fungsi hukum sebagai alat kontrol sosial secara detail. Ia mengatakan; *“ the structure of law, the court system, legal procedures, legal history, the place of law in society—all of these are important subjects. But at the core of the legal system are its actual operating rules, the substance of law. What behavior does the system try to control? How well does it do it? How does the law influence behavior? What conduct does it encourage or discourage? These are key question in any society?”*⁶⁴ Di dalam amatan Friedman, sistem hukum memengaruhi kehidupan manusia setiap hari. Kesimpulan itu benar menurut Friedman ketika orang melihat hukum dengan sudut pandang yang sangat luas, yaitu mengendalikan semua kehidupan sosial publik.⁶⁵

C. Kontrol Sosial dan Hak Asasi Manusia

Yang menjadi pertanyaan kemudian dari fungsi hukum sebagai alat kontrol sosial itu adalah apakah dapat diartikan bahwa fungsi hukum juga mengendalikan—atau dalam pengertian membatasi—pelaksanaan hak-hak asasi manusia? Untuk menjawab pertanyaan tersebut, para ahli telah membangun beberapa teori mengenai sifat hakikat hak-hak asasi manusia. Teori-teori mengenai sifat hakikat hak-hak asasi manusia itu meliputi:

- 1) Karakter dasar hak asasi manusia;
- 2) Jangkauan keberlakuan hak-hak asasi manusia;
- 3) Pelaksanaan hak asasi manusia.

Mengenai karakter dasar hak asasi manusia, Jack Donnelly menegaskan bahwa sifat hakikat hak-hak asasi manusia itu pada dasarnya melekat pada identitas

⁶³ Steven Vago, *op.cit*, hal.2

⁶⁴ Lawrence M Friedman, *op.cit*, hal.163

⁶⁵ *ibid*

kemanusiaan seseorang. Hak-hak asasi manusia dibedakan dengan hak-hak lainnya, seperti hak kewarganegaraan dan hak milik, karena HAM tidak bergantung kepada keadaan di mana seseorang itu berada. Hal tersebut ditegaskan Donnelly, *“I argue that although there are important collective dimensions to all humanrights, and although all individuals exist only as members of multiple social collectivities, every human right is by its nature of a right of individual human beings... the rights, in the strict and strong sense of entitlements, that one has simply because one is a human being.”*⁶⁶ Sebab perbedaan itu, hak-hak asasi manusia tidak dapat dihilangkan oleh negara. Maka dari itu, pengingkaran terhadap hak-hak asasi manusia oleh negara tidak mengakibatkan hak-hak asasi manusia itu sendiri.⁶⁷

Persoalan yang terbilang rumit dalam menentukan sifat hakikat hak asasi manusia dari perspektif jangkauan keberlakuan adalah memastikan pilihan di antara universalisme dan relativisme budaya. Menurut Satya Arinanto, masalah perdebatan antara universalisme dan relativisme budaya merupakan masalah klasik di dalam diskursus mengenai teori HAM. Dengan mengutip analisis Todung Mulya Lubis, Satya Arinanto menyimpulkan adanya kecenderungan teori HAM untuk berlaku di antara dua spektrum; pertama spektrum yang berdasarkan teori hukum alam di salah satu ujung spektrum; dan kedua, yang berdasarkan pada teori relativisme budaya di ujung spektrum yang lain. Di antara kedua spektrum itu, jelas Satya Arinanto, terdapat pula teori-teori lain yang didasarkan pada pandangan kelompok positivis, Marxis, agama, dan perspektif lainnya.⁶⁸

Dalam pandangan pendukung relativisme budaya, tidak ada suatu HAM yang bersifat universal. Pandangan tersebut juga dikemukakan oleh penganut teori hukum alam. Kedua kelompok tersebut berpendapat bahwa perbedaan konsepsi dan persepsi HAM di antara negara-negara disebabkan seorang manusia selalu

⁶⁶ Jack Donnelly, *Human Rights, Individual Rights, and Collective Rights*, dalam Jan Berting (ed), *Human rights in Pluralist World*, (Middelburg:Rosevelt Study Center,1990), hal.39

⁶⁷ Basrowi dan Suko Susilo, *Demokrasi dan HAM*, (Kediri:Jenggala Pustaka Utama, 2006), hal.118

⁶⁸ Satya Arinanto, *Hak Asasi Manusia dalam Transisi Politik di Indonesia*, cetakan kedua (Jakarta:Pusat Studi Hukum Tata Negara FH-UI,2005), hal.91

menjadi produk dari beberapa lingkungan sosial dan budaya. Menurut kedua kelompok itu, pelaksanaan HAM dapat dinyatakan berlaku bagi semua orang pada segala waktu dan tempat akan dapat dibenarkan jika manusia mengalami keadaan desosialisasi atau dekulturnisasi.⁶⁹ Dalam catatan Satya Arinanto, pandangan HAM yang berorientasi pada relativisme budaya umumnya dianut oleh negara-negara berkembang. Latar belakang dipilihnya perspektif atau orientasi relativisme budaya itu oleh negara-negara berkembang itu, menurut Mike Jendrzeczyk, seorang wakil Asia Watch dari Washington D.C—seperti dikutip oleh Satya Arinanto—adalah “ *a strategy and rationale for resisting pressure for human rights improvements—especially if that pressure comes in the form of conditions on aid or trade with governments and institutions in developing countries*”.⁷⁰ Menurut Satya Arinanto, sampai saat ini rekonsiliasi pandangan universalisme dan reativisme budaya belum mencapai titik temu, meskipun upaya-upaya ke arah itu masih terus dilakukan.⁷¹

Persoalan lain yang tidak kalah rumitnya adalah pelaksanaan hak asasi manusia. Apakah hak-hak asasi manusia dapat dibatasi pelaksanaannya? Di dalam Deklarasi Universal Hak-hak Asasi Manusia (DUHAM) Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB), dijumpai seluruh ketentuan yang kelihatannya berisikan hak-hak asasi yang sifatnya mutlak dan tidak dapat dihilangkan oleh negara. Sebagai contoh dikemukakan di sini adalah Pasal 2 DUHAM yang berbunyi sebagai berikut:⁷²

“every one is entitled to all the rights and freedom set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national, social origin, property, birth or other status.”

Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Perubahan) tampaknya menganut prinsip HAM yang sama dengan ketentuan Pasal 2 DUHAM PBB di atas, seperti dapat dibaca di dalam Pasal 28 I ayat (1) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Perubahan):

⁶⁹ *ibid*, hal.91-92

⁷⁰ *ibid*, hal.93

⁷¹ *ibid*, hal.95

⁷² Diunduh dari <<http://www.ohchr.org/en/udhr/pages/introduction.aspx>> 3 Maret 2010

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

Jimly Asshiddiqie mengategorikan ketentuan Pasal 28 I ayat (1) di atas sebagai *nonderogable rights* atau sebagai hak asasi manusia yang tidak dapat dikurangi dalam keadaan apapun.⁷³

Akan tetapi, dengan membaca ulang isi pasal-pasal DUHAM, sesungguhnya pelaksanaan HAM mengenal pembatasan pelaksanaan HAM, sebagaimana tercantum di dalam Pasal 29:⁷⁴

ayat (1): “ *Every one has duties to the community in which alone the free and full development of his personality is possible.*”

ayat (2): “ *In the exercise of his rights and freedom every one shall be subject to only such limitations as are determined by law solely for the purpose of securing due recognition and respect for the rights and freedoms of others and of meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society.*”

Konsepsi pembatasan yang serupa dengan Pasal 29 ayat (1) dan ayat (2) DUHAM PBB juga dianut oleh Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (perubahan). Sebagaimana tercantum di dalam Pasal 28 J berikut:

Ayat (1): “ Setiap orang wajib menghormati hak-hak asasi manusia orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa, dan bernegara.”

Ayat (2): “Dalam menjalankan hak dan kebebasannya setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk

⁷³ Jimly Asshiddiqie, *Pengantar Ilmu Hukum Tata Negara*, cetakan kedua (Jakarta:Rajagrafindo Persada, 2010), hal.362.

⁷⁴ United Nations, *The Universal Declaration on Human Rights*. Teks The Universal Declaration on Human Rights seutuhnya diunduh dari situs Komisi Tinggi Hak Asasi Manusia Perserikatan Bangsa-bangsa yang beralamat di <<http://www.ohchr.org/en/udhr/pages/introduction.aspx>>

memenuhi tuntunan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.”

Adanya pembatasan yang ditegaskan dengan adanya kewajiban individu terhadap masyarakat di dalam DUHAM di atas, menunjukkan bahwa di samping HAM juga dikenal pengertian kewajiban asasi yang oleh B.J.Habibie, diistilahkan dengan sebutan KAM (Kewajiban Asasi Manusia). Dalam pandangan Habibie, sangat disayangkan bahwa KAM secara resmi belum diakui sebagai pengimbang HAM oleh PBB.⁷⁵ Berkaitan dengan hal itu, Basrowi dan Suko Susilo menegaskan bahwa pelaksanaan HAM di dalam masyarakat berhadapan dengan nilai-nilai dan norma-norma yang berlaku di masyarakat. Nilai-nilai dan norma-norma itu adakalanya mengurangi HAM secara pribadi, bahkan adakalanya dapat membatasi kemerdekaan perseorangan itu sendiri. Menurut keduanya, di sinilah sering disebut istilah HAM yang berkaitan dengan kemasyarakatan. Dan sudah lazim dipahami bahwa antara nilai dan norma kemasyarakatan itu tidak selalu sama dalam berbagai bangsa. Maka dari itu, HAM yang berkaitan dengan kemasyarakatan pun berbeda untuk setiap bangsa.⁷⁶

Dari uraian mengenai sifat hakikat HAM di atas dapat disimpulkan di sini bahwa pelaksanaan HAM dibatasi oleh pelaksanaan HAM orang lain dan juga nilai-nilai dan moral yang berlaku di dalam masyarakat, sebagaimana disebutkan di dalam Pasal 29 ayat (2) DUHAM PBB di atas.

D. Hukum Responsif

Dengan menyetujui pandangan tentang pembatasan pelaksanaan HAM, yang menjadi pertanyaan selanjutnya adalah karakter hukum yang seperti apa yang dapat digunakan dalam pembatasan tersebut dan dalam kaitannya dengan pengendalian sosial? Klarifikasi terhadap karakter hukum ini dipandang penting mengingat hukum merupakan cermin karakteristik kekuasaan yang

⁷⁵ Bacharudin Jusuf Habibie, *Detik-detik Yang Menentukan: Jalan Panjang Indonesia Menuju Demokrasi*, cetakan kedua (Jakarta:THC Mandiri,2006), hal.206-207

⁷⁶ Basrowi dan Suko Susilo, *op.cit*, hal.119

membentuknya. Sehubungan dengan hal itu, Mahfud.M.D mengajukan sebuah hipotesis bahwa konfigurasi politik yang demokratis akan melahirkan bentuk hukum yang responsif atau populistik, sedangkan konfigurasi politik yang otoriter akan melahirkan bentuk hukum yang konservatif atau ortodoks atau elitis.⁷⁷ Hipotesis Mahfud.M.D. tersebut melahirkan pertanyaan tersendiri mengenai hakikat hukum responsif.

Istilah hukum yang responsif dipopularkan oleh Philippe Nonet dan Philip Selznick di dalam karya mereka yang berjudul “*Law and Society in Transition towards Responsive Law*”. Istilah tersebut digunakan mereka berdua sebagai kritik terhadap teori hukum yang lebih mengedepankan sisi formalitas dan mengesampingkan realitas. Dalam pandangan Nonet dan Selznick—sebagaimana dikemukakan oleh Robert A.Kagan di dalam pengantar edisi terbaru karya Nonet dan Selznick tersebut—hukum seringkali tampil membatasi dan sangat rigid (*constricting and rigid*).⁷⁸ Sifat hukum yang demikian itu disebabkan selama ini teori-teori hukum dibangun secara khas, di atas teori-teori tentang otoritas yang bersifat implisit.⁷⁹ Ide kedaulatan hukum, dalam amatan Nonet dan Selznick, merupakan contoh dari teori-teori otoritas tersebut. Menurut catatan keduanya, perhatian dan kontroversi sering muncul di dalam kajian hukum yang mengiringi krisis otoritas yang mengguncang institusi-institusi publik. Kedaulatan hukum (*rule of law*)—demikian tegas Nonet dan Selznick—dalam masyarakat moderen tidak kalah otoriternya dibandingkan dengan kedaulatan orang/penguasa (*rule of men*) di dalam masyarakat pramoderen.⁸⁰ Nonet dan Selznick mencatat dua fenomena hukum yang sangat kontras di Amerika Serikat pada dekade tahun 1960-an. Di satu sisi beberapa pengadilan dan beberapa bagian dari profesi hukum menjadi juru bicara bagi kelompok yang tidak beruntung. Mereka berusaha

⁷⁷ Lihat Mahfud.M.D, *op.cit*, hal.10 dan hal.30

⁷⁸ Robert.A.Kagan, *Introduction to Transaction Edition*, dalam Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Law and Society in Transition Towards Responsive Law*, (New Jersey:Transaction Publishers,2001), hal viii

⁷⁹ Sebagai contoh, sebelum mempelajari Hukum Tata Negara dan Hukum Administrasi Negara terlebih dahulu seorang mahasiswa hukum dikenalkan kepada teori-teori kedaulatan. Kemungkinan besar yang dimaksudkan oleh Nonet dan Selznick dengan otoritas itu adalah kedaulatan.

⁸⁰ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *op.cit*, hal.6

menafsirkan misi mereka sebagai bentuk perluasan hak dan pemenuhan janji konstitusi yang tersembunyi, di samping juga sebagai gerakan advokasi sosial dan hukum demi kepentingan publik. Upaya kelompok tersebut memperoleh dukungan publik yang sangat luas. Akan tetapi, di sisi lain pada saat yang bersamaan, hukum justru bertindak represif terhadap setiap sikap kritis yang muncul.⁸¹

Krisis itu pada gilirannya melahirkan kritik terhadap hukum yang dipandang tidak memadai dirinya sebagai sarana perubahan dan sarana mewujudkan keadilan substantif.⁸² Kritik tersebut—dengan merujuk kepada pendapat Satjipto Rahardjo—lebih tepat bila dialamatkan kepada pandangan Hans Kelsen yang melihat hukum secara murni. Kelsen, seperti dikemukakan oleh Satjipto Rahardjo, menolak pandangan yang mengintegrasikan hukum dengan bidang-bidang lainnya. Kelsen berpendapat, ” *alles ausscheiden mochte, was nicht zu dem exakt als Recht bestimmten Gegenstande gehort* (Semua hal yang tidak berhubungan dengan hukum harus dikeluarkan).”⁸³

Kekeliruan besar—jika tidak dikatakan sebagai kegagalan—dari doktrin-doktrin hukum yang lebih berorientasikan ketertiban selama ini ialah kecenderungan untuk menyederhanakan persoalan dan menolak secara total perspektif yang berkembang di luar hukum. Menurut Nonet dan Selznick, selama ini terdapat ketegangan di antara dua pendekatan terhadap hukum, yaitu kebebasan dan kontrol sosial. Nonet dan Selznick menamakan pendekatan kebebasan sebagai pandangan yang risiko rendah tentang hukum dan ketertiban.

⁸¹ *ibid*, hal.7. Sebagaimana dijelaskan oleh Robert A.Kagan, Nonet dan Selznick menggambarkan bagaimana goncangan akibat krisis otoritas itu terjadi di Amerika pada periode 1960-an ketika lembaga legislatif dan yudikatif memperkenalkan beberapa kebijakan baru yang memuat ambisi politik dan mempengaruhi sistem hukum Amerika Serikat. Contoh yang diambil oleh keduanya adalah di negara-negara bagian Selatan. Pemerintah negara bagian dan pengadilan setempat mengubah undang-undang yang mengharuskan penggunaan teknologi yang dapat mengurangi tingkat pencemaran dan kecelakaan kerja. Pada saat yang lain, pengadilan juga menolak permohonan hak kaum wanita untuk melakukan aborsi. Kagan mencatat peningkatan jumlah permohonan uji materi terhadap undang-undang negara bagian dalam kurun waktu 1960 sampai dengan 1980 dari 280 permohonan per tahun menjadi 27.000 permohonan per tahun. Perubahan angka tersebut menurutnya, mengindikasikan adanya ketidakpuasan masyarakat terhadap penerapan hukum oleh pemerintah. Lihat Robert A Kagan, *op.cit*, hal.xvii-xviii

⁸² *ibid*, hal.5

⁸³Satjipto Rahardjo, *Negara Hukum...loc.cit*

Pandangan ini menekankan betapa besarnya sumbangan stabilitas hukum terhadap suatu masyarakat yang bebas dan betapa berisikonya sistem yang berdasarkan otoritas dan kewajiban sipil.⁸⁴ Perspektif ini, menurut Nonet dan Selznick, melihat hukum sebagai unsur yang sangat penting dari tertib sosial dengan tidak mengesampingkan sumber-sumber kontrol lainnya, tapi sumber-sumber itu tidak dapat diandalkan untuk menyelamatkan masyarakat dari kesewenang-wenangan.⁸⁵ Perspektif ini berpandangan bahwa perubahan akan datang melalui proses politik bukan dari pelaksanaan atau kebebasan agen-agen hukum (seperti hakim, jaksa, pengacara, dan polisi) yang merespon tuntutan-tuntutan hukum yang bersifat partisan. Singkatnya, perspektif ini menghendaki pemisahan yang tegas antara politik dan hukum.⁸⁶ Sementara itu, pendekatan kontrol sosial menekankan pada potensi kelenturan dan keterbukaan institusi-institusi. Pandangan ini, menurut Nonet dan Selznick, tidak peduli terhadap otoritas. Pendekatan kontrol sosial menolak untuk menyamakan hukum dengan ketertiban. Konsep 'ketertiban' dipahami sebagai sesuatu yang bersifat problematik. Ketertiban tercipta berdasarkan harapan-harapan yang secara historis berubah, beriring dengan kontroversi dan tingkah laku yang ekspresif. Perspektif kontrol sosial menilai hukum sebagai sumber bagi kritik dan sebagai instrumen dari perubahan. Perspektif ini meyakini sistem otoritas akan dapat melestarikan dirinya jika terbuka terhadap rekonstruksi dalam konteks bagaimana pihak yang diperintah mampu memaknai hak-hak mereka dan meninjau kembali komitmen moral mereka. Sebagaimana dicatat oleh Nonet dan Selznick, untuk menjadi responsif sistem itu perlu terbuka dalam banyak hal dan perlu mendorong partisipasi. Menurut perspektif ini, pembangkangan politik perlu dihadapi dengan sikap toleran dan dengan kesediaan untuk merundingkan landasan baru bagi otoritas. Dengan sikap keterbukaan tersebut, garis pemisah antara politik dan hukum tidaklah tegas. Setidaknya akan terjadi persentuhan antara advokasi dan keputusan hukum dengan kebijakan publik yang kontradiktif. Nonet dan Selznick

⁸⁴ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *loc.cit*, hal.7

⁸⁵ *ibid*

⁸⁶ Pendapat ini sejalan dengan pendapat Hans Kelsen. Lihat kembali catatan kaki nomor 47

mengkualifikasi perspektif itu sebagai pandangan berisiko tinggi tentang hukum dan ketertiban.⁸⁷ Sebagai jalan keluar mengatasi carut marut hukum yang demikian, Nonet dan Selznick mengajukan sebuah tawaran yang mengintegrasikan pemahaman hukum dengan perspektif sosial untuk: (1) mempertegas pentingnya hukum dan (2) mencari alternatif lain selain dari pemaksaan dan penindasan.⁸⁸

Berangkat dari fakta di atas, Nonet dan Selznick mengklasifikasi hukum ke dalam tiga jenis: hukum represif, hukum otonom, dan hukum responsif. Hukum represif, dalam amatan kedua guru besar itu, berpandangan bahwa keberadaan hukum semata tidak akan menjamin tegaknya keadilan, apalagi keadilan substantif. Sebaliknya setiap tertib hukum memiliki potensi represif sebab hingga tingkat tertentu ia akan selalu terikat pada status quo dan membuat kekuasaan menjadi efektif.⁸⁹ Secara sederhana, Nonet dan Selznick mengategorikan hukum represif sebagai produk kekuasaan pemerintahan yang represif. Mengenai kekuasaan pemerintahan itu pun, kedua guru besar itu mendefinisikannya sebagai kekuasaan yang tidak memperhatikan orang-orang yang diperintah atau kekuasaan yang dilaksanakan tidak untuk kepentingan orang yang diperintah. Akibatnya, posisi mereka yang diperintah menjadi rentan dan lemah.⁹⁰

Klasifikasi hukum yang selanjutnya adalah hukum otonom. Dengan munculnya hukum otonom ini, tertib hukum menjadi sumber daya untuk menjinakkan perilaku represif kekuasaan. Munculnya konsep *rule of law* menjadi *milestone* keberadaan hukum otonom tersebut. *Rule of law* menggambarkan konvergensi antara hukum dan politik. Mengenai masalah ini, Mahfud M.D. di bagian yang telah lalu, telah menjelaskan tipologi hubungan hukum dan politik. Di level tertentu, begitu pendapat Mahfud, hukum merupakan produk kompromi politik yang kemudian ditaati atau mengikat politik itu sendiri.⁹¹ Nonet dan

⁸⁷ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *op.cit*, hal.7-8

⁸⁸ *ibid*, hal.10

⁸⁹ *ibid*, hal.33

⁹⁰ *ibid*

⁹¹ Mahfud M.D, *op.cit*, hal.16

Selznick menegaskan bahwa independensi institusi-institusi hukum menjadi syarat mutlak *rule of law* tersebut. Dengan kondisi seperti itu, hukum otonom dapat disimpulkan sebagai hukum yang menjembatani (mediator) kepentingan kekuasaan dan kepentingan publik.

Klasifikasi yang terakhir adalah hukum responsif. *Raison d'être* dari tipikal hukum ini adalah bagaimana hukum mampu merespon kebutuhan-kebutuhan sosial. Hukum responsif, dengan menggunakan analisis Roscoe Pound, berangkat dari logika yang berlawanan dari hukum represif atau otonom. Teori Pound, sebagaimana dikutip oleh Nonet dan Selznick, mengenai kepentingan-kepentingan sosial merupakan sebuah usaha yang lebih eksplisit untuk mengembangkan suatu model hukum yang responsif.⁹² Penjelasan Lloyd of Hamstead berikut kiranya dapat membantu kita memahami apa yang sesungguhnya dimaksudkan oleh Pound dan para pendukungnya dari aliran *sociological jurisprudence* mengenai hukum:

“ Further, sociological jurist tend to be skeptical of the rules presented in the textbooks and concerned to see what really happens, “the law in action”. Sociological jurist also tend to espouse relativism. They reject the belief of naturalism that an ultimate theory of values can be found; they see reality as socially constructed with no natural guide to the solution of many conflicts. Sociological jurist also believe in the importance of harnessing the techniques of the social sciences, as well as the knowledge called from sociological research, towards the erection of a more effective science of law. Lastly, there is an abiding concern with social justice...”⁹³

Lebih lanjut, Nonet dan Selznick mengemukakan bahwa lembaga responsif menganggap tekanan-tekanan sosial sebagai sumber pengetahuan dan kesempatan untuk memperbaiki diri. Untuk bisa memperoleh sosok seperti itu, tegas keduanya, sebuah institusi memerlukan sebuah panduan ke arah tujuan. Tujuan tersebut menetapkan standar untuk mengkritisi praktik yang sudah mapan dan oleh sebab itu dapat membuka jalan untuk melakukan perubahan.⁹⁴

⁹² Philippe Nonet dan Philip Selznick, *op.cit*, hal.83.

⁹³ Lihat Lord Lloyd of Hamstead, *Introduction to Jurisprudence*, (London:Steven and Sons,1985), hal.548-549

⁹⁴ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *op.cit*, hal.87

Untuk memperjelas uraiannya tentang tiga tipikal hukum tersebut Nonet dan Selznick membuat tabel sebagai berikut⁹⁵:

	HUKUM REPRESIF	HUKUM OTONOM	HUKUM RESPONSIF
TUJUAN HUKUM	ketertiban	legitimasi	kompetensi
LEGITIMASI	Ketahanan sosial dan tujuan negara	Keadilan prosedural	Keadilan substantif
PERATURAN	Keras dan rinci namun berlaku lemah terhadap pembuat hukum	Luas dan rinci; mengikat penguasa maupun yang dikuasai.	Subordinat dari prinsip dan kebijakan
PERTIMBANGAN	Ad hoc, memudahkan mencapai tujuan dan bersifat partikular.	Sangat melekat pada otoritas legal; rentan terhadap formalisme dan legalisme.	Purposif (berorientasi tujuan); perluasan kompetensi kognitif.
DISKRESI	Sangat luas, oportunistik.	Dibatasi oleh peraturan; delegasi yang sempit	Luas, tetapi tetap sesuai dengan tujuan.
PAKSAAN	Ekstensif, dibatasi secara lemah	Dikontrol oleh batasan-batasan hukum.	Pencarian positif bagi berbagai alternatif seperti insentif sistem kewajiban yang mampu bertahan.
MORALITAS	Moralitas komunal, moralisme hukum, moralitas pembatasan	Moralitas kelembagaan, yakni dipenuhi dengan integritas proses hukum.	Moralitas sipil, moralitas kerja sama.
POLITIK	Hukum subordinat terhadap politik kekuasaan.	Hukum independen dari politik, pemisahan kekuasaan	Terintegrasinya aspirasi hukum dan politik, keberpaduan kekuasaan.
HARAPAN AKAN KETAATAN	Tanpa syarat, ketidaktaatan <i>per se</i>	Penyimpangan peraturan yang	Pembangkangan dilihat dari aspek bahaya

⁹⁵ *ibid*, hal.19

	dihukum sebagai pembangkangan.	dibenarkan, misalnya untuk menguji validitas undang-undang atau perintah.	substantif, dipandang sebagai gugatan terhadap legitimasi.
PARTISIPASI	Pasif, kritik dilihat sebagai ketidaksetiaan.	Akses dibatasi oleh prosedur baku, munculnya kritik atas hukum	Akses diperbesar dengan integrasi advokasi hukum dan sosial

Di Indonesia, sebagaimana dicatat oleh L.M. Gandhi di dalam pidato pengukuhan sebagai guru besar ilmu hukum Universitas Indonesia, gagasan untuk mengembangkan hukum responsif muncul sebagai kesimpulan seminar yang diadakan dalam rangka 50 tahun Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN) pada tahun 1995.⁹⁶ Ide pengembangan hukum yang responsif itu dimaksudkan untuk mengatasi kesenjangan sosial ekonomi yang terjadi di masyarakat. Dengan merujuk kepada pendapat Nonet dan Selznick, L.M.Gandhi berpendapat bahwa agar hukum menjadi responsif, sistem hukum dalam banyak hal hendaknya terbuka terhadap tantangan, mendorong partisipasi, dan selalu sigap menghadapi masalah-masalah yang timbul karena munculnya kepentingan-kepentingan baru di dalam masyarakat.⁹⁷ Hasil pertemuan BPHN pada bulan Januari 1995—sebagaimana dikutip oleh Gandhi—berkesimpulan bahwa salah satu pola pikir yang melandasi Sistem Hukum Nasional adalah keterbukaan sistem tersebut (*open*), tapi dengan batasan tidak sedemikian terbuka. Sistem Hukum yang terlalu terbuka berpotensi tidak mampu menegakkan nilai-nilai filsafat, budaya dan hukum yang menunjukkan jati diri bangsa Indonesia. Karena itu, BPHN berpendapat bahwa yang dimaksudkan dengan keterbukaan itu adalah keterbukaan yang terikat oleh paradigma dan nilai-nilai yang disepakati bersama.⁹⁸ Untuk itu, Sistem Hukum Nasional—demikian tegas kesimpulan

⁹⁶ L.M.Gandhi, *Harmonisasi Hukum Menuju Hukum Responsif*, Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar Tetap pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia 14 Oktober 1995, hal.3. Diunduh dari <<http://www.digilib.ui.ac.id>>

⁹⁷ *ibid*, hal.16

⁹⁸ *ibid*

BPHN—harus menggambarkan interaksi dengan lingkungannya baik nasional maupun internasional.

BPHN berpendapat bahwa yang menjadi masalah di dalam pembangunan hukum itu, terlebih dalam pembentukan hukum, adalah menentukan batas keterbukaan. Dengan mengutip pendapat Nonet dan Selznick, menurut L.M.Gandhi, ketegangan antara keterbukaan dan integritas merupakan masalah sentral dalam pembangunan hukum. Gandhi berkesimpulan bahwa hukum yang berusaha mengatasi ketegangan itu disebut responsif, yaitu hukum yang mampu menunjukkan kesanggupannya beradaptasi secara bertanggung jawab. Dalam kaitan itu, Gandhi membedakan hukum responsif dengan hukum yang terbuka dan adaptif.⁹⁹ Gandhi berpendapat bahwa pencaharian materi hukum responsif dilakukan dengan menggunakan tiga asas, yaitu harmonisasi, keadilan dan sesuai tujuan, serta kepastian hukum.¹⁰⁰

Meskipun hukum responsif terlihat ideal, bukan berarti ia tidak lepas dari kekurangan. Gandhi berpendapat bahwa hukum responsif berpretensi menimbulkan bertumpuknya berbagai lembaga hukum dengan tujuan yang saling berbenturan. Kuat kemungkinan masing-masing akan mementingkan diri sendiri apalagi—tegas Gandhi—dengan sikap yang picik dan kaku sehingga sulit mengikuti upaya harmonisasi. Kondisi itu akan berimplikasi pada tidak berdayanya pemerintah di dalam menghadapi konflik kepentingan, disorientasi pembangunan, dan pengabaian kepentingan umum.¹⁰¹ Untuk menutupi kekurangan tersebut, Gandhi merekomendasikan bahwa lembaga-lembaga hukum memerlukan pengawasan dalam penggunaan kewenangan-kewenangannya. Menurutnya, hukum responsif mendalilkan bahwa bahaya kesewenang-wenangan dan ketidakadilan bukan terletak pada keterpaduan kekuasaan, tapi pada kekuasaan sekecil apapun tanpa pengawasan efektif.¹⁰²

Oleh karena itu, politik pembangunan hukum nasional antara 2004-2009, sebagaimana dikemukakan oleh Satya Arinanto, diarahkan pada kebijakan untuk

⁹⁹ *ibid*

¹⁰⁰ *Ibid*, hal.17

¹⁰¹ *ibid*

¹⁰² *ibid*

memperbaiki, di antaranya substansi (materi) hukum dan struktur (kelembagaan) hukum, melalui upaya-upaya sebagai berikut:¹⁰³

1. Menata kembali substansi hukum melalui peninjauan dan penataan kembali peraturan perundang-undangan untuk memperhatikan tertib perundang-undangan dengan memperhatikan asas umum dan hierarki perundang-undangan, dan menghormati serta memperkuat kearifan lokal dan hukum adat untuk memperkaya sistem hukum dan peraturan melalui pemberdayaan yurisprudensi sebagai bagian dari upaya pembaruan materi hukum nasional;
2. Melakukan pembenahan struktur hukum melalui penguatan kelembagaan dengan meningkatkan profesionalisme hakim dan staf peradilan serta kualitas sistem peradilan yang terbuka dan transparan; menyederhanakan sistem peradilan, meningkatkan transparansi agar peradilan dapat diakses oleh masyarakat dan memastikan bahwa hukum diterapkan dengan adil dan memihak kepada kebenaran; memperkuat kearifan lokal dan hukum adat untuk memperkaya sistem hukum dan peraturan melalui pemberdayaan yurisprudensi sebagai bagian dari upaya pembaruan hukum nasional.

E. Hubungannya dengan Kerukunan Umat Beragama

Pembinaan kerukunan umat beragama menggambarkan hubungan empat variabel (politik hukum, kontrol sosial, pelaksanaan HAM, dan hukum responsif) yang telah disebutkan sebelumnya. Hubungan keempat variabel tersebut dapat dilihat dari peraturan perundang-undangan yang diterbitkan oleh pemerintah mengenai kerukunan umat beragama. Sebagaimana diketahui dalam kurun waktu 40 tahun, pemerintah telah menerbitkan dua peraturan perundang-undangan setingkat peraturan menteri yang mengatur kerukunan umat beragama, yaitu Surat Keputusan Bersama Menteri Dalam Negeri dan Menteri Agama Nomor 1 Tahun

¹⁰³ Satya Arinanto, *Politik Pembangunan Hukum Nasional dalam Era Pasca Reformasi*, hal.25. Pidato Pengukuhan Jabatan Guru Besar tetap Pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 18 Maret 2006. Copy naskah atas seizin penulis pada perkuliahan Politik Hukum di Program Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Indonesia Oktober 2008.

1969 tentang Pelaksanaan Tugas Aparatur Pemerintahan dalam Menjamin Ketertiban dan Kelancaran Pelaksanaan Pengembangan dan Ibadat Agama oleh Pemeluk-pemeluknya dan Peraturan Bersama Menteri Agama dan Menteri Dalam Negeri Nomor 9 dan Nomor 8 Tahun 2006 tentang Pedoman Pelaksanaan Tugas Kepala Daerah dalam Pemeliharaan Kerukunan Umat Beragama dan Pendirian Rumah Ibadat. Diterbitkannya peraturan tersebut didasarkan kepada fakta munculnya persoalan pendirian rumah ibadat agama tertentu yang mengundang keberatan dari penganut agama lain.

Persoalan itu jelas merupakan kendala dalam pelaksanaan HAM, yaitu kemerdekaan di dalam menjalankan kebebasan beragama, sebagaimana disebut di dalam Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Perubahan) Pasal 28 I ayat (1):

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

Dan Pasal 29 ayat (2):

“ Negara menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk agamanya masing-masing dan untuk beribadah menurut agamanya dan kepercayaannya itu.”

Dalam pandangan tokoh-tokoh umat Kristiani, munculnya dua peraturan perundang-undangan di atas tidak menggambarkan ketidakjelasan arah politik hukum kerukunan umat beragama yang diberlakukan oleh pemerintah.¹⁰⁴ Sementara itu, dari perspektif umat Islam ketegasan sikap pemerintah diperlukan agar persoalan pendirian rumah ibadat tidak menjadi bola salju yang bermuara pada konflik horisontal antarumat beragama.¹⁰⁵ Perbedaan persepsi dua umat beragama tersebut menegaskan belum ditemukannya materi hukum yang dapat

¹⁰⁴ Libertus Jehani, *Tanya Jawab tentang SKB Dua Menteri*, cetakan Pertama (Jakarta:Visi Media,2006), hal.xvi

¹⁰⁵ Wawancara dengan Misbach Malim, Sekretaris Jenderal Dewan Dakwah Islamiyyah Indonesia (DDII) pada tanggal 24 Maret 2010 di Gedung Dewan Dakwah Islamiyyah Indonesia Jakarta.

mengakomodasi aspirasi kedua belah pihak, secara khusus dan umat beragama pada umumnya. Yang menarik, silang persepsi yang telah dikemukakan oleh umat-umat beragama itu justru terjadi ketika rezim pemerintahan tengah berupaya melakukan penguatan demokrasi dalam semua aspek kehidupan.



Universitas Indonesia